

THÈSE

Pour l'obtention du grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE POITIERS
UFR de droit et sciences sociales
Centre d'études sur la coopération juridique internationale (Poitiers)
(Diplôme National - Arrêté du 7 août 2006)

École doctorale : Droit et science politique - Pierre Couvrat (Poitiers)
Secteur de recherche : Droit

Présentée par :
Audrey Lallement

Travail, création et propriétés

Directeur(s) de Thèse :
Philippe Gaudrat

Soutenue le 04 décembre 2012 devant le jury

Jury :

Président	Emmanuel Dockès	Professeur à l'Université Paris X - Paris Ouest Nanterre La Défense
Rapporteur	Frédéric Pollaud-Dulian	Professeur à l'Université Paris I - La Sorbonne
Rapporteur	Jean-Pierre Clavier	Professeur à l'Université de Nantes
Membre	Philippe Gaudrat	Professeur à l'Université de Poitiers
Membre	Marie-Eugénie Laporte-Legeais	Professeur à l'Université de Poitiers

Pour citer cette thèse :

Audrey Lallement. *Travail, création et propriétés* [En ligne]. Thèse Droit. Poitiers : Université de Poitiers, 2012.
Disponible sur Internet <<http://theses.univ-poitiers.fr>>

UNIVERSITÉ DE POITIERS
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES SOCIALES
ÉCOLE DOCTORALE – SCIENCES JURIDIQUES – ED 088



TRAVAIL, CRÉATION ET PROPRIÉTÉS

Thèse pour le doctorat en droit
présentée et soutenue publiquement le 4 décembre 2012
par

Madame Audrey LALLEMENT



Directeur de recherche

Philippe GAUDRAT

Professeur à l'Université de Poitiers

Suffragants

Jean-Pierre CLAVIER

Professeur à l'Université de Nantes

Rapporteur

Emmanuel DOCKÈS

Professeur à l'Université Paris X - Paris Ouest Nanterre La Défense

Marie-Eugénie LAPORTE-LEGEAIS

Professeur à l'Université de Poitiers

Frédéric POLLAUD-DULIAN

Professeur à l'Université Paris I - La Sorbonne

Rapporteur

L'Université de Poitiers n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

– Dédicace –

A mon époux,

J'adresse mes sincères remerciements à M. le Professeur Gaudrat pour ses encouragements bienveillants, pour les échanges nombreux et souvent très libres qui m'ont guidée pendant ce long chemin.

Je remercie également les Professeurs qui ont eu la bienveillance d'accepter de participer à ce jury et d'accepter de nourrir mes réflexions par leurs observations.

Mes pensées s'adressent aussi à tous les membres du CECOJI, en remerciement des très belles années passées parmi eux et en souvenir des nombreuses discussions, parfois animées, qui m'ont passionnées.

Enfin, je remercie mon époux pour son patient soutien.

RÉSUMÉ ET MOTS-CLÉS – SUMMARY AND KEYWORDS

Travail, création et propriétés

La question de la propriété des créations nées d'un rapport de travail relève du droit des biens, et spécialement de la propriété intellectuelle. Le statut de salarié ou d'agent public n'est certes pas indifférent à la titularité ou à l'exercice des droits. Mais c'est le droit des biens qui définit, à partir de l'objet et de ses utilités, le contenu et les limites de la propriété.

Le modèle de l'appropriation du travail désigne l'investisseur comme propriétaire, le salarié bénéficiant lui d'un droit à rémunération et d'un statut protecteur. Au contraire, pour les créations, c'est la propriété qui garantit la rémunération et protège la personne du créateur. Les deux modèles s'opposent mais peuvent converger : ils font preuve, à des degrés distincts et relatifs, de personnalisme ; tous deux sont tournés vers l'exploitation car ces propriétés, puisqu'il faut tirer les conséquences de la qualification, ne sont pas des propriétés oisives. La spécificité des objets impose ici celle des régimes de propriété.

Pour régler le sort des créations subordonnées, la propriété intellectuelle est tiraillée : le droit des brevets s'inspire du modèle d'appropriation du travail quand le droit d'auteur préfère celui de la création. Mais ces modèles se déclinent au pluriel : le droit positif propose en réalité un camaïeu d'applications. Des principes généraux transparaissent en toile de fond, permettant d'envisager l'harmonisation des régimes. Le droit comparé confirme la diversité des synthèses possibles entre les intérêts *a priori* divergents du créateur subordonné et de l'employeur exploitant, les réconciliant autour de l'organisation de l'exploitation et du statut de créateur subordonné.

Mots-clés : Propriété du travail – Propriété de la création – Propriété intellectuelle – Droit de propriété – Titularité – Qualité de créateur – création de salariés – création des agents publics – exploitation – personnalisme – rémunération.

Work, creation and ownership

The question of the ownership of creations originating from an employment relationship falls under property law, and especially under intellectual property law. The status of employee or civil servant is, indeed, linked to holding or exercising rights. However, it is property law that defines, on the bases of the object of a particular right and its uses, the content and the limits of the ownership.

In the creation model, it is the right of ownership that guarantees the remuneration and the protection of the creator. On the contrary, the model of work appropriation designates the investor as owner, while the employee has a right to compensation and protective status. The two models are in opposition but can converge: they demonstrate personalism at different and relative degrees; both of them are oriented towards exploitation since these different rights of ownership are not idle ones. The particularity of objects dictates here the particularity of property regimes.

In order to deal with the ownership of employees' creations, intellectual property law is torn between different directions: patent law is inspired by the model of work appropriation, whereas author's law is in favor of the creation model. Moreover, these two models are plural: positive law offers a lot of applications of the two models. Nevertheless, some general principles make it possible to consider a harmonisation of these regimes. Comparative law confirms the diversity of possible syntheses between the apparently diverging interests of the subordinate creator and the exploiting employer, reconciling them around the organisation of the exploitation and the status of subordinate creator.

Keywords: Ownership of work – Ownership of intellectual work – Ownership of creations – Intellectual property – Right of ownership – Rights-holding – Quality of creator – Employees' creations – civil servants' creations – Exploitation – Personalism – Compensation.

SOMMAIRE

RÉSUMÉ ET MOTS-CLÉS – SUMMARY AND KEYWORDS	9
SOMMAIRE.....	13
LISTE DES ABRÉVIATIONS	17
INTRODUCTION.....	23
PARTIE I. LA PROPRIÉTÉ SUR LES CRÉATIONS ET LES FRUITS DU TRAVAIL.....	53
TITRE I. ANALYSE EMPIRIQUE : LES MODÈLES D’APPROPRIATION DES CRÉATIONS ET DES FRUITS DU TRAVAIL	59
Chapitre I. L’appropriation des fruits du travail	69
Chapitre II. L’appropriation des créations.....	155
TITRE II. ANALYSE SYSTÉMIQUE : LA QUALIFICATION DE PROPRIÉTÉ DES DROITS SUR LES CRÉATIONS ET LES FRUITS DU TRAVAIL.....	263
Chapitre I. L’influence des théories de la propriété sur la qualification.....	269
Chapitre II. L’influence de la qualification sur les théories de la propriété.....	369
PARTIE II. LA PROPRIÉTÉ DES CRÉATIONS NÉES D’UN RAPPORT DE TRAVAIL	435
TITRE I. ANALYSE POSITIVE : UNE PROPRIÉTÉ TIRAILLÉE ENTRE DEUX MODÈLES	443
Chapitre I. Mise en exergue du modèle personnaliste en droit d’auteur.....	447
Chapitre II. Mise en exergue du modèle industriel en droit des brevets.....	539
TITRE II. ANALYSE PROSPECTIVE : LA RÉCONCILIATION DES MODÈLES.....	615
Chapitre I. Les conditions de la réconciliation	621
Chapitre II. Les formes de la réconciliation.....	701
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	795
BIBLIOGRAPHIE.....	807
DOCUMENTS OFFICIELS ET RAPPORTS.....	809
SOURCES JURIDIQUES	811
SOURCES NON JURIDIQUES.....	834
INDEX.....	839
TABLE DES MATIÈRES	843

LISTE DES ABRÉVIATIONS

– Liste des abréviations –

- Sources du droit -

C.ass.	Code des assurances
C.civ.	Code civil
C.com.	Code de commerce
C.constr. hab.	Code de la construction et de l'habitation
CEDH	Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales
CPI	Code de la Propriété Intellectuelle
C.rur.	Code rural
C.trav.	Code du travail
L.	loi

- Publications -

Ann.	Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire
AJDA	Actualité juridique - Droit administratif
Arch. Phil. Dr.	Archive de philosophie du droit
BDE	Bibliothèque de droit de l'entreprise
BDP	Bibliothèque de droit privé
Bull. civ.	Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation
Bull. dr. auteur	Bulletin du droit d'auteur
Bull. Soc. Légis. Comp.	Bulletin de la Société de législation comparée
Cah. dr. ent.	Cahiers de droit de l'entreprise
Comm. com. électr.	Communication commerce électronique
Contr. conc. cons.	Contrats Concurrence consommation
D.	Recueil Dalloz
D. Action	Dalloz Action
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DH	Recueil Dalloz hebdomadaire
DP	Recueil Dalloz périodique
Dr. Auteur	Droit d'auteur
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
DS	Droit social
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile
GAPI	Grands arrêts de la propriété intellectuelle
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP CI	La Semaine Juridique édition Commerce et Industrie
JCP G	La Semaine Juridique édition générale
JCP N	La Semaine Juridique édition notariale
JDI	Journal du droit international
JO	Journal Officiel
JOCE	Journal Officiel des Communautés Européennes
LDA	Loi sur le droit d'auteur
LPA	Les Petites Affiches
Nouv. Bibl. de thèses	Nouvelle bibliothèque de thèses

– Liste des abréviations –

PIBD	Propriété industrielle bulletin documentaire
Propr. industr.....	Propriété industrielle
Propr. intell.	Propriété Intellectuelle
Rec. CE.....	Recueil du Conseil d'état
Rép. civ.	Répertoire Dalloz de droit civil
Rev. crit.....	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. crit. DIP.....	Revue critique de droit international privé
Rev. soc.....	Revue des sociétés
RDPI	Revue de droit de la propriété intellectuelle
RDC	Revue des contrats
RIDA	Revue internationale de droit d'auteur
Rev. Juridique de l'Ouest.....	Revue Juridique de l'Ouest
Rev. Lamy dr. aff.	Revue Lamy Droit des Affaires
Rev. Lamy dr. civ.	Revue Lamy Droit Civil
RLDI.....	Revue Lamy Droit de l'Immatériel
RIPIA.....	Revue internationale de la propriété industrielle et artistique
RRJ	Revue de recherche juridique et de droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil Sirey

- *Juridictions* -

Ass. plén/AP.	Assemblée Plénière
Cass.	Cour de cassation
ch.	chambre
civ.....	Chambre civile de la Cour de cassation
Ch. mixte	Chambre mixte
Cons. Conc.....	Conseil de la concurrence
com.....	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm. CE.....	Commission des Communautés Européennes
CA.....	Cour d'appel
CE.....	Conseil d'État
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE.....	Cour de Justice de l'Union Européenne
Cour EDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
crim.....	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Req.....	Chambre des Requêtes
soc.....	Chambre sociale de la Cour de cassation
trib. civ.	Tribunal civil
TGI.....	Tribunal de grande instance

- *Acronymes* -

ALAI	Association Littéraire et Artistique Internationale
CEDIDAC.....	Centre du droit de l'entreprise Université de Lausanne
CNIS	Commission Nationale des Inventions de Salariés

– Introduction –

CNRS.....	Centre National de la Recherche Scientifique
CSPLA.....	Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique
DADVSI.....	Droit d’auteur et droits voisins dans la société de l’information (loi)
IRPI	Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle Henri-Desbois
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
PU	Presse Universitaire
PUAM	Presse Universitaire d’Aix-Marseille
PUF.....	Presse Universitaire de France
SA.....	Société anonyme
SACD	Société des auteurs et compositeurs dramatiques
SACEM.....	Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique
SARL	Société anonyme à responsabilité limitée
SCAM.....	Société civile des auteurs multimédia
SCELF.....	Société civile des éditeurs de langue française

- Abréviations usuelles -

aff.	affaire
AJ	Actualité jurisprudentielle
al.	alinéa
art.	article
chr.	chronique
coll.....	collection
comm.....	commentaire
comp.....	comparer
concl.	conclusions
c/	contre
<i>contra</i>	en sens contraire
déc.	décision
dir.	(sous la direction de)
éd.....	édition
égal.	également
fasc.	fascicule
GRH	gestion des ressources humaines
<i>Ibid.</i>	<i>ibidem</i> : identique à la citation précédente
<i>infra</i>	ci-dessous
IR.....	information rapide
jurispr.....	jurisprudence
n°	numéro
obs.....	observation
p.....	page
préc.	précité
R&D	recherche et développement
rapp.	rapport
rappr.	rapprocher
Rec.	recueil

– Liste des abréviations –

réf.....	références
resp.	respectivement
spéc.....	spécialement
s.....	suivant
somm.	sommaire
<i>supra</i>	ci-dessus
t.	tome
V°	<i>verbo</i> : mot
Vol.	volume
V.....	voir

INTRODUCTION

1. **Des propriétés « oisives » et « non oisives ».** « *Toutes les propriétés incorporelles ont ce trait commun de n'être pas des propriétés oisives*¹. Leur existence dépend de l'activité ou de la puissance créatrice de l'homme : soit de son activité actuelle (c'est le cas des offices, des clientèles civiles, des fonds de commerce), soit de son activité passée et matérialisée dans une création de l'esprit (c'est le cas des brevets d'invention, de la propriété littéraire et artistique) »². Le Professeur Roubier évoque ici la puissance créatrice de l'homme qui par son travail ou par la création produit des valeurs. Or ces valeurs ont vocation à être appropriées : c'est le propre selon lui des propriétés incorporelles. Les offices, les clientèles ou les fonds de commerce sont des fruits du travail de l'homme mais aussi des objets de propriété. A travers ces biens, le travail peut être valorisé, approprié. Car le droit de propriété permet de saisir et réserver la valeur des choses : le droit de propriété est le droit de jouir et de disposer des choses. Économiquement, la valeur des choses réside dans leur rareté : le droit de propriété permet de faire respecter la jouissance des fruits du travail, et son exclusivité. Sociologiquement, la valeur des choses réside dans la capacité d'échange : le droit organise le transfert de la propriété de ces objets mais aussi le partage de la jouissance. Il en est de même des fruits de la création, œuvre de l'esprit ou invention : le droit d'auteur et le droit des brevets organisent l'exclusivité de la jouissance et le partage de la jouissance de ces objets. Car, au-delà du fait générateur de ces propriétés, l'homme en actes, l'homme en action, ces propriétés ne sont pas oisives parce qu'elles ont vocation à être exploitées. L'« *activité actuelle* » du commerçant ou du travailleur indépendant est à la fois le fait générateur de la propriété et l'exploitation de la propriété. L'« *activité passée* » du créateur s'est matérialisée dans une forme achevée, la propriété n'en devient pas pour autant oisive : la forme a vocation à être divulguée, exploitée et la propriété de la création consiste, au moins en partie, en un droit exclusif d'exploitation. *A priori*, ces propriétés présentent des similitudes : elles ne sont pas oisives, elles sont la reconnaissance de la valeur de l'activité de l'homme, elles organisent l'appropriation et l'exploitation de ces valeurs par l'homme. Pourtant, quand travail et création se superposent, ces propriétés semblent s'opposer.

2. **Des créations nées d'un rapport de travail.** La « *création de l'esprit* » (l'œuvre ou l'invention) est toujours le fruit d'une activité personnelle particulière. Cette particularité est une condition d'accès à la protection par la propriété intellectuelle : l'œuvre de l'esprit doit être originale, elle porte l'empreinte de la personnalité de son auteur ; l'invention est le fruit d'une activité inventive, cette activité dépasse le résultat attendu du travail d'un homme de métier

¹ Le Doyen Carbonnier utilise également l'expression : J. Carbonnier, *Droit civil*, T.3 Les biens, PUF, 1990, n°250.

² P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, T.1, Partie générale, Sirey, 1952, n° 21.

très compétent, pour atteindre un très haut degré de technicité et une certaine polyvalence scientifique dans certains secteurs hautement technologiques. L'activité créatrice n'est pas un travail ordinaire, ce qui justifie l'existence d'un régime particulier, et hautement stratégique, de protection. Si elle est toujours le fruit d'une activité personnelle particulière, la création de l'esprit peut être indépendante ou subordonnée. Elle est en ce dernier cas le fruit d'un rapport de travail. L'employeur a parfois contribué à la création en ce qu'il en a pris l'initiative, en a organisé le processus dont il a assumé les coûts et, lorsque ce processus a abouti à la création d'une forme, technique, littéraire ou artistique, il a vocation à l'exploiter. La relation employeur-salarié se double ici d'une relation créateur-exploitant. Les intérêts des parties semblent doublement antagonistes. Le créateur subordonné semble à double titre la partie la plus faible au contrat ; et le droit du travail et le droit de la création convergent *a priori* à organiser sa protection. Mais cette protection prend des formes très différentes selon les branches de la propriété intellectuelle. Alors que l'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle affirme l'indifférence de l'existence d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service, ou de la qualité d'agent public, à la jouissance des droits d'auteur, et ce même lorsque la création de l'œuvre de l'esprit constituait l'objet du contrat, l'article L.611-7 du même code affirme la propriété de l'employeur sur l'invention de mission et permet même à l'employeur d'obtenir l'attribution des droits sur l'invention par simple manifestation unilatérale de volonté lorsque l'invention est hors mission (hors donc l'objet du contrat) mais attribuable (la simple appartenance au « domaine » de l'entreprise permettant cette attribution). Les régimes sont ici opposés en leurs principes. En leurs principes essentiellement. Car les applications de ces principes sont multiples. L'article L.111-1 prévoit la possibilité d'exception à ce principe fondateur. Et les exceptions sont aujourd'hui nombreuses. Leurs champs sont variés et concernent les œuvres relevant de genres particuliers (logiciel par exemple), les œuvres issues de processus de production particuliers (œuvre collective, œuvre de production audiovisuelle par exemple) ou les œuvres créées par des catégories particulières de créateurs (journalistes ou agents publics). Les mécanismes employés par le législateur pour mettre en place ces régimes dérogatoires sont également variés : attribution initiale des droits d'auteur, dévolution des droits patrimoniaux, cession automatique de certains droits d'exploitation, présomption de cession, droit de préférence. L'impressionnisme législatif donne lieu à un camaïeu de solutions positives. En matière de création technique, la situation semble plus ordonnée du fait de la soumission à un dispositif légal unique. Toutefois, les applications de ce régime légal sont variées en ce que le législateur a souhaité laisser une place importante à la négociation collective, les branches sont donc relativement autonomes dans la détermination de ses conditions de mises en œuvre. Le droit applicable aux agents publics, tel qu'il ressort des

décrets d'application du Code de la propriété intellectuelle ou de certaines dispositions statutaires, contribue également à créer pour ces inventeurs une situation relativement différenciée. La diversité des situations interroge. On note par ailleurs deux points communs aux deux branches de la propriété intellectuelle : l'existence de contentieux, particulièrement focalisés sur la question de la rémunération des créateurs, et l'existence d'une volonté de réforme législative.

3. **Actualité du sujet.** Le contentieux relatif aux inventions de salariés se concentre sur les questions du classement de l'invention et surtout de sa rémunération. Le 21 novembre 2000, la Cour de cassation excluait que la rémunération supplémentaire des inventeurs salariés soit nécessairement fonction de la rémunération perçue par le salarié et validait les critères de calcul employés par la cour d'appel, à savoir l'intérêt scientifique de l'invention, les difficultés de mise au point et la contribution personnelle du salarié³. Si cette décision peut sembler en grande partie dictée par les dispositions de la convention collective applicable à l'instance, d'aucuns en ont conclu à l'introduction d'un principe de rémunération équitable au sein du droit de la propriété industrielle. Or une telle interprétation de l'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle ne s'impose pas immédiatement et ne correspond pas aux pratiques actuelles. Elle a conduit à une légère augmentation du contentieux, ou du moins à son changement de nature. C'est aussi au nom de la nécessité de mieux rémunérer les inventeurs salariés que deux propositions de lois ont été déposées en 2010, sans parvenir à aboutir à une réforme⁴. De la même manière au début des années 2000, un contentieux nourri⁵ oppose les journalistes salariés à leurs employeurs, qui multiplient les exploitations des œuvres journalistiques du fait de nouvelles formes d'exploitation, notamment numériques. Ces contentieux aboutissent systématiquement à la réaffirmation de la portée générale de l'article L.111-1, alinéa 3⁶. Devant l'ampleur du contentieux, le Conseil supérieur de la

³ Cass. com., 21 nov. 2000 : Bull. IV, n°179 ; Annales 2001, p.3, obs. P. Mathély ; JCP E 2001, p.275, obs. J.-C. Galloux ; D. 2002, somm. 1188, obs. J. Raynard.

⁴ Proposition de loi n°2288 en faveur de la recherche et de l'innovation salariée, enregistrée à l'Assemblée Nationale le 5 février 2010 et proposition de loi n°524 tendant à réformer le droit des inventions des salariés, enregistrée au Sénat le 4 juin 2010.

⁵ V. notamment : Cass. civ. 1^{re}, 21 oct. 1997 : Bull. n°285 ; Cass. civ. 1^{re}, 23 janv. 2001 : Bull. n°12 ; Cass. civ. 1^{re}, 12 juin 2001 : Bull. n°170 ; Cass. civ. 1^{re}, 27 avr. 2004 : Bull. n°118 ; et, pour illustration de l'importance quantitative du contentieux, les décisions du fond suivantes : CA Colmar, 15 sept. 1998, « DNA » : RIDA janv. 1999, p.410 ; CA Lyon, 9 déc. 1999 « le Progrès » : RIPIA 2000, n°1999, p.66 ; CA Paris, 10 mai 2000 « le Figaro », RIDA janv. 2001, p.321 et JCP E 2001, p.328 obs. L. Brochard. Pour une présentation très complète du contentieux : F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, coll. Corpus droit privé, 2005, n°279 et s.

⁶ V. pour ne citer que les décisions de la Cour de cassation : Cass., civ. 1^{re}, 16 déc. 1992 : Bull. n°315 ; constamment confirmé depuis et notamment : Cass. civ. 1^{re}, 27 janv. 1993 : RIDA avr. 1993, p.304 ; Cass.

propriété littéraire et artistique crée deux commissions, l'une consacrée au droit d'auteur des salariés, l'autre au droit d'auteur des agents publics. Les travaux de cette seconde commission ont conduit à l'introduction d'un régime dérogatoire applicable aux agents publics non autonomes lors de l'adoption de la loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, dite loi DADVSI. La commission présidée par le Professeur Pierre Sirinelli a conclu, en revanche, à l'impossibilité d'une réforme susceptible de réconcilier les points de vue des employeurs et des créateurs salariés⁷. L'année suivante, le Conseiller Hadas-Lebel adoptera la même conclusion⁸. Les préconisations proposées ensuite par une autre commission spécialisée du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique travaillant sur la protection des œuvres multimédia n'ont pas non plus été suivies d'effet à ce jour. Le législateur n'est en effet intervenu que de manière ponctuelle, une fois de plus, pour régler le seul sort des journalistes salariés⁹.

4. La pratique réclame une évolution qu'elle n'arrive pas à faire émerger tant les revendications sont opposées, les points de vue *a priori* irréconciliables. Les positionnements des uns et des autres conduisent à opposer les deux branches principales du droit de la propriété intellectuelle (droit d'auteur et droit des brevets¹⁰) et critiquer leurs divergences. Pourtant, l'opposition ne réside pas dans les problématiques : les mêmes questions se posent dans chacune des branches de la propriété intellectuelle. D'aucuns en appellent à résoudre les conflits par l'adoption d'un régime unitaire¹¹. Cette idée même suscite de vives réactions de la part des autres¹².

civ. 1^{re}, 21 oct. 1997 : préc. ; JCP E 1998 p.1047, obs. J. M. Mousseron ; Cass. civ. 1^{re}, 23 janv. 2001 : préc. ; Cass. civ. 1^{re}, 12 juin 2001 : préc.

⁷ L'avis du CSPLA n'est plus disponible sur internet mais uniquement mentionné dans le rapport d'activité 2001-2002, disponible sur www.cspla.culture.gouv.fr.

⁸ R. Hadas-Lebel, *Rapport au Ministre de la Culture*, 1^{er} décembre 2002, disponible sur www.culture.gouv.fr/culture/actualites/rapports/hadas-lebel/rapport-hadas2002.pdf

⁹ Loi n°2009-669 du 12 juin 2009.

¹⁰ Il est apparu préférable de cantonner la réflexion à l'analyse du droit d'auteur et du droit des brevets. Chacune de ces branches de la propriété intellectuelle est en effet emblématique de la propriété littéraire et artistique pour l'une, industrielle pour l'autre et rejoint en cela l'analyse en termes de modèles. Sans scléroser le raisonnement, la restriction de la réflexion à ces deux régimes permettait d'être efficace dans la démonstration et de ne pas perdre le lecteur dans le détail des divergences et convergences de régimes. Par ailleurs, sur la question particulière de la création subordonnée, on notera que les régimes applicables aux autres objets nouveaux ou créatifs protégés par un droit de la propriété intellectuelle (dessins et modèles, topographies, obtentions végétales) ne sont pas soumis à des régimes spécifiques. Depuis la loi n°2011-1843, le droit des brevets joue même pleinement son rôle de modèle pour les obtentions végétales puisque l'article L.623-24 indique expressément que les dispositions de l'article L.611-7 s'appliquent aux relations entre employeur et obtenteur salarié, le terme invention devant simplement s'entendre d'obtention.

¹¹ J. M. Mousseron et J. Schmidt, « les créations d'employés », *Mélanges Mathélys*, Litec, 1990, p.273 ; J. M. Mousseron et J. Schmidt, D. 1993, somm. com. p.375 ; J. Raynard, « Propriétés incorporelles un pluriel bien

5. **De la propriété industrielle comme modèle.** Une partie de la doctrine et nombre d'employeurs prônent la transposition pure et simple du régime applicable aux créations subordonnées en droit des brevets au droit d'auteur : le contrat de travail devrait emporter cession des droits d'auteur à l'employeur. Les critiques se fondent le plus souvent sur le principe général de l'acquisition des fruits du travail par l'employeur du seul fait du contrat de travail. Ce principe, constamment évoqué, semble ne faire aucun doute et être reconnu internationalement, quelque soit le système législatif. Beaucoup prennent d'ailleurs en exemple les systèmes étrangers pour critiquer l'exception française que constitue l'article L.111-1, alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle. C'est donc le plus souvent à partir du modèle de l'appropriation du travail (par assimilation ou rejet) que se conçoit, pour la doctrine, le régime des créations subordonnées. La question de la titularité des droits sur les créations issues d'un rapport de travail imposait donc d'interroger le principe d'appropriation des fruits du travail salarié par l'employeur, pour en cerner les contours.

6. **Travail et propriété.** Au début des années 1990, deux auteurs ont renouvelé la question de l'appropriation du travail salarié, contribuant séparément mais de manière concomitante à l'analyse de la distinction des biens et des personnes dans le rapport de travail.

7. Le Professeur Thierry Revet¹³ considère ainsi dans la thèse qu'il a publiée que le contrat de travail relève du louage de choses, admettant la distinction de la personne et de la force de travail. La force de travail est une source de valeurs, en principe appropriées par l'employeur, le travail produisant des « *réalités objectives* ». En effet, quand bien même certains fruits du travail sont marqués par la personnalité du travailleur (œuvre de l'esprit, clientèles civiles ou clientèles commerciales des représentants de commerce notamment), le travail produit des effets objectifs dont la valeur fait partie et cette valeur peut être appropriée. Par ailleurs, ce n'est qu'à titre exceptionnel que les produits du travail ne sont pas appropriés par l'employeur mais par le créateur. Le Professeur Revet ne distinguant pas entre les différents types d'activités ne retient pas ici le terme créateur au sens de l'auteur, de l'inventeur ou, plus généralement, du « créateur » d'un objet « créatif » protégé par une propriété intellectuelle, mais au sens du travailleur créateur de richesse, quelle qu'en soit la nature. Ainsi, tout en

singulier », *Mélanges Burst*, Litec, 1997, p.527 ; J. M. Mousseron, J. Raynard et T. Revet, « De la propriété comme modèle », *Mélanges Colomer*, 1993, p.281. V. aussi I. Falque-Pierrotin, *Internet et les réseaux numériques*, La documentation française, 1998.

¹² A. Françon, RTDCom. 1994, p.49 et F. Pollaud-Dulian, « Droit moral et droits de la personnalité », JCP G 1994, I, 3780. F. Pollaud-Dulian, « Propriétés intellectuelles et travail salarié », RTDCom, 2000, p.273.

¹³ T. Revet, *La force de travail, étude juridique*, Litec, 1992, coll. Bibl. de droit de l'entreprise, T. 28, préf. F. Zenati.

notant « l'ambivalence » de la force de travail, Thierry Revet estime qu'il convient de dépasser celle-ci puisque la force de travail est « objet de contrat » et « source de valeur »¹⁴. Il conclut à la commercialité de la force de travail, admettant toutefois une patrimonialité imparfaite puisqu'il évoque une « quasi-propriété »¹⁵ de la force de travail et admet une « certaine personnalisation du patrimoine », transparaissant notamment dans le régime des instruments et des revenus du travail. La force de travail est donc une « chose non ordinaire » dont la difficulté à préciser le régime transparaît dans les conclusions de l'auteur : « Ainsi, la force de travail apparaît comme une chose à la fois dans et hors le commerce juridique »¹⁶. Il conclut à la qualification de « quasi-propriété », ce qui le conduit à la titularité des droits par l'employeur. Ainsi, « l'appréhension de la force de travail à titre de « quasi-propriété » justifie l'attribution, au titulaire de la force de travail, des valeurs qu'elle produit ; le droit des biens étant dominé par le principe selon lequel 'rien ne se crée, rien ne se perd, tout se transforme', l'appartenance des produits du travail est déterminée à partir de la maîtrise de la force de travail. Cette donnée se vérifie notamment avec le contrat de travail : le droit de jouissance dont l'employeur est investi à l'égard de la force de travail fonde sa propriété des produits du travail – fruits de la force de travail »¹⁷. On notera toutefois que si les fruits du travail sont en principe acquis à l'employeur, la « suprématie du capital » est parfois supplantée par la « suprématie du travail »¹⁸, les biens sont alors « rattachés au travail »¹⁹, ce rattachement est toutefois très relativisé. Le Professeur Revet fonde son analyse sur la qualification du contrat de travail en louage de chose, qualification dictée selon lui par la subordination²⁰. Il ajoute : « renouer avec le louage de services, telle est la signification de l'appréhension du contrat de travail en termes de mise à disposition. Cette conclusion s'appuie sur la subordination juridique : instrument d'objectivation de la force de travail, elle détermine, également, l'obligation dont la force de travail est objet. Et, comme la subordination est étroitement liée au mécanisme de la location, le

¹⁴ Il s'agit ici des titres des parties I et II de la thèse.

¹⁵ T. Revet, *La force de travail*, préc., p.393 et s.

¹⁶ *Ibidem*, p.612. Il poursuit : « Elle est commercialisable par principe, grâce à la liberté du travail. Mais elle ne peut faire l'objet de toutes les opérations juridiques : spécialement, elle ne peut être vendue. Elle est bien de ce point de vue, une chose hors commerce. Du moins sa commercialité est-elle limitée. Son inaliénabilité justifie, aussi, l'appréhension de la force de travail comme objet d'une « quasi-propriété ». La liberté du travail constitue l'instrument de la réservation de la force de travail comme un bien : elle fait l'objet d'une exclusivité – dont la prohibition du travail forcé est l'une des expressions - ; elle peut être utilisée. Mais, susceptible, seulement d'usus et de fructus, elle n'est pas l'objet d'une propriété véritable – l'abusus constituant l'une des prérogatives majeures de celle-ci ».

¹⁷ *Ibidem*, p.394

¹⁸ *Ibidem*, p.613.

¹⁹ *Ibidem*, p.544.

²⁰ *Ibidem*, p.358 : « Comment expliquer la présence de la subordination au cœur du contrat de travail, sinon par sa fonction d'objectivation de la force de travail ? Le droit n'occulte donc pas la réalité. Et cette réalité est exclusivement juridique : la dissociation entre la personne et la force de travail est purement intellectuelle ; sans le droit, elle n'a pas lieu ».

contrat de travail est un louage. Cette qualification est, d'ailleurs, conforme à la nature de la force de travail : elle ne peut faire l'objet que d'un droit temporaire – car elle est personnelle –, et que d'un droit de jouissance – car elle est frugifère-. Le louage s'accorde, aussi, avec le régime du contrat de travail : les droits et devoirs des partenaires énoncés par le droit positif, se prêtent parfaitement à une lecture en termes de mise à disposition, de mise en œuvre, d'usus et de fructus... ; ils pourraient même gagner en cohérence. (...) La qualification de louage est, ainsi, d'une certaine façon, implicitement admise par tous ceux plaçant la subordination au cœur du contrat de travail. Il y eut certes des évolutions : l'assimilation de la force de travail à une chose ordinaire a cédé la place à l'appréhension de la force de travail comme une chose non ordinaire. La mutation est réelle. Mais elle n'est pas fondamentale. Elle ne transforme donc pas le contrat de travail en convention sui generis, n'ayant rien à voir avec le louage de services. Leur filiation est, au contraire, très directe »²¹.

8. Pour le Professeur Supiot, c'est aussi à l'employeur que reviennent les fruits du travail. Il écarte en revanche la qualification de louage de choses tout en admettant qu'elle est, *a priori*, délicate à dépasser : l'application du droit des contrats dont dépendent en partie nombre de techniques ou de solutions du droit du travail « ne sont possibles que si l'on accepte l'autre prémisse des auteurs du Code civil : l'alignement du louage de services sur le louage des choses, c'est-à-dire l'alignement du droit du travail sur le droit des biens. On ne pourrait faire du 'travail' l'objet d'une obligation contractuelle, si l'on ne traitait pas le travail comme un bien, inscrit à l'actif du patrimoine de l'une des parties qui en cède l'usage à l'autre, autrement dit comme une richesse séparable de la personne du travailleur. Dire par exemple que le travail est la cause – au sens juridique – du salaire n'est possible qu'au prix de cette séparation. Car si c'était l'engagement de la personne toute entière qui lui servait de cause, cette rémunération aurait pour objet l'entretien de cette personne, et on ne serait plus en présence d'un salaire, ni d'un contrat, mais d'un traitement, et d'un statut conféré à la personne, comme dans le cas d'un fonctionnaire. Il en irait de même si dans une démarche inverse, on déniait au travailleur la qualité de personne et qu'on le traitait comme une chose, car là non plus, il ne serait être question de contrat : l'entretien du travailleur relèverait des charges que tout propriétaire se reconnaît ou que l'État lui impose, relativement aux choses qu'il possède »²². A propos des théories critiques de la qualification du louage de choses, le Professeur Supiot observe que « le défaut de toutes ces analyses est de refuser d'affronter l'antinomie fondamentale entre le postulat contractuel, dont il faut bien prendre acte, puisque la relation de travail y demeure soumise en droit positif, et le postulat de la non-patrimonialité du corps humain, dont il faut assurer le respect. Cette antinomie est la scène primitive, le lieu de conception du droit du travail. Ripert qui ne se payait pas de mots, a parfaitement résumé ce dilemme : 'il faut dire que le travail, c'est l'homme lui-même dans son corps et dans son esprit, et qu'il n'est pas l'objet

²¹ *Ibidem*, p.360.

²² A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, coll. Quadrige Essais débats, 2^e édition, 2002., p.50.

possible d'un contrat de droit privé'. Comme tout le monde sait bien que le contrat de travail demeure un contrat de droit privé, on saisit la difficulté »²³. Il fait donc émerger la notion d'obligation de *praestare* : distinguant le travailleur libre du salarié, prenant acte de l'existence d'une relation contractuelle, il qualifie l'obligation de ce contrat *sui generis* qui permet à l'employeur de bénéficier de la force de travail en acte du travailleur et donc d'acquérir les produits qui en sont consubstantiels²⁴, rejoignant en cela le résultat de l'analyse de Thierry Revet qui considère que les produits du travail augmentent le capital. Mais alors que le Professeur Revet écarte de son analyse la dimension statutaire du droit du travail puisqu'il s'intéresse essentiellement aux mécanismes de droit des biens susceptibles de s'appliquer à la force de travail ou aux objets qui lui sont associés²⁵, et que le Professeur Revet voit en l'incidence de la situation personnelle du salarié sur le contrat de travail une subjectivisation de l'objet qui n'interdit pas pour autant la réification, le Professeur Supiot n'exclut pas le statut personnel du travailleur, n'en faisant pas une objection à la réification du travail. « Cette éviction de la dimension personnelle du travail procède de la séparation du travail et du travailleur, séparation indispensable au montage contractuel de la relation de travail. Mais, à l'instar de cette séparation, elle est largement fictive et ne rend compte ni de la diversité des situations concrètes de travail salarié, ni même des nécessités juridiques de mise en œuvre du contrat. Il faut bien en effet que le salarié apporte quelque chose de lui-même, de sa conscience professionnelle, pour que le travail soit bien fait, car le travail incorpore nécessairement quelque chose de la personne du travailleur²⁶. (...) Mais alors l'analyse contractuelle de la relation soulève d'emblée une difficulté juridique :

²³ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, préc., p.51.

²⁴ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, préc., p.51 : « L'idée du « travailleur libre » qui animait les textes révolutionnaires était grosse d'assez d'illusions pour qu'on ne lui ôte pas son seul et véritable mérite : éliminer l'esclavage et le servage, en reconnaissant au travailleur la capacité juridique de disposer de ses propres forces. Insuffisant enfin, parce que tout contrat engage la personne des contractants, étant la loi qu'ils se donnent à eux-mêmes. Et en particulier tous les contrats qui ont pour objet une activité humaine impliquent un fort engagement de la personne du prestataire de cette activité. Mais dans tous ces contrats – hors le contrat de travail – ce n'est pas le débiteur lui-même qui forme la matière de l'engagement. Leur objet est une chose ou une prestation définie à l'avance, alors que dans le contrat de travail cette définition se fera dans l'exécution même du contrat, par la mise en œuvre de la maîtrise ainsi acquise par l'employeur sur le corps productif du salarié. A la différence de ce qui se passe par exemple dans le louage d'ouvrage, l'objet du travail salarié demeure extérieur au champ du rapport synallagmatique institué par le contrat : c'est le travail qui est payé, et non pas son résultat, qu'il s'agisse d'un bien matériel ou d'un service. Même lorsqu'il est payé « aux pièces » ou « à l'acte », le salarié n'acquiert à aucun moment de droit sur la chose travaillée. Cette dernière ne participe jamais de l'échange des prestations. Alors que le travailleur indépendant se voit toujours reconnaître un droit sur l'objet de son travail, rien de tel n'existe au profit du salarié, pour lequel le divorce est total entre d'une part le but, la cause finale du travail, qui est le salaire, et d'autre part l'objet de ce travail, qui reste d'un bout à l'autre de l'exécution du contrat la chose de l'employeur. La raison en est même extrêmement simple : tandis que l'activité du travailleur indépendant met en œuvre son propre patrimoine (et notamment sa propre clientèle), celle du salarié met en œuvre le patrimoine d'autrui ».

²⁵ Statut particulier des outils de travail, des gains et salaires, etc.

²⁶ Il y voit d'ailleurs la justification du caractère intuitu personae de la relation et la justification de la distinction du contrat de travail et du contrat d'entreprise car il ajoute : « Cette dimension personnelle s'est d'ailleurs traduite par la reconnaissance du caractère intuitu personae du contrat de travail. La jurisprudence transpose ici l'article 1237 du Code

comment peut-on placer l'objet du travail à l'écart du champ contractuel tout en y intégrant la dimension personnelle du travail du salarié ? Comment concilier la réification du travail avec la personnalisation du travailleur ? »²⁷ Et il répond que « c'est sous une forme positive, de reconnaissance de droits au profit du salarié, que l'identité dans le travail émerge aujourd'hui à la surface du droit. Ainsi la reconnaissance des droits du salarié sur son œuvre a d'abord été le fait du droit des biens – droits de la propriété intellectuelle et artistique ou de la propriété industrielle – et non du droit du travail. Mais l'idée pénètre aujourd'hui le droit du travail. Ce 'glissement dans l'orbite du droit du travail' était déjà observé par Ollier à propos de la Convention de Munich sur le brevet européen (1973). Tout confirme, depuis, la justesse de l'observation, et la matière a fait son entrée dans le Code du travail avec la loi n°90-1052 du 26 novembre 1990 imposant une rémunération supplémentaire au profit de l'auteur d'une invention de mission. La reconnaissance de la personne dans l'exécution du travail s'exprime aussi dans des dispositifs tels que la clause de conscience des journalistes »²⁸. Et il en va de même avec l'institution de nouveaux droits aux salariés comme le droit d'expression : on reconnaît ici l'identité des salariés dans leur travail ou la personnalisation des produits et services rendus par l'entreprise, qui peuvent parfois conduire l'entreprise à mettre en exergue la personne du salarié²⁹. Loin de remettre en cause l'analyse du contrat de travail, l'octroi de libertés aux salariés et la personnalisation accrue des travailleurs contribuent à la qualification du contrat de travail. Cette analyse est essentielle en ce qu'elle introduit l'importance que joue le droit du travail dans le règlement de la relation et l'intrication du droit des biens et du droit du travail.

9. Ces deux Professeurs concluent au principe d'appropriation des fruits du travail salarié par l'employeur et assimilent la création au travail, les dispositions relatives aux créateurs semblant n'être que des applications spécifiques des principes qu'ils dégagent et qui permettent de conclure à la propriété de la force de travail. On remarquera seulement leur

civil, aux termes duquel l'obligation de faire ne peut être exécutée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt à ce qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même' (référence instructive, qui manifeste bien que l'intérêt de l'employeur va dans le sens d'un engagement de la personne du salarié). D'où l'on déduit que le fait pour l'auteur de la prestation de se faire aider par un tiers est exclusif de l'existence d'un contrat de travail avec le bénéficiaire de cette prestation. »

²⁷ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, préc., p.98

²⁸ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, préc., p.101.

²⁹ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, préc., préface p.XXXIX : « Dans une économie « tertiariée », le travail porte plus sur des signes que sur des choses. L'activité du travailleur est alors indissociable du produit de cette activité et la considération du produit affecte nécessairement la relation de travail. D'autre part, le travail « postindustriel » ne porte plus seulement sur ce qu'en droit civil on appelle des « choses de genre » (C.civ., art.1246), c'est-à-dire des produits de masse, interchangeables et indépendants de la qualification des travailleurs. Il fait une place grandissante aux « corps certains », c'est-à-dire à des produits de qualité dont l'entreprise doit pouvoir assurer la sécurité et la traçabilité. Cela conduit à rétablir le lien entre les qualités professionnelles du travailleur et les qualités du produit, lien que le taylorisme s'était employé à couper. Avec ces évolutions, la considération des produits fait retour dans la sphère contractuelle ».

divergence quant à l'incidence de la dimension de protection du travailleur du droit du travail, à leur conception de la subordination ou au rôle de la liberté dans l'appropriation.

10. Si les deux auteurs semblent *a priori* s'opposer, c'est aussi qu'ils ne retiennent pas la même conception de la subordination. Pour l'un, elle est « quasi-totale » et implique une soumission forte du travailleur, qui justifie pour lui l'objectivation³⁰. Pour l'autre, elle est limitée du fait de la force obligatoire du contrat : si le salarié s'est volontairement placé dans une relation hiérarchique, mais pas pour autant inégalitaire, s'il a nécessairement consenti à ce que l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, puisse déterminer les tâches qu'il aura à accomplir et que le contrat ne peut prévoir *ab initio*, l'autonomie de la volonté implique la force obligatoire du contrat en ses éléments substantiels³¹ et limite le pouvoir de l'employeur. Or la définition de la subordination et de ses limites est importante, en ce qu'elle justifie l'étendue de la vocation de l'employeur à la propriété. Si la subordination est quasi-totale et conduit à la réification de la force de travail en elle-même, l'employeur a vocation à s'approprier tous les fruits du travail de son salarié, peu important que les fruits du travail ne soient pas issus de l'activité prévue au contrat de travail. Au contraire, si la subordination est

³⁰ T. Revet, *La force de travail*, préc., n°94 : « La frontière entre sphère subjective et sphère objective est, cependant, loin d'être clairement tracée. Le louage de services opérant une subordination quasi totale de la personne, la logique récurrente du contrat de travail est dans le sens d'une extension de l'objectivation à toute la personne ». Il prend pour cela l'exemple de la jurisprudence exigeant qu'un salarié puisse être sanctionné ou licencié du fait de ses opinions religieuses dès lors qu'il a été engagé pour « accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur » (Cass. soc. 20 nov. 1986 : Bull. n°555 ; DS 1987, p.375, note J. Savatier). La Cour de cassation contredit pourtant M. Revet le 17 avril 1991 dans l'affaire Association Fraternité saint Pie X (Cass. soc. 17 avr. 1991 : DS 1991, p.485, note J. Savatier, qui commente ainsi l'arrêt : « L'idée de base, c'est que la subordination du salarié à l'employeur est limitée à la prestation de travail. Le salarié n'aliène sa liberté que dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa tâche »). Alors que la cour d'appel avait admis que l'homosexualité d'un aide sacristain, mœurs contraires aux principes de l'Église catholique, constituait une « méconnaissance délibérée par le salarié de ses obligations [qui] existait indépendamment du scandale qu'un tel comportement était susceptible de provoquer [et] qu'il importait peu, dès lors, de savoir si ce comportement n'avait été connu que d'un petit nombre de fidèles et n'avait été révélé à l'employeur que par des indiscrétions », la Cour de cassation exige des agissements créant un trouble caractérisé à l'employeur. Par ailleurs, l'évolution de la loi et de la jurisprudence, renforçant sans cesse la lutte contre les discriminations, notamment sous l'influence de la Haute autorité pour la lutte contre les discriminations et pour l'égalité, créée par la loi du 30 décembre 2004, ou du droit communautaire, en partie transposé par la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, contredit l'analyse : le salarié a vocation à être considéré dans sa dimension universelle, peu important ses origines, ses croyances, ses mœurs, son sexe ou sa nationalité (Ctrav., art. L.1132-1) Thierry Revet prend également l'exemple de la peine d'emprisonnement qui met le salarié hors d'état d'accomplir sa prestation de travail. On pourrait toutefois considérer que ce qu'il considère comme une « extension indirecte de l'objectivation » puisque un élément de la vie privée du salarié a une incidence sur le contrat de travail, donc n'est pas extérieur à l'objet du contrat, ne correspond en réalité qu'à l'appréciation purement objective de l'objet du contrat : la mise à disposition de la force de travail, dont l'absence conduit à la rupture du contrat, peu important finalement le motif (on remarquera alors que certaines conventions délimitent un seuil nécessaire pour considérer que l'absence de mise à disposition constitue une cause de rupture du contrat de travail. Tel est notamment le cas en cas d'absence du fait de la maladie).

³¹ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, préc., p.111 et s.

limitée, contribue à déterminer l'objet du contrat de travail et justifie la vocation de l'employeur à la propriété, seuls les fruits du travail relevant de l'activité prévue au contrat de travail ont vocation à être appropriés par l'employeur. Soumise au prisme de la question de la titularité des droits sur les créations subordonnées, l'alternative est d'importance.

11. Par ailleurs, en matière de création subordonnée, la liberté dont a joui le créateur et la dimension personnelle du travail sont parfois mises en exergue pour justifier le régime exceptionnel d'attribution des droits au salarié créateur plutôt qu'à l'employeur. C'est d'ailleurs l'indépendance et la dimension personnelle du travail qui justifie usuellement l'éviction des professions libérales du champ du salariat³². Le Professeur Revet, contestant que la dimension personnelle du travail exclue le salariat, estime que c'est « *quelque peu l'inverse qui se produit, puisque la prise en compte véritable de la dimension personnelle de la force de travail augure une évolution qui, tendant à limiter et assouplir la subordination, va permettre la généralisation du salariat, notamment avec l'admission du contrat de travail pour les activités intellectuelles jusqu'alors irréductibles à cette convention (...): si exception il devait y avoir, comment expliquer l'extension continue du domaine du contrat de travail ? C'est bien durant le XIX^e siècle que l'idée selon laquelle le louage de services constitue une convention relative à la personne physique a le plus de raison d'être développée – même si elle ne l'est aucunement !* »³³. En cela, les Professeurs Supiot et Revet se rejoignent : la liberté du travailleur n'exclut pas la subordination et l'existence d'un contrat de travail³⁴. Au-delà de la question de l'existence du contrat de travail, c'est-à-dire de la compatibilité de l'existence d'une liberté de penser, de créer ou

³² J. Pélessier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 27^e éd., coll. Précis droit privé, 2013, n°3, rappelant le principe et aussi la nuance : « *l'indépendance n'est pas un absolu (...), il n'est pas rare que des règles inspirées du droit du travail puissent avoir un certain impact sur des professions qualifiées d'indépendantes* ».

³³ T. Revet, *La force de travail, étude juridique*, préc., note 101, p.65.

³⁴ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, préc., p.151 : « *Le droit civil et le droit du travail ont finalement la même raison d'être, qui est de « civiliser » les relations sociales, c'est-à-dire d'y substituer des rapports de droit aux rapports de force, et d'assurer à tous le statut de sujets de droit libres et égaux. Mais tandis que le droit civil des obligations évolue sur un terrain solide – celui du sujet de droit, maître de son corps et de sa volonté – la subordination prive le salarié de sa liberté et le place dans une relation juridiquement inégalitaire avec l'employeur. Elle fait disparaître le salarié, en tant que sujet de droit, de l'horizon du droit civil lorsqu'il rentre dans l'entreprise, pour laisser place à un sujet tout court, soumis au pouvoir de direction du chef d'entreprise. Le droit du travail a eu et a toujours pour première raison d'être, de pallier ce manque, c'est-à-dire de « civiliser » le pouvoir patronal, en le dotant d'un cadre juridique là où il s'exerce, c'est-à-dire dans l'entreprise. Cette « civilisation » de l'entreprise ne signifie pas qu'on puisse se borner à l'application du droit civil pour faire respecter dans l'entreprise les principes de liberté et d'égalité qui caractérisent la société civile, mais désigne au contraire l'invention de voies originales permettant d'introduire ces principes dans une société – l'entreprise – organisée sur un principe de hiérarchie et de soumission aux ordres. Cette démarche civilisatrice a certes pu emprunter des techniques venues du droit civil, mais en les adaptant aux exigences de la subordination (tels ceux de contrat ou de convention, etc.). Et elle a aussi emprunté aux branches du droit qui, à l'instar du droit du travail, ont affaire à des relations de pouvoir : au droit public (détournement de pouvoir), au droit pénal ou au droit judiciaire (droits de la défense). La transposition ainsi opérée des principes de la société civile dans l'entreprise donne à cette dernière une légitimité nouvelle tout en lui conférant une irréductible autonomie dans cette société. Engagée comme processus de transposition des libertés individuelles en son sein, la civilisation de l'entreprise conduit à faire de celle-ci un espace normatif autonome. Autrement dit l'introduction des libertés dans l'entreprise autorise un développement des droits de l'entreprise* ».

d'exercer son activité en toute indépendance avec un rapport de subordination *a priori* intrinsèque à la relation salariale, il importe de s'interroger sur l'incidence de ces questions de liberté et de personnalisation non pas sur la qualification de la relation contractuelle mais sur la qualification de propriété des droits portant sur les fruits du travail et de la création.

12. **Travail, création et personnalisme.** Quand les Professeurs Georges Ripert ou René Savatier affirment que le « *travail, c'est l'homme* »³⁵, quand les Professeurs Jean Savatier et Jean Rivero considèrent que le contrat de travail « *touche au droit des personnes car il ne porte pas simplement sur une marchandise, une chose, mais comporte un engagement sur la personne du travailleur* »³⁶, ils excluent la réflexion propriétaire à propos du travail. On remarquera que le Professeur Revet, s'il affronte la réflexion propriétaire, évoque seulement une « quasi-propriété » du travail³⁷. En France, le personnalisme inhérent au droit d'auteur a conduit à développer une analyse dualiste du droit d'auteur, pour dissocier des droits patrimoniaux (droits d'exploitation qui ont une valeur économique et sont transférables) les aspects moraux et intellectuels du droit d'auteur (droit moral lié à la personne de l'auteur)³⁸. Certains discutent alors la qualification du droit d'auteur en propriété. Celle-ci, proclamée par la jurisprudence constitutionnelle et européenne³⁹, semble avoir convaincu aujourd'hui une grande partie de la doctrine⁴⁰. Le Professeur Pollaud-Dulian retrace toutes les tendances doctrinales et les enjeux du débat avant de conclure à l'autonomie de ce droit dualiste dont les attributs peuvent être qualifiés de droit de la personnalité pour le droit moral et, pour ce qui concerne le monopole d'exploitation, de droit réel incorporel, qui pourrait être qualifié de droit de propriété⁴¹. La question de la qualification des droits faisant en soi débat, le terme « appropriation » a été

³⁵ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, préc., p.276 ; R. Savatier, « Le droit et l'échelle des valeurs », in *Mélanges Roubier*, p.441

³⁶ J. Rivéro et J. Savatier, *Droit du travail*, PUF, 13^e éd., 1993, p.76.

³⁷ J. M. Mousseron, J. Raynard, T. Revet, « De la propriété comme modèle », *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993 p.281.

³⁸ V. pour une présentation historique très complète de la question de la qualification de la propriété de la propriété littéraire et artistique, de l'unicité de la propriété intellectuelle puis du dualisme du droit d'auteur, A. et H.-J. Lucas, *Traité*, préc. n°21 et s., sur le dualisme, spéc. n°31.

³⁹ Cons. Constitutionnel, 27 juill. 2006, n°2006-540 DC ; Cons. Constitutionnel, 10 juin 2009, n°2009-580 DC. V. aussi CEDH, 29 janv. 2008 n°19247/03, Balan c. Moldavie : CCE 2008, comm. p.76, obs. C. Caron.

⁴⁰ V. en ce sens : J. Raynard, *La propriété littéraire et artistique à l'épreuve de la méthode du conflit de lois*, LGDJ, 1991, Bibliothèque Droit de l'entreprise T.26 ; A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité*, préc., n°25 ; P. Tafforeau, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino éditeur, 2004, coll. manuels, n°33 à 36 ; C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, n°10 et 13 ; J.-L. Piotraut, *Droit de la propriété intellectuelle*, Ellipses, 2004, coll. référence – Droit, p.11 ; J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, T.1, LGDJ, 2006, n°10 et s.

⁴¹ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, préc., n°39 à 58. V. aussi A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité*, préc., n°21 à 25.

préférée à celui de propriété chaque fois que l'analyse se voulait générale, indiquant l'existence d'une réserve de la valeur sans qu'une qualification soit démontrée, la qualification technique du rapport juridique entre le sujet et l'objet étudié exigeant des développements particuliers.

13. **Personnalisme et propriété.** Le personnalisme n'est pas nécessairement un obstacle à la qualification de propriété. Si les « biens innés » n'entraient pas dans le patrimoine de la personne pour Aubry et Rau, la dimension économique croissante des droits extrapatrimoniaux pour ne prendre que leur exemple a conduit à en faire des objets de contrat ; ce qui implique une certaine commercialité et patrimonialité. Rejoignant le Professeur Catala⁴², les Professeurs Malaurie et Aynès notent que « *l'opposition entre la patrimonialité et l'extra-patrimonialité est devenue relative, car la patrimonialité comporte des degrés. La pleine patrimonialité d'un droit implique trois caractères : que le droit puisse être... évalué en argent (ce que l'on appelle la vénalité)... cédé entre vifs (ce que l'on appelle la cessibilité)... transmis à cause de mort (ce que l'on appelle la transmissibilité). Lorsqu'un droit est à la fois vénal, cessible et transmissible, il est complètement patrimonial : ainsi en est-il du droit de propriété. À l'inverse, lorsqu'un droit est attaché à la personne, il est entièrement extra-patrimonial parce qu'il ne présente aucun caractère pécuniaire : ainsi en est-il d'un droit politique, tel que le droit de vote. Mais il existe des situations intermédiaires : des droits ayant une valeur pécuniaire sans être pourtant cessibles ; par exemple, le droit... aux aliments... au maintien dans les lieux d'un locataire, à une sépulture ; ils sont évaluables en argent mais ne sont pas cessibles. Parfois, la relativité est plus accusée : la propriété littéraire et artistique est un droit vénal, cessible et transmissible, mais les droits du cessionnaire sont doublement limités par le maintien de prérogatives conférées à l'auteur : son droit moral (ils doivent respecter l'intégrité de l'œuvre) et le droit de suite des héritiers* »⁴³. Le Professeur Catala a également démontré que tous les biens à patrimonialité relative pouvaient néanmoins faire l'objet d'une propriété. Tout en considérant que ce « *niveau de division [est] cependant souhaitable* »⁴⁴, le Professeur Mathieu admet que la distinction entre droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux est « *approximative* » et « *contestable* »⁴⁵, « *d'abord parce que ce n'est pas réellement une dichotomie, et ensuite parce que ce n'est pas la seule division possible* »⁴⁶. Analysant l'histoire du droit de propriété, Marie-Hélène Renaut observe que la propriété du XXI^e siècle est une « *propriété multiforme qui a éclaté en maîtrises partiaires entre le*

⁴² P. Catala, « la transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », RTDciv. 1966, p.185.

⁴³ P. Malaurie et L. Aynès, *Les Biens*, Defrénois, coll. Droit civil, 2010, n°28.

⁴⁴ *Ibidem*, n°56 et s.

⁴⁵ M.-L. Mathieu, *Droit civil, Les Biens*, Sirey Université, 2^e éd., 2010, n°51 et s.

⁴⁶ *Ibidem*, n°56.

propriétaire et l'utilisateur »⁴⁷, soumise au contrôle social que l'État lui impose, ce qui la distingue définitivement de la « *propriété libérale du XIXe siècle qui reprend la définition du droit romain : une propriété exclusive, perpétuelle, individuelle* »⁴⁸. Dès lors que la propriété semble recouvrir une réalité éclatée, dont les limites sont définies par la loi (ou la jurisprudence) en fonction des biens, le personnalisme peut ne plus être un obstacle à la qualification de propriété et n'être qu'un élément ayant une incidence sur le régime de propriété. Le Professeur Gaudrat admet ainsi l'existence d'une propriété sur les œuvres de l'esprit. Il conteste toutefois l'assimilation du travail et de la création, la transposition du modèle d'appropriation du travail aux créations intellectuelles, la nécessité d'uniformiser les régimes de propriété, la spécificité de la création, et au sein des créations, la particularité de l'œuvre de l'esprit dont l'originalité explique la mise en place d'un régime de propriété personnaliste comme le droit d'auteur, justifiant des rapports d'appropriation distincts⁴⁹.

14. **Distinction du travail et de la création.** A propos de l'opposition fondamentale de la propriété littéraire et artistique d'une part, et de la propriété industrielle, d'autre part, sur la question de la titularité des droits portant sur les créations subordonnées, on aurait pourtant pu, avec le Professeur Jean-Pierre Clavier, « *comprendre que le travail se présente d'une manière uniforme : le travail, c'est le travail, qu'il soit manuel ou intellectuel. Les produits du travail intellectuel seraient soumis au régime de la titularité des droits applicable aux produits du travail manuel. L'idée n'est pas incongrue ; on peut, tout en restant sérieux, affirmer que toutes les formes de travail, manuel comme intellectuel, sont réductibles devant le contrat de travail et la contrepartie que constitue le salaire. Pour autant, le législateur français, avec beaucoup d'autres, a décidé que les fruits du travail intellectuel d'un salarié ou d'un agent public ne pouvaient être soumis au principe général en droit du travail qui veut que l'employeur en soit le propriétaire. A vrai dire, la réalité juridique n'est pas exactement celle-là, car la distinction pertinente n'oppose pas le travail salarié manuel au travail salarié intellectuel ; ce sont seulement les créations protégeables par la propriété intellectuelle qui échappent au droit commun du travail. Les résultats des travaux intellectuels comme les œuvres non originales, les solutions scientifiques, les résultats industriels non nouveaux ou non inventifs sont le fruit d'un travail intellectuel juridiquement assimilable aux fruits du travail manuel* »⁵⁰. Le droit français ne distingue donc pas entre travail manuel et travail intellectuel, mais entre travail et création. La

⁴⁷ M.-H. Renaut, *Histoire du droit de la propriété*, Ellipses, coll. Mise au point, 2004, p.118.

⁴⁸ *Ibidem*, p.117.

⁴⁹ P. Gaudrat et G. Massé, *La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création*, Rapport à Madame la Ministre de la Culture, Madame la Ministre de la Justice et Monsieur le Secrétaire d'État à l'Industrie, synthèse publiée in <http://www.droitsdauteur.culture.gouv.fr/audrat.pdf>

⁵⁰ J.-P. Clavier, « les principes relatifs à la titularité des droits sur une invention », RLDI, mars 2008, p.64.

distinction repose dès lors sur des critères légaux d'ores et déjà mis en œuvre : les critères de protégeabilité des créations. Qu'il existe des objets distincts, cela ne fait pas question. La protection des fruits du travail est éparse et prend des formes très diverses, pas toujours issues de la technique propriétaire d'ailleurs (propriété de la matière, propriété incorporelle, monopole d'exploitation, capitalisation sous forme de fonds, de clientèle ou de société, droit à rémunération ou à indemnisation, etc.). Les fruits de la création bénéficient, eux, de régimes de protection réunis au sein du Code de la propriété intellectuelle. Les modèles d'appropriation du travail et de la création sont méthodologiquement différents : l'un est le fruit de la casuistique, d'appropriations indirectes ou de régimes prétoriens dont la qualification peut être incertaine ; l'autre organise des régimes légaux dont le contenu est clair. Ils le sont également dans leur contenu : le modèle d'appropriation de la création pose les principes du créateur personne physique et de la propriété initiale du créateur ; au contraire, le principe d'appropriation des fruits du travail par l'employeur exclut la personne du travailleur en tant que telle de la vocation à la propriété. Distinguant entre travail et création, lorsque la création est issue d'un rapport de travail, se superposent deux situations juridiques devenues distinctes : le rapport employeur-salarié d'une part ; le rapport créateur-exploitant d'autre part ; créant ainsi deux vocations à la propriété, en conflit en ce qui concerne le droit d'auteur.

15. Pourtant, les activités ne sont pas *a priori* si distinctes et semblent philosophiquement mêlées. La définition philosophique du travail renvoie à la dialectique de la création ou de l'œuvre⁵¹. Ainsi, si le travail est contrainte, voire peine, il est aussi libération lorsqu'il fait œuvre et permet à l'homme de s'accomplir, notamment grâce à sa dimension créatrice⁵². La

⁵¹ V. H. Arendt, *Condition de l'Homme moderne*, Presses Pocket, coll. Agora, 1994, Préf. P. Ricoeur ; M. Guérin, *Qu'est-ce qu'une œuvre ?*, Actes Sud, 1986.

⁵² Pour illustration, V. le premier paragraphe d'introduction de J. Péliissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, préc., n°1. Pour des développements, V. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, préc., p.3 : « Dans la langue française, le premier sens attesté du mot travail désigne ce qu'endure la femme dans l'enfantement. Il désigne cet acte où se mêlent par excellence la douleur et la création, acte où se rejoue à chaque fois, comme dans tout travail, le mystère de la condition humaine. Car tout travail est le lieu d'un semblable arrachement des forces et des œuvres que l'homme porte en lui-même. Et c'est dans cette mise au monde des enfants et des œuvres que l'homme accomplit sa destinée. Aux « sans-travail » dont le nombre ne cesse de croître aujourd'hui, est refusée cette part d'humanité, le droit à l'épreuve, le droit de faire ses preuves et de se voir reconnaître ainsi une place légitime au milieu de ses semblables. Plus que la polysémie, c'est cette extrême ambivalence du « travail » qui doit retenir d'abord l'attention. Le travail évoque à la fois la contrainte, la peine d'une activité qui n'est pas elle-même sa propre fin, et la liberté, l'acte créateur, qu'en accomplissant, l'homme s'accomplit lui-même. Tantôt asservissement des personnes aux choses, tantôt asservissement des choses aux personnes, le travail fait le démiurge comme il fait l'esclave. Cette ambivalence se trouve dès les premiers versets de la Bible. On en retient surtout la malédiction divine : « C'est à force de peine que tu tireras [du sol] ta nourriture tous les jours de ta vie (...) C'est à la sueur de ton visage que tu mangeras du pain, jusqu'à ce que tu retournes dans la terre d'où tu as été pris ; car tu es poussière et tu retourneras dans la poussière ». Mais le travail y apparaît aussi, et d'abord, comme acte divin, acte de création, dont la nature laborieuse se dévoile le septième jour, par cette première affirmation du droit au repos : « Dieu bénit le septième jour, et le sanctifia, parce qu'en ce jour il se reposa de toute son œuvre ». Créé à l'image de Dieu, l'homme reçoit mission d'être créateur à son tour. Signe biblique de la

distinction des objets exige donc analyse et nuance. Ce n'est pas tant la différence de « nature » des activités qui importe que la différence des objets, fruits de ces activités. Le Professeur Clavier résume ainsi la situation : *« le tout premier critère à mettre en œuvre pour désigner le corps de règles applicables à la dévolution des droits réside donc dans le caractère protégeable ou non par la propriété intellectuelle des résultats obtenus par le salarié ou l'agent public. Et l'on tient là la principale raison qui explique l'emprise du droit de la propriété intellectuelle sur le sujet et l'inconvénient qui en découle : la titularité des droits intellectuels n'est pas traitée d'une manière uniforme et subit la summa divisio de la propriété intellectuelle. Il y a un régime pour les inventions et un autre pour les œuvres. Une emprise plus grande du droit du travail sur ce point aurait peut-être eu pour mérite d'uniformiser les solutions »*⁵³.

16. Deux points sont ici à relever. D'abord, si l'on comprend que la distinction entre travail et création ne résout pas la difficulté puisque la propriété intellectuelle, propriété de la création, ne met pas en place un système unitaire, on comprend également qu'elle n'en est pas la cause. La distinction des régimes entre les fruits du travail et de la création tient moins à une différence de nature entre le travail et la création qu'à la spécificité des droits de la création : l'invention, toute création qu'elle soit, suit le régime du travail, manuel ou intellectuel, contrairement à l'œuvre de l'esprit. La dichotomie des régimes résulte de la *summa divisio* de la propriété intellectuelle, entre la propriété littéraire et artistique, mettant en exergue un droit d'auteur, centré sur la personne du créateur d'une part, et la propriété industrielle, mettant en exergue un droit de brevet, centré sur la maîtrise de l'exploitation industrielle, d'autre part. Une plus grande emprise du droit du travail pourrait-elle aboutir à transcender cette dichotomie ? Dans un certain sens, sans doute, et notamment pour « uniformiser » certaines procédures ou solutions. En effet, le droit du travail arbitre déjà les conflits entre le principe de subordination au pouvoir de direction de l'employeur et le nécessaire respect des droits et libertés individuels par exemple. Le droit du travail ne règle pour autant pas la question de la propriété des fruits du travail. Et, pour être un droit de l'entreprise, productrice de valeur et exploitant de cette valeur créée par ses salariés, il n'en est pas moins un droit de protection de la partie réputée faible au contrat, le salarié. Il n'est donc pas plus évident qu'il fournisse la clef d'un régime unitaire. Le pressentiment de la distinction du travail et de la création n'occulte donc pas les rapprochements possibles et ne fournit pas avec évidence de justification à un régime unitaire, pas plus d'ailleurs que l'approche transdisciplinaire.

déchéance humaine, le travail sera donc aussi, spécialement dans l'éthique protestante, la voie du salut, le modèle de l'accomplissement humain sur la Terre. Le récit de la Genèse met ainsi en scène, sous les auspices de la Loi divine, le travail et l'amour, où Freud voit les fondements de la civilisation ».

⁵³ J.-P. Clavier, « les principes relatifs à la titularité des droits sur une invention », préc.

17. **Approche notionnelle transdisciplinaire : exemple de la notion d'œuvre, entre travail et création.** La définition des notions du sujet nous a conduit non seulement à confronter les définitions juridiques des termes travail, création et propriété, mais aussi à interroger d'autres disciplines : la sociologie, la philosophie, l'économie essentiellement. Toutefois, si ces disciplines ont pu conforter la plupart des problématiques dégagées, leur étude n'a pas apporté de réponse nouvelle⁵⁴. L'analyse de la notion d'œuvre faite par Michel Guerin⁵⁵ rejoint la réflexion des juristes sur le travail et la création. Certains développements rappellent l'analyse du Professeur Gaudrat. Michel Guerin observe en effet que *« le travail est transition, il n'est pas communication. Car il ne garde ni ne retient ; bien plutôt, il consomme et il est consommé. Il se détruit lui-même en exigeant du travailleur une dépense (d'énergie), pour produire des objets aussitôt promis à la « consommation », comme écrit Bataille. (...) Ce n'est pas la production qui décide du travail, mais bien la consommation »*⁵⁶. Il met en exergue la fonction alimentaire du travail mais reconnaît néanmoins le travail qu'exige la création de l'œuvre : *« l'œuvre, réelle, charnelle, demande du travail. Elle en est la rédemption : la seule. Tout commence, là aussi, avec la matière et l'instrument. C'est dire que, si, en certains points, l'œuvre, en tant que telle, s'oppose au travail, par d'autres aspects, elle vient se confondre avec lui. Il y a du travail dans l'œuvre ; il y a un travail de l'œuvre »*⁵⁷. La vision « romantique » de l'œuvre qu'il met en exergue⁵⁸ trouve ses limites pour le juriste qui ne cherche qu'à déterminer un mode d'appropriation. Il donne néanmoins des arguments pour justifier, philosophiquement, la différence des modes d'appropriation : *« la sémantique du travail s'organise depuis la consommation, celle de l'œuvre s'ordonne autour de l'idée d'augmentation. Dans les deux cas, il y a dépense, mais autant celle-ci est perdue quand il s'agit du travail, autant, dès qu'il y va d'une œuvre, elle apparaît, non seulement comme justifiée, mais aussi comme largement compensée par le résultat. Dans la mesure où ce type d'échanges implique l'enchérissement, on affirmerait volontiers, employant le langage économique, que l'œuvre rend avec intérêt au producteur le présent qu'elle a reçu de lui. "Avec intérêt" est pourtant trop peu dire – car le dédommagement est sans mesure, infini. L'économique cède bientôt devant un autre ordre. C'est que la récompense ne se calcule plus. Pourquoi ? – Parce qu'elle ne fait absolument plus*

⁵⁴ Nous avons décidé de ne restituer ici que l'exemple de la notion d'œuvre ; d'autres développements auraient pu être consacrés à la notion de travail, les travaux de John Locke, Hannah Arendt, André Gorz, Dominique Meda, Jacques Le Goff, Michel Lallement ont notamment été très précieux. Pour de plus amples références, cf. bibliographie, sources extra-juridiques.

⁵⁵ M. Guerin, *Qu'est-ce qu'une œuvre ?*, Actes Sud, 1986.

⁵⁶ M. Guerin, préc. p.14.

⁵⁷ *Ibidem*, p.22.

⁵⁸ Par exemple, *Ibidem*, p.23 : *« Alors que le travail se subordonne à la vie, s'en fait l'instrument, l'œuvre, à l'inverse, s'impose à elle comme la fin ; elle la met en état d'obéissance. On travaille pour vivre ; on vit pour créer. »*

référence à l'usage »⁵⁹. Et l'on peut conclure avec lui : « aucun paradoxe n'entamera l'évidence : une œuvre est un travail. Toute œuvre est un travail ; simplement, l'inverse n'est pas vrai »⁶⁰. De la même manière, il met en évidence que la création manifeste la liberté, pas le travail.

18. **Approche notionnelle transdisciplinaire : exemple de l'artiste, entre créateur et travailleur.** Au contraire, Pierre-Michel Menger, dans son *Portrait de l'artiste en travailleur*⁶¹, insiste sur les similitudes entre artiste et travailleur⁶², au point de préconiser la libéralisation du travail sur le modèle de la vie professionnelle de l'artiste, préfigurant dans une certaine mesure le statut de la pluriactivité et de l'auto-entrepreneur⁶³. Cette théorie invitait à dépasser l'analyse en termes d'appropriation pour réfléchir plus généralement à un statut global du professionnel qui auto-exploite sa force de travail selon des formes et schémas variés.

19. On peut trouver d'autres exemples démontrant que la technique juridique, les critères et définitions des notions essentielles ne sont pas détachées des autres disciplines. Ainsi, certaines notions comme l'originalité⁶⁴ peuvent parfois paraître romantiques et difficiles à appliquer. Il est toutefois utile de constater que les autres disciplines les appliquent depuis

⁵⁹ *Ibidem*, p.27.

⁶⁰ *Ibidem*, p.28.

⁶¹ P.-M. Menger, *Portrait de l'artiste en travailleur, Métamorphoses du capitalisme*, éd. Seuil, coll. La République des idées, 2002.

⁶² P.-M. Menger, préc., p.61 : « le travail artistique s'organise selon trois modes principaux : le travail dans des entreprises employant un personnel à plein temps et sur contrat pluriannuel – orchestres, théâtres lyriques, compagnies théâtrales, troupes de baller, sociétés publiques de production audiovisuelle ; le travail intermittent par projet avec engagement temporaire et paiement au cachet ; et enfin, la cession contractuelle d'une œuvre ou la fourniture d'une prestation à un entrepreneur culturel (galeriste, éditeur...). La dynamique des organisations et des marchés artistiques montre que, dans la sphère de la production artistique proprement dite, l'intégration des activités au sein d'entreprises importantes n'est plus aisément viable hors des secteurs massivement soutenus par les aides publiques, et que s'est installée une 'désintégration verticale', avec ses caractéristiques de spécialisation flexible et d'organisation extensive de la coopération entre de petites firmes qui interviennent aux diverses étapes de la division du travail de production de produits complexes et chaque fois prototypiques ». V. aussi p.62 : « Le travail en free-lance et l'emploi intermittent, synonymes d'hyperflexibilité contractuelle, incarnent l'une des conditions de la 'perfection concurrentielle' : embaucher et débaucher en tant que de besoin, sans barrière ni à l'entrée ni à la sortie, sans coûts de prospection ni de licenciement. Les marchés du travail les plus flexibles concernent généralement les emplois les moins qualifiés, où la substituabilité des salariés est facile à mettre en œuvre parce que les tâches sont simples. C'est ce que l'on désigne souvent comme le marché secondaire du travail. Or, dans les arts, la flexibilité doit jouer tout autant pour des emplois fortement qualifiés où la substituabilité, certes toujours possible, est à l'opposé des principes structurants de l'activité, car les différences (de talent, d'expérience, d'apparence) y sont faiblement valorisées et pas seulement pour les emplois de premier plan. » v. enfin p.68 : « l'auto-emploi, le free-lancing et les diverses formes atypiques de travail (intermittence, temps partiel, multisalariat...) constituent les formes dominantes d'organisation du travail dans les arts. De fait, la sphère des arts a développé à peu près toutes les formes flexibles d'emploi, toutes les modalités d'exercice du travail (du plus étroitement subordonné au plus autonome) et toutes les combinaisons d'activité (...). L'ironie veut ainsi que les arts qui, depuis deux siècles, ont cultivé une opposition farouche à la toute puissance du marché, apparaissent comme des précurseurs dans l'expérimentation de la flexibilité, voire de l'hyperflexibilité. »

⁶³ V. « les habits neufs de l'indépendance et l'hybridation des statuts d'activité », p.75 et s.

⁶⁴ O. Laligant, *Le véritable critère du droit d'auteur : originalité ou création ?* PUF Aix-marseille, 1999.

longtemps et ont su les faire évoluer. Le « romantisme » du personnelisme, qui n'est pas qu'un accessoire contingent⁶⁵, n'a pas nécessairement vécu. Ainsi, Aristote met-il en évidence l'exigence de composition et d'expression qui vont faire l'originalité et surtout la valeur de l'œuvre⁶⁶. Jean Rousset démontre la nécessité de la forme, le lien entre l'auteur et son œuvre⁶⁷. Jocelyn Benoist distingue l'œuvre de son support⁶⁸. Nathalie Heinich pose la question de la nécessité et de l'évanescence de la forme (la performance fait-elle œuvre ?), met en exergue les critères de reconnaissance de la personnalité (reconnaissance objective, intrinsèque ou sociale), compare la personnification des choses et la réification des personnes⁶⁹. Mais pour améliorer les critères de qualification de l'œuvre, le philosophe, le sociologue, le critique d'art n'apporte pas de réponse plus efficiente que celle du juriste. Si les philosophes ont posé la question de l'appropriation de la création, de la distinction de l'œuvre et des idées, aucune théorie n'a emporté conviction définitive. Relisant Kant, Jocelyn Benoist distingue le droit d'auteur

⁶⁵ J. Raynard, *La propriété littéraire et artistique à l'épreuve de la méthode du conflit de lois*, LGDJ, Bibliothèque Droit de l'entreprise T.26, 1991

⁶⁶ Aristote, *Poétique*, Livre de poche, collection les classiques de poche, 2000.

⁶⁷ J. Rousset, *Forme et signification, Essais sur les structures littéraires de Corneille à Claudel*, Librairie José Corti, 5^{ème} édition, 1970 ; notamment p.X : « En art, la pensée ne se sépare pas de l'exécution, la vision est vécue dans la forme ; « dans la peinture, dans la poésie, la forme se confond avec la conception » (Delacroix). L'artiste vit son œuvre, vit dans son œuvre, et c'est sans doute ce qu'il vit avec le maximum d'intensité. Cette union organique et cette intime réciprocité sont tellement inhérentes à toute création qu'elles constituent, me semble-t-il, la définition de l'œuvre d'art : l'épanouissement simultané d'une structure et d'une pensée, l'amalgame d'une forme et d'une expérience dont la genèse et la croissance sont solidaires » ; p.XI : « toute œuvre est forme, dans la mesure où elle est œuvre. » ; et p.XX : « si l'œuvre est dans sa forme, elle est complète et significative telle que l'artiste l'a composée ».

⁶⁸ J. Benoist, Introduction à E. Kant, *Qu'est-ce qu'un livre ?*, Textes de Kant et Fichte traduits et présentés par Jocelyn Benoist, PUF, collection Quadrige, mars 1995, p.25 : « Ce n'est pas son immatérialité supposée – ou du moins la réductibilité de sa matérialité – qui caractérise l'œuvre par opposition à l'outil dont l'« esprit » demeure enraciné dans sa propre matière, puisque défini par la possibilité d'un certain usage de celle-ci. Non, c'est l'idéalité intrinsèque et radicale de l'œuvre, y compris éventuellement dans sa propre matérialité (...). La matière de l'œuvre fait partie thématique de sa teneur d'œuvre : dans l'inscription d'un calligramme par exemple, la courbe d'un dessin à plus forte raison, ou le « grain de la langue » et la pneumatique du « dire » qui tendent les coordonnées d'un poème, pour reprendre les catégories barthésiennes. Il faut alors définir cette matière par les idéalités visées comme telles, objets d'une possible idéalisation. Dans la contemplation de ce dessin en tant qu'« œuvre », c'est assurément à ce dessin que je me rapporte et il est essentiel qu'il se trouve actuellement devant mes yeux, dans un rapport effectif de contemplation physique, dans l'apparition de cette pure matérialité qu'il est. Mais si je me rapporte à lui comme « dessin » et non simplement comme objet, cela tient à ce que cette matérialité se révèle idéalisable et dans son essence (c'est le fondement du rapport « esthétique ») toujours idéalisée. L'œuvre est un « objet investi d'esprit », mais, si l'on peut dire, « au carré », un objet dont l'esprit est de renvoyer à son propre esprit. Cela non pas nécessairement au sens de la « gratuité » de l'œuvre, ou du « désintéressement » de la contemplation esthétique, mais au sens où sa fonction propre est de signifier. Le sens de l'« esprit » qui investit l'œuvre tient précisément à ce qu'elle apparaît comme porteuse en propre d'esprit, à ce qu'elle l'exprime. Si la matérialité et l'« indication » qui y est liée – puissance de l'inscription du signe qui seule peut en assurer la conjugaison – sont des moments constitutifs de cet acte d'idéalisation qui est caractéristique de l'œuvre comme production (mise au jour, exposition) de sens, c'est alors ressaisie dans l'idéalité même qui est celle de l'œuvre en tant que fait d'expression ».

⁶⁹ Pour une sélection de textes portants sur ces questions, V. B. Edelman et N. Heinich, *L'art en conflits, l'œuvre de l'esprit entre droit et sociologie*, Ed. La Découverte, 2002.

français du copyright tout en interrogeant les concepts d'auteur et de propriété⁷⁰. L'analyse est intéressante. Elle est contredite par d'autres écrits qui démontrent la convergence des systèmes. Le droit se doit-il de réceptionner une philosophie plutôt qu'une autre ? L'approche juridique des notions étudiées a pu démontrer la même difficulté : définir les notions de travail, de création et de propriété relève quasiment de l'idéologie, en tout cas résolument d'un choix doctrinal.

20. **Exclusion de l'approche notionnelle.** C'est un lieu commun d'affirmer que les termes de « travail » et « création » peuvent être entendus dans différentes acceptions. L'ambiguïté évidente de chacun d'eux apparaît dans ce qu'ils peuvent désigner à la fois un objet de droit et une activité. Un autre degré d'ambiguïté provient des branches du droit qui s'y réfèrent et ne l'utilisent pas nécessairement dans le même sens : le travail ne désigne pas nécessairement dans le Code du travail la même réalité que dans le Code de la sécurité sociale, dans la Constitution ou les principes particulièrement nécessaires à notre temps. Le mandataire salarié par exemple ne peut pas toujours bénéficier d'un contrat de travail, quand bien même il relève du régime général (salarié) de la sécurité sociale s'il n'est pas associé

⁷⁰ *Ibidem*, p.34 : « Dans la formule du copyright, il est bien vrai que l'éditeur ou le « producteur » possède, dans une certaine mesure, la propriété du « sens spirituel » de l'œuvre, à telle enseigne qu'il peut même le modifier, le morceler, éventuellement le monnayer. Le « bien spirituel » qu'est le livre appartiendrait alors à celui qui en a acheté les droits à l'auteur, sur le modèle d'une possession réelle, transmissible de l'un à l'autre. Je peux vendre le livre que j'ai écrit comme le travail de mes mains et alors, dans un cas comme dans l'autre, je n'ai plus aucun droit de regard sur lui. Telle est la conception anglo-saxonne, qui plonge ses racines loin en arrière, jusqu'au Queen Ann's Act de 1710, lequel attribue à l'imprimeur anglais la propriété exclusive du livre qu'il édite, à l'exclusion de l'auteur qui la lui a cédée contre argent. Le livre est alors reversé au compte du droit commercial courant (« matériel », même s'il s'agit alors de biens « spirituels » pris et vendus dans leur spiritualité même, puisque ce n'est pas un simple « manuscrit » que l'auteur livre à l'éditeur, mais du « sens » dont il pourra faire commerce en tant que tel et qu'il pourra même éventuellement modifier). Mais cette conception se fonde sur un oubli ou, du moins, une neutralisation fondamentale de la source problématique de cette « spiritualité » du bien concerné. C'est en revanche tout le mérite du système français du « droit d'auteur », non seulement financier, mais droit de l'auteur en général, que d'avoir essayé de prendre en compte cette source. L'idée est simple : un bien spirituel est déposé dans la matérialité du livre. L'objet matériel n'a pas d'autre sens que d'en être le vecteur, exactement comme la monnaie est le support physique et le médium de la valeur ordonnée à sa circulation. (...) Ce que l'on trouve dans un livre, et ce qui le constitue dans son essence de livre, c'est la pensée d'un auteur, auquel il doit être rapporté pour exister comme livre, et non comme texte anonyme, monnayable et indéterminé. Ici s'arrête en effet la comparaison entre le livre et la monnaie : sa valeur ne tient pas à sa simple circulation, même si dans un cas comme dans l'autre il s'agit bien de circulation de valeur. L'idée qui se fait jour à l'époque moderne, en liaison avec l'individualisation croissante de la conscience subjective, c'est ce qui est déposé dans le texte que j'ai écrit – et ce qui précisément va l'individualiser et l'approprié comme œuvre –, c'est mon esprit. En ce sens même, l'éditeur ne peut certainement se prévaloir d'aucune « propriété » sur l'œuvre. Ce qu'il peut revendiquer tout au plus, la forme de propriété qui est la sienne, c'est l'exclusivité de l'exploitation et de la diffusion de cette pensée. Mais, sur cette pensée elle-même, il n'a aucun droit. Telle sera la thèse défendue par Kant dans une théorisation avant la lettre du droit d'auteur. Ici, la « spiritualité » de l'œuvre prend toute sa valeur de transcendance et d'irréductibilité au régime commun de la propriété. Cette transcendance est celle de la personne qui est censée être à la source de l'œuvre et s'y exprimer. La question reste entièrement ouverte de savoir quel est son rapport au droit et à la notion de propriété en général et si même elle peut comme telle faire l'objet d'une propriété. Mais le fondement de cette théorie apparaît déjà en lui-même hautement problématique, car la notion d'auteur, qui en est la base, n'est rien non plus qui aille de soi ».

majoritaire. Son activité est clairement professionnelle et relève de sa force de travail, alors même qu'aucune subordination juridique ne le lie à la société qu'il représente. Le travailleur indépendant travaille sans pour autant être concerné par le Code du travail. La liberté du travail rejoint dans une certaine dimension la liberté d'entreprise. Il en va de même de la notion de création : le droit constitutionnel ou européen qui garantit la liberté de création n'entend pas le terme de création dans le même sens que le droit de la propriété intellectuelle. L'œuvre de l'esprit n'est pas nécessairement une œuvre d'art protégée par le droit du patrimoine culturel, et *vice versa*. Chaque branche du droit définit selon les nécessités qui la fondent les termes de création et de travail. Après analyse, il apparaît qu'une définition commune à toutes les branches du droit ne semble ni possible ni pertinente. Cela s'explique simplement : en dehors de l'analyse des textes, le travail et la création sont moins des catégories juridiques que des notions, des concepts supérieurs, or le droit ne définit que les catégories juridiques. Après analyse, il nous est apparu impossible de déterminer une définition juridique unique, transversale, pour ces concepts. Ces concepts ne seront donc étudiés qu'au regard de la problématique posée, c'est-à-dire dans la confrontation au concept de propriété, ce qui signifie que les notions de travail et de création seront analysées à l'aune du rapport d'appropriation. Par ailleurs, une approche notionnelle globale conduit à faire des choix dans la construction de la notion : certains aspects, liés à certaines branches du droit, sont nécessairement (et sans doute artificiellement) privilégiés au détriment des autres jugés accessoires mais qui ne sont accessoires que par rapport à une problématique et peuvent être premiers dans une autre perspective. Il nous semble que les notions juridiques ne peuvent être appréciées de manière totalement abstraite et sortie du contexte juridique qui est le leur. Tel est particulièrement le cas du concept de propriété.

21. **La propriété, notion insondable.** La notion de propriété s'est révélée plus difficile encore à définir⁷¹. Autant le travail et la création ne relèvent pas immédiatement des catégories juridiques, autant la propriété est d'évidence au moins une technique juridique, une catégorie juridique si l'on considère qu'il s'agit d'un droit réel, l'équivalent du droit subjectif pour ceux qui en font un concept supérieur aux catégories juridiques. C'est dire son importance au sein

⁷¹ V. en ce sens, W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », RTDciv. 2012, p.419, qui introduit son propos ainsi : « *La propriété, tiraillée entre son analyse classique et une approche renouvelée qui prétend en faire l'alpha et l'oméga de la réalité juridique, est aujourd'hui méconnaissable. Nul ne sait plus ce qu'elle est vraiment* », puis « *La propriété est malade de sa doctrine. De sa doctrine classique autant que de sa doctrine moderne. Ce sont les faiblesses théoriques de la première qui ont ouvert la voie aux excès conceptuels de la seconde. Ecartelée entre deux dogmatiques antithétiques, la propriété aujourd'hui se perd* ».

du droit français. Ce concept, inscrit au cœur même du Code civil⁷² ne peut être défini sous le seul prisme de l’ambiguïté de son application aux choses incorporelles et plus particulièrement encore aux créations intellectuelles. Cette notion, qui fascine, et parfois émeut, sera toujours l’un des trois piliers du droit, selon les termes du Doyen Carbonnier⁷³, une des huit valeurs fondamentales pour la démocratie, si l’on se réfère aux travaux du Professeur Dockès⁷⁴. La définition de la propriété peut-elle être unique ? Le concept de propriété est-il unique ? La définition de la propriété par la Cour Européenne des Droits de l’Homme peut-elle s’imposer à la Cour de cassation ? Et ce quelque soit la question posée ? Certaines doctrines sont définitivement irréconciliables. Certains points de vue peuvent être conciliés si, comme pour le travail ou la création, l’on tient compte du fait que la définition de la notion utile à une branche du droit peut ne pas être identique dans une autre branche. La propriété-liberté, garantie constitutionnellement, peut ne pas recouvrir la même réalité juridique que la propriété-droit réel⁷⁵, et ce quand bien même l’on pourrait finalement utiliser des termes très similaires pour les définir *a priori*. Une définition, une acception exclut-elle nécessairement l’autre ? Il a été décidé non de trancher, mais de concilier les approches, objectif qui s’est avéré être au cœur de la démarche de thèse.

22. **Droit du travail et droit des biens.** Plusieurs thèses ont été publiées récemment sur le sujet. On peut globalement remarquer que l’analyse est souvent soit influencée par le droit du travail, soit par le droit des biens. Les thèses de Géraldine Boucris-Maitral et de Laurent Drai partent de la confrontation du droit de la propriété intellectuelle au droit du travail pour mettre en relief comment le droit du travail peut influencer, corriger, enrichir la propriété intellectuelle. Tous deux concluent à la pertinence des régimes en place. Mme Boucris-Maitral va jusqu’à considérer que le droit d’auteur devrait assumer son régime personnaliste au point de supprimer les exceptions à la propriété du créateur que sont la titularité des droits portant sur les œuvres collectives et les logiciels créés par des salariés⁷⁶. Laurent Drai, comparant droit

⁷² La propriété n’est pas seulement au cœur du droit des biens mais aussi du droit des obligations et du droit patrimonial, particulièrement de la famille (classés ensemble dans le livre Troisième « *des différentes manières dont on acquiert la propriété* »).

⁷³ J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd.

⁷⁴ E. Dockès, *Valeurs de la démocratie, huit notions fondamentales*, Dalloz-Sirey, coll. Méthodes du droit, 2005.

⁷⁵ V. également F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, coll. Corpus droit privé, n°30-32, retenant, après une présentation des différentes doctrines proposant la qualification de propriété ou une qualification *sui generis* comme les droits de droits de clientèles (Roubier), ou les droits intellectuels (Dabin) que la propriété est une « notion flexible » susceptible d’accueillir les droits réservant l’exploitation d’une création ou d’un signe mais distinguant également la propriété-droit fondamental et la qualification de droit réel.

⁷⁶ G. Boucris-Maitral, *Création et salariat*, thèse Lyon II, 2005, dir. A. Jemmaud.

d'auteur et droit des brevets, considère comme justifiées les divergences de régimes, ces régimes étant en conformité avec le droit du travail, notamment par la mise en exergue du dialogue social et de la nécessité de la négociation tant individuelle que collective⁷⁷. Au contraire, la thèse de Samuel Becquet⁷⁸ est centrée sur une approche issue du droit des biens et l'analyse est fondée essentiellement sur le mécanisme de la spécification.

23. **Importance respective du travail et de la création au sein de la propriété intellectuelle.** Il semble donc que la question de l'appropriation des créations de salariés doive nécessairement être abandonnée à l'une ou l'autre de ces disciplines. Selon le Professeur Roubier, « *c'est bien sans doute le Droit des brevets qui peut déterminer la nature et le type des droits à accorder aux parties mais la question de savoir à qui seront attribués ces différents droits, comment s'opèrera la répartition des avantages et des produits de l'invention entre les parties est bien une question qui doit être résolue, d'abord, par l'étude des relations de travail établies entre elles* »⁷⁹. Le Professeur Mousseron considère lui aussi que c'est au droit du travail de déterminer quelle « *règle propre d'attribution* » doit s'appliquer aux inventions de salariés : « *ce n'est plus la qualité d'inventeur qui appelle le brevet, mais telle ou telle position dans le contrat d'emploi. L'élimination des règles de principe comme l'affirmation des règles d'exception tiennent, donc, à la relation de l'invention avec le contrat. C'est pourquoi, dans le débat, apparemment scolastique mais aux conséquences pratiques essentielles, sur l'appartenance de la question au Droit des brevets ou à celui du travail, nous opinons, avec la plupart des commentateurs qui l'ont abordé, pour le second rattachement* »⁸⁰. Au contraire, le Professeur Clavier considère-t-il que c'est à la propriété intellectuelle qu'il revient de déterminer l'objet du droit, sa nature, son contenu, ce qui influence nécessairement, voire détermine, sa titularité⁸¹. En effet, la titularité dépend de la nature du droit, du moins de sa qualification⁸² : droit personnaliste, le droit d'auteur favorise la titularité du créateur, au contraire du droit des brevets, droit essentiellement fondé sur la rationalité économique. L'œuvre de l'esprit n'accède à la protection qu'en tant qu'elle est marquée par la personnalité de son auteur ; celui-ci n'est donc pas interchangeable comme l'est

⁷⁷ L. Draï, *Le Droit du travail intellectuel*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, T. 42, 2005, préf. P.-Y. Verkindt.

⁷⁸ S. Becquet, *Le bien industriel*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, T. 448, 2005, Préf. T. Revet.

⁷⁹ P. Roubier, T. II, n°16, cité in J. M. Mousseron, J. Schmidt-Szalewski, P. Vigant, *Traité des brevets*, Librairie Technique, 1984, coll. CEIPI, p.495.

⁸⁰ J. M. Mousseron, *Traité des brevets*, préc. p.495

⁸¹ J.-P. Clavier, « Les principes relatifs à la titularité des droits sur une invention », RLDI, mars 2008, p.64.

⁸² Sur la question du droit naturel en droit d'auteur, V. P. Gaudrat, « Propriété littéraire et artistique (1° Propriété des créateurs) », *Encyclopédie Dalloz*, n°288 et s. ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, préc. n°16; V. aussi, A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité*, préc. n°8. Sur la nature du droit d'auteur : A. Zollinger, *Droit d'auteur et droits de l'Homme*, LGDJ, 2008, coll. Faculté de Droit et Sciences sociales de Poitiers, Préf. P. Gaudrat.

l'inventeur dont la qualité n'a d'importance que pour légitimer le droit au titre, peu important finalement qu'il soit premier inventeur, dès lors qu'il est inventeur et qu'il légitime le droit du premier déposant. Le droit sur une œuvre de l'esprit ne peut être, lui, attribué *ab initio* à une personne morale, à un cessionnaire qui n'ait pas de personnalité créatrice à exprimer⁸³. C'est la dimension personnaliste du droit d'auteur qui fonde les principes originaux de la matière : la titularité et le droit moral, principes qui font la spécificité de la propriété littéraire et artistique. Dès lors, la solution de l'article L.111-1, alinéa 3, ne doit pas surprendre : la conciliation de deux branches du droit protégeant, à des titres distincts certes, la même partie au contrat ne pouvait qu'aboutir à protéger la partie considérée, à double titre, comme la partie faible au contrat. Que la solution en droit des brevets soit distincte ne surprend pas non plus : la propriété industrielle n'a pas vocation à protéger le créateur mais à favoriser le progrès technique en récompensant la divulgation de l'invention. Les deux branches de la propriété intellectuelle, pour être en certains points comparables, mettent en exergue des valeurs différentes, qui influencent leurs principes directeurs et le régime qu'elles mettent en place. Le régime de la création salariée dans chacune de ces branches du droit correspond aux intérêts que servent principalement chacune de ces propriétés. Le Professeur Antoon Quaedvlieg rappelle ainsi que *« c'est avec trop de complaisance que le droit de propriété intellectuelle est souvent compté parmi les fruits du travail. En vérité, seule la création intellectuelle en tant que telle – l'invention ou l'œuvre – est le fruit du travail. Cette création revient à l'employeur. Il peut l'exploiter et s'en servir. Il jouit alors de tout ce qui lui revient comme fruit du travail de l'employé. Le (droit à l'obtention du) brevet, par contre, ou le droit d'auteur portant sur l'œuvre ne sont pas le fruit du travail de l'employé. Ce n'est pas l'employé qui crée le droit exclusif. Le législateur l'octroie. Il l'octroie sur la base de considérations d'utilité sociale et économique. Le droit exclusif est donc soumis à d'autres raisons que le travail en tant que tel et se trouve placé dans un contexte beaucoup plus large que la relation étroite entre l'employeur et son employé. Le législateur crée, par le droit exclusif, une incitation à l'innovation technique et culturelle. Le choix, à qui cette incitation doit profiter ou comment elle doit être distribuée, doit donc être vu en fonction du droit qui crée l'incitation et non pas être déterminé par d'autres ensembles de règles. Ceci s'impose d'autant plus quand il apparaît clairement de la loi que le législateur a eu l'intention que l'employé puisse participer aux bénéfices, comme c'est souvent le cas dans*

⁸³ Dans le même sens : F. Pollaud-Dulian, « Droit moral et droits de la personnalité », JCP G. 1994 I. 3780 : *« Si l'on efface le lien personnel de l'auteur avec son œuvre, c'est-à-dire, si l'on met de côté l'expression de la personnalité dans l'œuvre, objet de droit moral, on peut faire un droit de l'œuvre avec ou sans auteur. Le fantasme de l'œuvre sans auteur peut se réaliser au profit de l'exploitant : l'assimilation à l'invention devient possible, puisque l'invention n'appartient pas à l'inventeur mais au premier déposant, le droit de brevet répondant à une logique différente dominée par des intérêts économiques et collectifs ».*

les lois sur les brevets »⁸⁴. Il convenait donc d'étudier chacune des branches de la propriété intellectuelle en tenant compte des intérêts juridiquement protégés par ces propriétés.

24. **Méthodologie.** Au vu de toutes ces questions, de toutes ces problématiques, il est apparu nécessaire d'observer, d'analyser et de tenter de restituer le mode de fonctionnement de l'appropriation des valeurs, créatives ou non créatives, produites par l'être humain et susceptibles d'être qualifiées de fruits du travail ou de la créativité humaine pour en faire une synthèse et permettre la comparaison des modes d'appropriation. Pour comparer, il fallait en effet déjà présenter, définir. De la même manière, pour proposer des classifications, pour proposer des réformes, il convenait d'abord de comprendre l'ordonnancement, les raisons et les justifications des régimes en place.

25. Il a donc fallu commencer par vérifier l'existence du principe d'appropriation des fruits du travail par l'employeur et en analyser le contenu. Aussi un préalable à la discussion de la titularité des droits sur les créations issues d'un rapport de travail consistait à s'intéresser à la titularité des droits sur les fruits du travail et sur les fruits de la création, étudiés séparément pour déterminer s'ils convergeaient ou s'opposaient. Il convenait par ailleurs de vérifier si le régime *a priori* exceptionnel de titularité des droits existant en droit d'auteur n'était pas dû à la spécificité de l'appropriation des créations.

26. Plusieurs angles de vue ont été pris. Quatre ont été finalement retenus : l'approche empirique, l'approche systémique, l'approche positive, l'approche prospective.

27. L'approche empirique part des faits, des régimes en place et des principes qui ont guidé leurs constructions et leurs évolutions récentes. Elle a permis de démontrer qu'il existait réellement deux « modèles »⁸⁵ d'appropriation des fruits de l'activité humaine : le modèle de

⁸⁴ A. Quaedvlieg, « salaire, profit, propriété intellectuelle. Observations générales sur le droit du travail, le droit de la propriété intellectuelle et le droit des sociétés », *Les cahiers de propriété intellectuelle*, vol. 11, n°3, p.729, spéc. p.740.

⁸⁵ La propriété est l'expression d'un droit fondamental. Mais la propriété est aussi une notion philosophique, économique, nécessaire à l'appréhension du monde. La propriété est un instrument de représentation du monde, une technique nécessaire à de nombreuses disciplines. Le droit est donc également influencé par ces autres disciplines. Par ailleurs, la propriété, en tant que droit fondamental, entretient des relations particulières avec la liberté. Or, comme le démontre les Professeurs Clavier et Lucas, « *liberté et appropriation constituent les deux grands principes qui gouvernent notre droit du marché* » (J.-P. Clavier et F.-X. Lucas, *Droit commercial*, Flammarion, 2003, coll. Champs Université, p.238). On comprend que la propriété-appropriation en tant que principe organisationnel, fondateur du droit du marché, va prendre des formes plurielles. La propriété est aussi un droit subjectif, un droit subjectif qui s'applique à des biens hétérogènes. Or la définition de la titularité des droits de propriété portant sur ces biens et du contenu de ces droits dépend autant d'un droit commun des biens que de considérations extérieures à la science juridique, et des biens en eux-mêmes. Le régime de ces propriétés doit alors être adapté à chacun de ces biens spécifiques. Le droit des biens ne peut pas se passer de toute casuistique. Le Professeur Revet note ainsi « *l'édification*

l'appropriation des fruits du travail désigne l'investisseur comme propriétaire, le salarié bénéficiant lui d'un droit à rémunération et d'un statut protecteur ; au contraire, pour les créations, c'est la propriété qui garantit la rémunération et protège la personne du créateur. Au-delà des divergences, il est loisible de constater certaines assonances, notamment lorsque les régimes sont analysés à l'aune du personnalisme ou du rôle de l'exploitation. Une fois qu'il a été reconnu que les fruits du travail et de la création pouvaient, du fait de leurs valeurs intrinsèques, faire l'objet d'une appropriation, d'une réservation, sans avoir pris position sur la qualification du droit portant sur ces objets, venait le temps de la qualification.

28. L'approche systémique⁸⁶ a donc consisté à confronter les droits portant sur le travail et la création à la qualification de droit de propriété. Or comme il l'a été dit, la définition du droit de propriété pouvait en soi poser difficulté. Les théories de la propriété ont en effet une incidence sur la qualification ; et la qualification des droits portant sur les fruits du travail et de la création a une incidence sur les théories de la propriété⁸⁷. Cette confrontation a permis de vérifier la qualification de propriété mais aussi, presque surtout, de déterminer si la

d'un régime spécial s'impose, tant il en va ainsi pour tous les types de biens, dont, toujours, les traits appellent un complément voire une adaptation de la théorie générale de l'appropriation, fût-ce par des prescriptions en grande partie supplétives » (I. Revet, obs. in RTDCiv. 2009, p.345, à propos de Cass., civ. 1^{re}, 11 déc. 2008). Au-delà de la casuistique, de l'analyse empirique de l'existant, le raisonnement juridique, dans les pays de droit civil, invite à réfléchir à une théorie générale, à élaborer des principes, des exceptions, construire des catégories. D'où l'idée de construire des « modèles ». Le terme modèle n'est pas ici à entendre en son sens premier « *ce qui sert ou doit servir d'objet d'imitation pour faire ou reproduire quelque chose* » mais dans un sens plus « *didactique* » : « *représentation simplifiée et plus ou moins formalisée d'un processus (modèle dynamique), d'un système (modèle statique)* », et dans un sens plus précis, renvoyant à l'expérimentation scientifique : « *représentation théorique simplifiée (d'un phénomène physique), devant permettre de l'analyser, de l'expliquer et d'en prédire certains aspects* » (A. Rey (dir.), *Dictionnaire culturel en langue française*, Le Robert, 2005, « V^o modèle »).

⁸⁶ Le terme « systémique », « *qui se rapporte à un système dans son ensemble ou qui l'affecte* », « *qui étudie les systèmes* » (A. Rey (dir.), *Dictionnaire culturel de la langue française*, préc.) a été préféré au terme « systématique », « *qui appartient à un système, est intégré dans un système* », « *ensemble de vues et de méthodes relevant d'un système de pensée* » (*Ibidem*) car il nous a semblé que les analyses doctrinales semblaient parfois se contredire non du fait d'une interprétation différentes des règles de droit mais parce qu'il n'y avait pas un mais des systèmes. Il nous a semblé qu'il n'était pas possible de choisir entre les systèmes doctrinaux et qu'il était plutôt nécessaire d'étudier la question à partir des systèmes.

⁸⁷ Comme le note le Professeur Clavier, « *lorsqu'une matière est organisée en système les différentes catégories juridiques qui la composent ne sont pas simplement juxtaposées. L'organisation logique de l'ensemble se traduit par des interactions. Les catégories juridiques s'articulent autour d'un axe qui constitue le critère de la classification et qui conduit en définitive à les opposer* ». Sa thèse portant sur la mise à l'épreuve des catégories de la propriété intellectuelle à partir des créations génétiques, il poursuit : « *les catégories de la propriété intellectuelle sont-elles simplement juxtaposées les unes à côté des autres ou interagissent-elles les unes sur les autres ? Autrement dit, les créations intellectuelles relatives à la propriété littéraire et artistique s'opposent-elles aux créations intellectuelles relatives à la propriété industrielle ? L'analyse conduit à dénier le caractère systématique des droits de propriété intellectuelle car pour différentes qu'elles sont, les deux catégories ne sont pas opposées* » (J.-P. Clavier, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, L'Harmattan, 1998, coll. Logiques juridiques, préf. J.M. Mousseron, n°23). On peut procéder de la même manière pour l'analyse des droits portant sur les créations dans leur confrontation au travail et à la propriété, et notamment pour interroger la qualification de droit de propriété et la classification des propriétés.

qualification imposait un régime de propriété, et notamment si elle pouvait déterminer les principes de titularité des droits. Une fois cette opération réalisée, il était possible de confronter le droit positif relatif à la titularité des droits sur les créations issues d'un rapport de travail aux principes ainsi dégagés afin d'envisager si une réforme était nécessaire et quelle forme elle pourrait prendre.

29. L'approche positive a donc consisté à présenter une synthèse des différentes situations juridiques existantes. Car si la propriété intellectuelle est tiraillée entre deux modèles au point de proposer deux régimes distincts régis par des principes directeurs opposés, les applications et exceptions conduisent en réalité à des solutions très diverses et permettent de dégager là-aussi des convergences. Cette approche a donc constitué un préalable indispensable à l'approche prospective, qui s'intéresse à l'évolution possible des régimes.

30. L'approche prospective permet d'élaborer une synthèse des possibles, de s'interroger sur les conditions d'une éventuelle réconciliation des régimes par la mise en place si ce n'est d'un régime commun au moins de principes généraux communs à la matière. En effet, la propriété intellectuelle est une propriété tournée vers l'exploitation, qu'elle a vocation à organiser au mieux en établissant une synthèse adéquate entre les intérêts en présence : intérêt du créateur, de l'exploitant et du public. La qualité des créations, le respect de la personnalité créative, la liberté de création, le droit du public à l'information et le développement technologique, culturel, sanitaire, économique ou social, ne doivent pas pour autant être sacrifiés au seul intérêt de l'exploitant. C'est en recherchant un équilibre entre ces intérêts divergents qu'ont été élaborés au fil des ans les principes directeurs de la matière qu'il s'est agi ici de mettre en évidence pour déterminer quelle réforme mettre en place pour améliorer les régimes relatifs aux créations issues d'un rapport de travail.

31. **Annonce du plan.** La première partie s'intéresse à la propriété des fruits du travail et de la création analysée de manière séparée. Elle permettra, dans une approche d'abord empirique, de mettre en exergue les deux modèles d'appropriation des fruits de l'activité humaine, celui du travail et celui de la création, puis, dans une approche systémique, de déterminer en quoi le terme de propriété est adapté. La qualification de propriété du droit portant sur les fruits du travail et de la création n'est en effet pas neutre : elle ne peut qu'avoir une incidence sur la définition du droit de propriété. La deuxième partie sera plus spécialement consacrée à la propriété des créations nées d'un rapport de travail. L'objet de droit est ici à la fois fruit d'un travail subordonné et fruit de la créativité. Il est dès lors tiraillé entre deux modèles d'appropriation. L'analyse du droit positif démontre que chacune des branches de la propriété a choisi un modèle d'appropriation, tout en l'adaptant pour

finalement réceptionner certains principes du modèle *a priori* rejeté. Aussi une analyse prospective est-elle possible pour envisager si ce n'est la réconciliation en un système unitaire du moins les moyens de concilier les modèles au mieux et de réduire les divergences de régimes par l'introduction de dispositions générales communes à tous les régimes applicables aux créations intellectuelles.

PARTIE I.

LA PROPRIÉTÉ SUR LES CRÉATIONS ET LES FRUITS DU TRAVAIL

32. **Problématique.** A l'analyse, il est apparu que le travail et la création étaient des objets qui, s'ils peuvent se ressembler, ne sont pas traités juridiquement de la même manière dans leur confrontation au concept de propriété. Aussi la question de la propriété des créations réalisées dans un rapport de travail est-elle tiraillée entre les logiques divergentes s'appliquant au travail et à la création. Il convenait donc d'analyser la propriété des fruits du travail et la propriété des fruits de la création, pour déterminer les raisons de ces tiraillements et tenter de les résoudre. Cette première partie sera donc consacrée à cette analyse préalable, confrontant les concepts de travail et de création à celui de propriété de manière séparée.

33. **Précision terminologique : distinction des fruits et de l'activité.** Le travail et la création, présentent une même ambiguïté terminologique : chaque terme peut aussi bien désigner l'activité que le fruit de l'activité. Entendus dans le sens d'une activité, le travail et la création présentent certainement des caractéristiques communes : ce sont deux activités intrinsèquement humaines productrices de valeur. Juridiquement, ce sont deux modes d'acquisition de la valeur. L'homme en effet a vocation à s'approprier le fruit de ses efforts, quelle qu'en soit la nature et c'est à ce titre que le travail et la création font l'objet d'une appropriation. Le droit peut s'intéresser à la réglementation de l'activité : c'est ainsi que le Code du travail définit la relation subordonnée, que certaines professions sont réglementées, que les agents publics sont soumis à situation légale et réglementaire, que certains contrats de prestations de service sont spécifiquement réglementés. Mais, en ce cas, il s'agit essentiellement de déterminer l'étendue des droits et obligations de chacun des partenaires (et notamment les garanties dues par chacun et l'obligation de loyauté réciproques des parties), leurs conditions de rémunération et les conditions de rupture du contrat. Tel est le cas du statut du fonctionnaire, du salarié, du représentant de commerce, de l'agent commercial ou de la régie publicitaire, pour ne prendre que quelques exemples parmi d'autres. Une analyse essentiellement centrée sur la question de la propriété renvoie en revanche à la question des objets.

34. Si l'activité est un mode d'appropriation, ce qui est ici indéniable, le titulaire du droit, le contenu du droit varient en fonction de l'objet, c'est-à-dire de sa nature et de ses limites. La question de la propriété du travail et de la création renvoie donc aux fruits de ces activités. En ce qui concerne le travail, deux expressions permettent de distinguer le travail en tant qu'activité et le travail en tant qu'objet : la force de travail (le travail « en action », en potentialité de production de valeur) et les fruits du travail (le travail incorporé dans un objet distinct). En ce qui concerne la création, on peut parler de créativité pour désigner l'activité créatrice et des fruits de la création pour désigner les objets créatifs.

35. **Empirisme des solutions.** L'analyse du traitement juridique respectif des fruits du travail et de la création démontre comment le droit en la matière se construit de manière très empirique. Les fruits du travail sont divers, les fruits de la création aussi, et sont soumis à des régimes distincts. Il n'est pas évident qu'il existe un droit commun de l'appropriation de la création ou de l'appropriation des fruits du travail. La confrontation de ces notions à celle de biens conduit déjà à deux approches opposées : une approche synthétique en matière de création (on remarquera notamment que les régimes juridiques sont rassemblés au sein d'un seul et même code, le Code de la propriété intellectuelle, ce qui appelle à l'unité, d'autant que l'on peut constater, dès l'origine, une certaine similitude des discours, des problématiques et des fondements) ; une approche éclatée en matière de travail (à l'exception de la relation de travail subordonnée, qui est régie par un code spécifique, le Code du travail, le travail ne fait pas en tant que tel l'objet d'un *corpus* de règles spécifiques ; la réglementation et les règles d'appropriation sont d'autant plus éparses, que le travail, entendu dans un sens large, peut recouvrir des formes très diverses : travail indépendant ou subordonné, rémunéré ou bénévole, exercice d'une profession réglementée, prestation de service ou production de biens matériels, etc.). Chaque fruit du travail ou de la création est soumis à un régime juridique propre. Il est donc apparu nécessaire de présenter préalablement à toute analyse un inventaire des objets faisant l'objet d'une appropriation et des modalités de ces appropriations. Cette analyse a permis de proposer une modélisation de l'appropriation de chacun de ces objets.

36. **Appropriation et propriété.** Au-delà de l'inventaire des objets d'appropriation et des techniques juridiques permettant de réserver la valeur du travail et de la création, la confrontation des concepts de travail et de création à celui de propriété implique de se poser la question de la qualification des droits portant sur ces objets. La qualification de propriété des droits portant sur certains fruits du travail ou de la création peut dans une certaine mesure faire *a priori* débat. A l'analyse, il est apparu que le préalable nécessaire à la qualification était la détermination du contenu de la notion de propriété elle-même, la propriété, notion si centrale en droit civil, pouvant recouvrir des acceptions diverses selon les doctrines, voire les branches du droit.

37. La qualification des droits portant sur les fruits du travail et de la création de droit en droit de propriété dépend par exemple du fait que la propriété est conçue ou non comme un droit réel, est assimilée au droit subjectif, ou n'est plus considérée comme un droit mais comme la faculté de jouissance des droits.

38. La définition de la notion de propriété est apparue, de ce point de vue, un préalable à toute discussion.

39. Par ailleurs, au vu de la spécificité des objets en cause, fruits d'une activité personnelle, liés à la personnalité de la personne qui en est à l'origine, mais qui présentent une valeur indéniable dans les sociétés de l'immatériel, dites société de l'information, les droits qui portent sur les fruits du travail et de la création ont pour certains des régimes fortement marqués par l'approche économique du droit, ou au contraire par l'approche personnaliste.

40. L'analyse dite « empirique » (Titre I) constate l'existence des objets de droit et des exclusivités dont ils font l'objet. Ce titre propose une description des mécanismes d'appropriation des fruits du travail et de la création, c'est-à-dire des mécanismes de réservation de la valeur (principe et étendue de l'appropriation ; mode d'acquisition) ; et la construction d'un modèle d'appropriation des fruits du travail et d'un modèle d'appropriation des créations. L'approche dite « systémique » (Titre II) tente de replacer ces mécanismes d'appropriation au cœur des théories de la propriété pour déterminer si ces droits peuvent être qualifiés de propriété et les conséquences de telles qualifications.

TITRE I.

ANALYSE EMPIRIQUE : LES MODÈLES D'APPROPRIATION DES CRÉATIONS ET DES FRUITS DU TRAVAIL

41. **Problématique.** Ce premier titre ne vise pas à prendre position sur la qualification de propriété des droits portant sur les fruits du travail ou sur les créations. Une telle qualification suppose en effet que soient préalablement déterminés les deux éléments indispensables à l'opération de qualification : l'objet sur lequel porte l'opération de qualification et l'objet auquel il est confronté pour cette qualification. L'opération de qualification exige donc que la nature du droit de propriété, son contenu et ses critères de qualification soient définis ; ainsi que l'objet et le contenu du droit à qualifier. Une étape préalable à cette opération de qualification consistait donc à déterminer quels étaient les objets qui devaient être soumis à l'opération de qualification. Il convenait donc de consacrer ce premier titre à l'inventaire des fruits du travail et de la création susceptibles de faire l'objet d'une propriété, les indices retenus pour cet inventaire étant l'existence d'une réservation, d'une exclusivité de jouissance ou d'une valeur économique exploitée, partagée avec les tiers.

42. On aurait pu également commencer par définir le droit de propriété et procéder ensuite aux opérations de qualification en confrontant les critères de ce droit aux objets inventoriés, au fur et à mesure de l'inventaire réalisé. Toutefois, il est apparu à l'analyse que la question de la reconnaissance ou non de l'existence d'une propriété pouvait dépasser la question technique de la qualification, notamment quand on analyse la question non plus sous l'angle du contenu du droit ou de sa nature mais sous l'angle de la titularité du droit. La question de la propriété prend ici un sens très différent : celui du rapport d'appartenance, qui est d'abord une relation entre un sujet et un objet mais qui pose aussi la question du rapport du propriétaire avec les tiers ou des droits des tiers sur l'objet. C'est en ce sens que le terme d'appropriation a été ici préféré : l'étude de l'appropriation désigne ici l'étude des mécanismes de réservation, c'est-à-dire des modes d'acquisition des valeurs. Or, concernant l'acquisition originaire des fruits du travail ou du génie humain, la référence à une propriété n'est pas anodine.

43. **Référence propriétaire : quête de sens et de puissance.** La référence à la propriété dans les textes révolutionnaires comme de nos jours n'est pas sans véhiculer certaines valeurs : la propriété est un droit puissant, sacré, exclusif et absolu. L'article 544 du Code civil est à cet égard évocateur : « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* »⁸⁸. L'utilisation du terme

⁸⁸ A titre de comparaison, on remarquera que l'article 947 du Code civil québécois, donnant la même définition finalement de la propriété, est à la fois moins emprunt de naturalisme et plus clair. V. Code civil du Québec, art. 947 : « *La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi. Elle est susceptible de modalités et de démembrements* ».

propriété donne au droit ainsi qualifié puissance et légitimité. Elle inscrit aussi le droit dans un contexte philosophique qui influence son régime, au-delà même des considérations les plus techniques et des tensions internes à des branches du droit dont le sort est largement influencé par le contexte politique, économique et social, comme le droit du travail, le droit commercial ou la propriété intellectuelle. Le Professeur Anne-Marie Patault, analysant l'histoire du droit des biens, montre d'ailleurs que les systèmes d'appropriation sont moins le fruit d'une analyse technique que d'un point de vue philosophique : *« l'étude du passé montre encore qu'aucun de nos deux systèmes d'appropriations du sol n'a jamais fondé sa légitimité sur un simple rapport de force ou sur les nécessités techniques. Aux yeux des juristes anciens, le pouvoir exercé par l'homme sur les choses apparaît comme une réponse à la question du juste et de l'injuste et, au-delà, à la question de la finalité du droit. Propriété simultanée et propriété exclusive ont été justifiées, l'une et l'autre, par une conception métaphysique de la place de l'homme dans l'univers. La conception chrétienne a sous-tendu spirituellement les propriétés simultanées ; l'idée du droit naturel et des droits de l'homme a fondé, philosophiquement, la propriété exclusive. A l'une et à l'autre, le droit romain, très sollicité, a prêté ses techniques »*⁸⁹. La philosophie du droit naturel a aussi déterminé les contours de la dimension constitutionnelle de la propriété : la propriété est une liberté et bénéficie à ce titre de garanties, notamment contre les excès du pouvoir⁹⁰.

⁸⁹ A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, n°1.

⁹⁰Pour une illustration, Dupont de Nemours, *De l'origine et des progrès d'une science nouvelle*, 1768, rééd. par A. Dubois, Geuthner, 1910, coll. des économistes et des réformateurs sociaux de la France, p.11 : considérant que la propriété relève du droit naturel et que la société doit le garantir : *« Les droits de chaque homme, antérieurs aux conventions, sont la liberté de pourvoir à sa subsistance et à son bien-être, la propriété de sa personne et celle des choses acquises par le travail de sa personne. Ses devoirs sont le travail pour subvenir à ses besoins, et le respect pour la liberté, pour la propriété personnelle, et pour la propriété mobilière d'autrui. Les conventions ne peuvent être faites entre les hommes que pour reconnaître et pour se garantir mutuellement ces droits et ces devoirs établis par Dieu même. Il y a donc un ordre naturel et essentiel auquel les conventions sociales sont assujetties, et cet ordre est celui qui assure aux hommes réunis en société la jouissance de tous leurs droits par l'observance de tous leurs devoirs »*, puis p. 15 : *« pour qu'il y ait la plus grande liberté possible dans l'emploi, et la plus grande sûreté possible dans la jouissance des propriétés personnelles, mobilières et foncières ; il faut que les hommes réunis en société se garantissent mutuellement ces propriétés, et les protègent réciproquement de toutes leurs forces physiques »*. Dupont de Nemours explique ensuite que l'autorité souveraine ne peut prendre que des lois positives qui sont le reflet des lois sociales et qui ont donc pour seul objectif la conservation du droit de propriété et de la liberté qui sont inséparables. Il admet même qu'il y ait *« un Juge naturel et irrécusable des ordonnances mêmes des Souverains »* (p.16), consacrant ainsi la valeur si ce n'est constitutionnelle, du moins supralégislative de ces droits fondamentaux. Le souverain règle l'usage de la propriété, garantit la juste répartition des produits de la terre, lève l'impôt qui lui permettra d'assurer la conservation de la propriété par l'organisation de la société qu'il met en place. La liberté du travail, la liberté d'échange, la liberté d'emploi et de culture de la terre sont des libertés indissociables du droit de propriété, et que le Souverain doit également garantir. V. également sur la garantie constitutionnelle de la propriété : A. Vergne, *La notion de Constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, De Boccard, 2006, coll. Romanité et modernité du droit, p. 151 et s., démontrant que le droit de propriété bénéficiait d'une garantie « constitutionnelle » dès le XVIII^e siècle (la jurisprudence évoque un droit inaliénable, intangible, un droit naturel aussi ; la doctrine évoque un droit de l'Homme, au même titre que la liberté individuelle). Ainsi, dès la fin de l'Ancien Régime, on peut observer à partir de l'analyse des remontrances de plusieurs

44. **Légitimation de la propriété par les libertés publiques.** Après une période de flottement quant à la légitimité de l'appropriation privée, l'idéologie favorable à l'appropriation privée a finalement triomphé. Ainsi, après avoir critiqué Locke et Turgot, car la théorie du droit naturel n'est fondée sur aucune vérité historique, le Professeur Jean Morange analyse les principes de politique de Benjamin Constant, selon lesquels la propriété est une institution sociale et n'est pas de droit naturel car le droit de propriété « *est indissociable des autres et apparaît surtout comme un moyen indispensable pour garantir la liberté individuelle. Les libéraux contemporains sont encore plus pragmatiques. La reconnaissance d'un droit de propriété aux individus stimule leur esprit d'initiative, leur créativité. Sa transmissibilité évite le découragement. Les résultats sont là pour prouver que ce droit s'exerce pour le plus grand profit de la société* »⁹¹. D'autres confirment que la propriété occupe une place importante au sein des libertés publiques. Ainsi, Monsieur G. Morange affirme en 1940 que « *si la liberté individuelle proprement dite constitue la condition matérielle nécessaire à l'exercice de toutes les autres libertés, nous estimons que la propriété privée en constitue la condition psychologique (...); l'existence d'un régime de propriété privée est indispensable pour permettre l'éclosion de droits individuels* » ; et d'observer qu'il « *est indispensable, en effet, que l'individu ressente le besoin d'exprimer ses pensées, d'agir librement, sans entraves, et qu'il soit, par ailleurs, disposé à reconnaître les mêmes facultés aux autres. C'est une manière d'agir et de comprendre laquelle prépare l'exercice du droit de propriété individuelle tel qu'il a été entendu depuis les Romains* »⁹². Cette liberté s'exprime notamment dans le *jus abutendi*, que le propriétaire se reconnaît et reconnaît aux autres propriétaires : « *c'est dans ce pouvoir exclusif qu'il exerce à l'encontre des choses que l'homme prend conscience de sa personnalité, c'est à cette occasion que se développe chez lui cet instinct de domination, qui (...) [constitue] la cause la plus certaine et la plus puissante de l'établissement de tout système de libertés publiques* »⁹³. Pour être publiques, les libertés fondamentales n'en sont pas moins des libertés de l'Homme, qui sont révélées par l'individualisme. Or la propriété privée participe de cet individualisme : « *le droit de propriété, c'est*

parlements un mouvement favorable à la reconnaissance du caractère fondamental du droit de propriété. Pour une consécration récente : Décision Ccstt n°81-132 DC, samedi 16 janvier 1982, loi de nationalisation. spec. considérant 13 à 20. Comp. les commentaires de R. Savy, « La constitution des juges », D. 1983, chron. p.105, dénonçant le libéralisme dont est empreinte la décision et J.L. Mestre, « Le conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », D. 1984, chron. p.1, s'opposant au Doyen Savy et analysant les travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen en 1789 pour démontrer que la liberté, notamment d'entreprendre, sert la propriété, qu'elles relèvent toutes deux de la catégorie des droits fondamentaux, « *droits naturels et imprescriptibles de l'homme* » à portée générale et intemporelle, qui doivent donc être constitutionnellement garantis.

⁹¹ J. Morange, « La déclaration et le droit de propriété », *Droits*, 1988, 8, p.101. Dans le même sens, C. Mouly, « La propriété », in *Droits et libertés fondamentaux*, dir. R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, 4^e éd., Dalloz 1997, p.415.

⁹² G. Morange, *Contribution à la Théorie générale des libertés publiques*, thèse, Nancy, 1940, p.131.

⁹³ *Ibidem*, p.132.

en effet l'émergence du particulier contre le collectif, le droit d'un homme contre tous les autres hommes »⁹⁴. Et pourtant, le droit de propriété ne lèse pas les autres. Le Professeur Villey, excluant que la propriété privée contredise le principe d'égalité, rappelle que la propriété peut être conciliée avec le principe d'égalité, à condition que l'égalité ne soit pas conçue comme arithmétique mais « géométrique », c'est-à-dire proportionnelle aux mérites, besoins et fonctions de chacun. Il s'appuie alors sur le droit romain : la société romaine « ne nivelle pas » ; « elle tient compte des différences qui sont naturellement entre hommes dans un organisme social. Si l'on ne respecte ces différences, il ne peut pas exister de propriété. Et cette seule sorte d'égalité qui est proportionnelle, se concilie à la liberté. Les deux notions, toujours rivales, ont cessé d'être incompatibles »⁹⁵. Et pour garantir cet équilibre, les propriétés ne peuvent être inviolables, comme la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et le Code civil l'ont proclamé⁹⁶ : elles doivent trouver leur juste mesure et se concilier entre elles et avec les autres droits⁹⁷.

45. Appropriation du travail et de la création : aux limites de la référence propriétaire ? De la même manière, au-delà de l'analyse purement technique de la propriété du travail et de la création, l'appréhension du travail et de la création en tant qu'objet d'une appropriation sous-tend un point de vue philosophique. Tel est clairement le cas de l'appropriation du travail, développée par Locke et les physiocrates. Pour Locke, qui est ici rejoint par les physiocrates, chaque homme est propriétaire de sa personne et, par voie de conséquence, de ses propres actions. La transformation de la nature par l'homme lui permet de se l'approprier : tel est le cas lorsqu'il ramasse un morceau de bois ou cultive un champ.

⁹⁴ En ce sens, M.-A. Frison-Roche et D. Terre-Fornacciari, « Quelques remarques sur le droit de propriété », in *Vocabulaire fondamental du droit, Archives de philosophie du droit*, T. 35, Sirey 1990, p.236.

⁹⁵ M. Villey « Notes sur le concept de propriété », *Pensée juridique moderne, 12 essais*, Dalloz, p.187, spec. p.199.

⁹⁶ V. M.-A. Frison-Roche et D. Terre-Fornacciari, « Quelques remarques sur le droit de propriété », préc., évoquant déjà une « *sacralisation laïque* » du droit de propriété par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, spéc. p.238 : « *l'inviolabilité de la chose participe donc de l'inviolabilité de la personne, Napoléon, pourtant peu avare de conquêtes, affirmait dans une lucidité toute théorique : 'la propriété, c'est l'inviolabilité dans la personne de celui qui la possède ; moi-même, avec les nombreuses armées qui sont à ma disposition, je ne pourrais m'emparer d'un champ...'.* (...) Cette union de la personne et de la chose grâce au droit de propriété confère à ce dernier un caractère 'sacré', affirmé par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, cette sacralisation laïque ayant ainsi pris le relais de la dimension théologique du droit de propriété ».

⁹⁷ M. Villey, préc., p.198-199 : « Il est vrai que la propriété des choses extérieures est condition de la liberté et de l'épanouissement de la personne humaine, ainsi que l'ont expliqué Locke et l'idéalisme allemand. On en avait déjà conscience dans l'Antiquité. Quelle est à Rome la fin du droit ? Que chacun ait le sien, *suum cuique*, sa part propre bien déterminée. Oui, c'est le bastion de la liberté ! Mais le tort des penseurs modernes a été de faire abstraction de la dimension sociale de l'homme. Puisque nous sommes 'avec les autres', selon Heidegger – que l'homme est *zôon politikon*, disait Aristote – il est nécessaire que le droit tout en constituant des propriétés, leur trace des limites ; les pose comme relativement stables, mais non 'inviolables'. Ce qui est admirable dans la pensée juridique romaine, c'est qu'elle ne tombe pas dans l'excès, mais à la liberté de l'homme assigne sa juste mesure ».

L'appropriation originaire est donc légitimée par le travail⁹⁸. Au contraire, Kant relativise l'importance du travail comme fait générateur de la propriété : selon lui, le travail n'est pas nécessaire à l'acquisition de la propriété, c'est la prise de possession qui est nécessaire, l'occupation avec intention de se comporter en maître de la chose qui vaut dans l'état de nature acte d'appropriation⁹⁹. Cette appropriation doit par ailleurs, comme le souligne Hegel, être confirmée par le droit pour devenir propriété¹⁰⁰. C'est en ce sens que, pour Rousseau, la propriété est au fondement de la société civile¹⁰¹ : l'appropriation, l'occupation de la nature doit être confirmée par un titre légitime de propriété et rend nécessaire la sortie de l'état de nature pour la mise en place d'une société civile. On notera que selon Kant, l'homme ne peut être propriétaire que des choses et non des hommes, pas même de sa personne. S'il peut être son propre maître (*sui juris*) et est responsable de ses actions, il n'est pas propriétaire de lui-même et ne peut disposer à son gré de lui-même¹⁰². Proudhon critiquant le principe de propriété, rejettera tant le travail que l'occupation comme mode d'appropriation¹⁰³. Alain lui répond en mettant en exergue le travail : « *une parole comme celle qui fit tant de bruit : 'la propriété, c'est le vol', me fait horreur (...) parce que je vois que les deux termes ainsi rapprochés sont déformés effrontément, la propriété étant essentiellement liée au travail, et le vol se définissant par l'acquisition sans travail* »¹⁰⁴. C'est cette analyse du travail comme mode d'acquisition originaire de la propriété, comme fait générateur de la propriété qui a fondé, à l'origine, l'appropriation de la création. Or c'est aussi sur des analyses philosophiques et économiques que les partisans du *copyleft* ou de l'analyse économique du droit fondent leur critique de la propriété intellectuelle. L'appropriation est dès lors finalisée, instrumentalisée. Instrument de régulation économique

⁹⁸ J. Locke, *Traité du Gouvernement civil*, préc. V. aussi l'analyse économique proposée par les physiocrates, notamment P. Le Mercier de la Rivière, *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, J. Nourse, 1767, p.18 et s., disponible sur <http://visualiseur.bnf.fr/Visualiseur?Destination=Gallica&O=NUMM-55257>, selon lequel l'homme dispose d'une propriété sur sa personne. Cette propriété l'oblige à un devoir de conservation : il doit pour survivre travailler. C'est la propriété mobilière qui est une propriété naturelle et nécessaire car c'est elle qui assure la propriété des fruits du travail. La propriété foncière n'apparaît qu'ensuite. Pour une présentation de l'apport des physiocrates, R. Bach, « Les physiocrates et la science politique de leurs temps », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques* 2/2004 (n°20), p. 5.

⁹⁹ E. Kant, *Métaphysique des mœurs*, Partie I, Doctrine du Droit, éd. J. Vrin, 1971.

¹⁰⁰ G. Hegel, *Principes de philosophie du droit*, éd. J. Vrin, 1982.

¹⁰¹ J.-J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Garnier Flammarion, 1992.

¹⁰² Pour un résumé de la controverse entre Locke et Kant, V. M. Blay, *Dictionnaire des concepts philosophiques*, Larousse – CNRS éditions, 2006, V° propriété.

¹⁰³ P.-J. Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété*, Garnier-Flammarion, 1966.

¹⁰⁴ Alain, *Histoire de mes pensées*, cité in P. Foulquié, *Dictionnaire de la langue philosophique*, PUF, 1962, V° Propriété.

et sociale¹⁰⁵, « le droit de propriété doit être défini en lui-même mais aussi pour lui assurer une efficacité en tant qu'instrument de résolution des difficultés sociales. Que reste-t-il aujourd'hui du droit de propriété ? Non seulement il est attaqué de toutes parts, réglementé, mais encore suspecté et dévalorisé »¹⁰⁶. Définissant une esthétique du droit de propriété qui contribue à son éthique, Mesdames Frison-Roche et Terré-Fornacciari remarquent que la propriété est à la croisée de l'avoir, de l'être et du faire. C'est cette dimension philosophique de la propriété qui est exprimée par la reconnaissance au sein même du Code civil de son caractère sacré. Cette dimension philosophique conduit à l'imbrication de la propriété et de la liberté. Mais la propriété est aussi « fonctionnalisée » : elle sert le propriétaire par le pouvoir qu'elle lui confère, elle sert la société « par les performances économiques qu'elle engendre et dont a besoin la société toute entière »¹⁰⁷. Enfin, « la propriété semble aussi se légitimer par le bienfait qu'elle apporte à la chose elle-même : paradoxe d'un droit au service de son objet. On peut penser qu'actuellement, le droit de propriété ne tire plus sa puissance de son attachement à la personne qu'il définit, mais de son attachement à une chose qu'il fait prospérer. Il peut d'ailleurs s'agir d'une autre chose que l'objet direct de propriété. C'est ainsi qu'il est devenu courant d'affirmer que la propriété constitue l'un des modes les plus sûrs de garantie, voire de sûreté, à travers les mécanismes tels que la clause de réserve de propriété, qui conserve au vendeur la propriété de la chose tant que l'acheteur n'en a pas payé intégralement le prix »¹⁰⁸. Tel est le cas aussi des propriétés affectées à une finalité d'exploitation, que Roubier rassemblait sous le vocable de « droits de clientèle » : l'exploitation est au cœur de leur régime car l'exploitation relève de la nature même de l'exclusivité qui porte sur la chose et l'exploitation confère à la chose sa véritable valeur : la propriété sert ici autant à mettre en exergue le lien entre la chose et le propriétaire, qu'à assurer la valeur de la chose. L'appropriation contribue aussi à accroître la valeur de la chose en ce qu'elle en organise la rareté. Or, « ce qui est laissé en commun serait entièrement inutile, si on ne pouvait en prendre et s'en approprier quelque partie et par quelque voie »¹⁰⁹ ; à ce titre, le modèle philosophique de la « tragédie des communs » et l'étude historique du sort des communaux ont conduit à légitimer la croyance que la propriété privative est un modèle économique plus efficace que les propriétés collectives. D'où

¹⁰⁵ A. Rand, « Man's rights », in *Capitalism : the Unknown Ideal*, Signet Books, 1967, cité par H. Lepage, *Pourquoi la propriété ?* Hachette, 1985, p.415 ; F. Terré, « l'évolution du droit de propriété dans le Code civil », in *Destins du droit de propriété*, Droits, 1985, I, p.37.

¹⁰⁶ M.-A. Frison-Roche et D. Terré-Fornacciari, « Quelques remarques sur le droit de propriété », in *Vocabulaire fondamental du droit*, Archives de philosophie du droit, T. 35, Sirey 1990, p.233.

¹⁰⁷ Ibid., p.244.

¹⁰⁸ Ibid., p.244.

¹⁰⁹ V. J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, 1690, Paris, Flammarion, 1992, p.162, chapitre V, De la propriété des choses, n°25.

l’affirmation du modèle individualiste, d’où la personnification des biens détenus en commun grâce à la théorie des personnes morales.

46. L’analyse comparée de la protection du travail et de la création permet de mettre en évidence le rôle à la fois politique et idéologique de la référence à la propriété. Toutefois, des différences idéologiques et politiques ont conduit à l’éclosion de modes d’appropriation très différents, même si des similitudes peuvent être observées. C’est tout l’objet de ce premier titre d’étudier comment s’est mise en place l’appropriation des fruits du travail (Chapitre I) et de la création (Chapitre II) et de présenter les points de divergence et de convergence de ces deux modèles d’appropriation des « propriétés non oisives ».

CHAPITRE I.

L'APPROPRIATION DES FRUITS DU TRAVAIL

47. **Principes.** Le travail transforme la matière et en augmente la valeur. Le propriétaire de la matière qui la transforme bénéficie de l'augmentation de la valeur et en acquiert la propriété par accession¹¹⁰. Le Professeur Revet a ainsi considéré que la force de travail faisait l'objet d'une quasi-propriété, le travailleur obtenant la propriété de la valeur qu'il créait¹¹¹. La force de travail, mode de création de la valeur, confère donc un droit à rémunération à celui qui en est à l'origine, le travailleur. Ce droit à rémunération est qualifié de quasi-propriété par le Professeur Revet.

48. Samuel Becquet a consacré sa thèse au bien industriel, c'est-à-dire au bien dans lequel s'incarne la valeur créée : le bien fruit du travail, bien nouveau ou dont la valeur a augmenté¹¹². Il a, à ce titre, démontré comment les mécanismes de la spécification¹¹³ pouvaient être heureusement contemporanisés. En matière économique, le travail est, avec le capital, l'un des deux principaux facteurs de production, permettant la production de richesses. En droit, le conflit entre ces deux facteurs de production, capital et travail, est réglé par le mécanisme de la spécification, qui traite des conflits entre le propriétaire de la matière et la main d'œuvre, celui-là n'étant pas propriétaire. Quand le propriétaire de la matière se distingue du spécificateur, la propriété de la matière prévaut : le propriétaire de la matière reste propriétaire de l'objet tel qu'il a été transformé, à charge d'indemniser le spécificateur, sauf à démontrer que la main d'œuvre « *surpass[e] de beaucoup* » la valeur de la matière ou que la main d'œuvre a également fourni une part de la matière, ce qui lui confère une égale vocation à la propriété, d'où un régime de copropriété. Le spécificateur a donc droit à la valeur de son travail mais pas à la maîtrise de l'objet. Le travail confère donc un droit à rémunération mais non une maîtrise de l'objet créé. Le droit de propriété du travailleur porte sur la valeur qu'il a créée mais non sur un domaine, non sur l'utilité de la matière transformée, à moins que la matière ne soit qu'accessoire. C'est donc, en principe, le propriétaire de la matière, celui qui paie le travail qui

¹¹⁰ Du moins l'organisation du Code civil laisse-t-elle penser que le mécanisme s'apparente à de l'accession, les dispositions relatives à la spécification relevant de la section relative au droit d'accession. Pour une position nuancée, W. Dross, *Le mécanisme de l'accession, éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, Thèse Nancy II, 2000, dir. G. Goubeaux, estimant que la spécification n'est pas complètement un cas d'accession et qu'elle « *n'a pu y être rattachée qu'au moyen d'un raisonnement analogique, en procédant à une véritable réification de la prestation de travail accomplie relativement à une chose* ». Le raisonnement analogique peut se comprendre également si l'on focalise moins l'analyse sur la force de travail et plus sur le fruit du travail, la valeur produite par le travail, représentée par la plus-value réalisée grâce au travail. La valeur produite par le travail s'unit alors à la valeur de la matière, la force de travail étant alors simplement la force qui a conduit à l'union.

¹¹¹ T. Revet, *La force de travail, étude juridique*, Litec, coll. Bibliothèque du droit de l'entreprise, 1992, préf. F. Zenati.

¹¹² S. Becquet, *Le bien industriel*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, T. 448, 2005, Préf. T. Revet.

¹¹³ Cciv., art. 570, 571 et 572.

bénéficie de l'utilité du bien créé. Cette analyse conçue dans le Code civil à propos de la matière s'applique au travail manuel ou intellectuel, productif de fruits corporels ou incorporels ; de biens, de services ou d'informations ; indépendant ou salarié.

49. Au-delà du droit à rémunération, l'appropriation, la maîtrise, du travail exige une capitalisation que diverses techniques permettent d'opérer. Ces techniques issues du droit civil et du droit commercial sont néanmoins étrangères au droit du travail qui s'intéresse moins à l'appropriation du travail, qu'à la définition des conditions de travail des salariés. Il n'intervient donc que de manière détournée dans la définition du droit à rémunération, dans la définition des limites et contreparties à la mise à disposition de la force de travail, cause de l'appropriation à la source de la valeur.

50. Si l'évolution actuelle peut tendre à l'individualisation ou au personnalisme, le mouvement est pour l'instant hésitant. Car avant l'homme est l'entreprise : l'entreprise se conçoit par le collectif et rejette l'individualisme.

51. Oscillant entre bien et personne, l'entreprise est à la fois un outil de capitalisation, permettant l'appropriation de la valeur, et un moyen de personnification de l'activité, permettant l'avènement d'un personnalisme qui n'est pas pour autant au profit des travailleurs.

52. Dépassant la dialectique de la main d'œuvre et du propriétaire de la matière, nous préférons démontrer que l'extension du champ de la spécification a conduit à attribuer la propriété à l'investisseur (propriétaire du capital), n'accordant au travailleur qu'un droit à rémunération (section I) et que la montée en puissance de l'approche personnaliste du travail conduit au raffinement du modèle d'appropriation sans le remettre en cause (section II).

SECTION I.

CONSÉCRATION DE LA PROPRIÉTÉ DU CAPITAL FACE AU TRAVAIL

53. L'analyse des textes ne rend pas compte de la réelle importance du travail comme mode d'acquisition de la valeur, hormis l'article 1401 du Code civil qui démontre que le travail est la source principale des revenus des ménages. Définissant l'actif de la communauté, cet article rappelle que les ressources des époux susceptibles d'enrichir la communauté par les acquisitions qu'elles auront permises, sont celles « *provenant de leur industrie personnelle* » et des « *économies faites sur les fruits et revenus* » des biens. Les revenus de l'industrie personnelle sont ici premiers par rapport aux fruits et revenus du capital, ce qui reflète la réalité des revenus de la majorité des ménages français. Dans la théorie de la spécification au contraire, le propriétaire de la matière, du bien corporel, prime sur celui qui l'a travaillée. De la même manière, alors que le travail subordonné (entendu au sens large incluant l'activité des travailleurs salariés bénéficiant d'un contrat de travail et des agents publics sous statut¹¹⁴) est le mode d'exercice de l'activité professionnelle encore le plus répandu de nos jours, aucun texte légal n'évoque clairement la question de la propriété du produit de ce travail, tant celle-ci est évidente. En ce qui concerne le travail indépendant, l'analyse des différents modes d'acquisition du travail permet de conclure à l'existence d'un modèle d'appropriation centré sur le propriétaire de la matière, et pour contemporaniser le droit des biens, le propriétaire du capital, l'investisseur. La casuistique dont font preuve le législateur et la jurisprudence invitent à s'intéresser à des objets de droits divers et éparpillés. Pourtant, cette multiplication des objets de droit incitent à penser qu'il y a bien un droit à bénéficier des fruits de son travail, le travailleur disposant certainement d'un droit à rémunération. Il faut ici se rappeler l'ambiguïté du terme travail, à la fois activité et produit de cette activité. Le travail est clairement un mode de production de la valeur mais donne également lieu à un produit ou un service, qui s'incarne également dans un objet, corporel ou incorporel. La valeur du travail est, du moins en partie, évaluée à l'aune de la valeur des fruits du travail ou de la plus-value connue par le bien transformé grâce au travail. Si, au-delà de la valeur créée, on focalise l'analyse sur le produit, corporel ou incorporel, dans lequel s'est incarné le travail, on s'aperçoit que la propriété revient non nécessairement au travailleur mais au propriétaire de la matière première ou du bien originaire qui a été

¹¹⁴ Sur la situation particulière des agents publics, V. J. Pélissier, G. Auzéro et E. Dockès, *Droit du travail*, préc. n°199.

transformé. Après avoir démontré que l'appropriation du travail bénéficie avant tout au propriétaire de la matière, ci-après dénommé l'investisseur (I), nous présenterons les principes généraux de ce modèle d'appropriation (II).

§ 1. APPROPRIATION DU TRAVAIL PAR L'INVESTISSEUR

54. En droit, la question propriétaire est contingente par rapport au nombre de dispositions qui évoquent le travail (A). La propriété du travailleur est d'ailleurs contingente par rapport à celle de l'investisseur, ce qui s'explique notamment par les principes de liberté et responsabilité, qui fondent la propriété (B).

A. Contingence de l'approche propriétaire

55. L'objet du droit du travail n'est pas la titularité des fruits du travail. L'indifférence de cette branche du droit à l'égard du produit du travail est manifeste (1). Curieusement le Code civil n'est pas beaucoup plus prolixe, la question de la propriété de l'industrie restant quasiment anecdotique, particulièrement en ce qui concerne le salariat (2).

1. Désintérêt du droit du travail

56. **Champ d'application du droit du travail.** Le droit du travail est consacré au salariat. Il a vocation à s'appliquer à tous les salariés. S'il ne s'applique pas en tant que tel aux fonctionnaires, il peut s'appliquer, quand il ne heurte pas les nécessités du service public, aux agents publics relevant du droit privé¹¹⁵. Il n'a en revanche aucunement vocation à s'appliquer

¹¹⁵ Les fonctionnaires sont soumis à un statut légal et réglementaire et, à ce titre, ne sont pas soumis au droit du travail. Ceci n'est que la traduction en ce qui concerne les relations de l'Administration avec ses agents publics du principe d'opposabilité du droit privé à l'Administration tel qu'il a été initié par l'arrêt Blanco. On note toutefois que le particularisme du droit de la fonction publique connaît des limites, notamment en ce que droit du travail et droit de la fonction publique « *s'influencent mutuellement, écoulent en parallèle, s'empruntent des solutions* », le droit de la fonction publique pouvant aller « *jusqu'à parfois, par exemple, puiser des principes généraux dans le Code du travail : interdiction de licencier une agent public enceinte, obligation de rémunérer un agent public au minimum au niveau du SMIC, droit d'un agent suspendu, s'il n'est finalement pas sanctionné, au remboursement des retenues effectuées sur sa rémunération, droit de l'agent devenu physiquement inapte à être reclassé dans un autre emploi* » (J.-M. Auby, J.-B. Auby, J.-P. Didier, A. Taillefait, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2009, n°11). V. également A. Plantey, *La fonction publique, Traité général*, Litec, 2^e éd., 2001, n°27 et s. Certaines dispositions du Code du travail s'appliquent tant aux agents fonctionnaires qu'aux agents des personnes publiques relevant du droit privé. Tel est le cas par exemple des dispositions relatives au droit de grève et ses aménagements, spécialement dans les établissements gérant un service public (Ctrav., art. L.2511-1 et s. ; le Conseil d'État a ainsi estimé que « *en vertu des dispositions du deuxième alinéa de l'article L.521-1 du Code du travail issu de la loi du 17 juillet 1978, l'exercice de la grève ne saurait donner lieu de la part de l'employeur à des mesures discriminatoires en matière de rémunérations et d'avantages sociaux ; qu'en édictant cette interdiction, le législateur a énoncé un principe général du droit du travail applicable aux entreprises publiques dont le personnel est doté d'un statut réglementaire et qui n'est pas incompatible avec les nécessités de la mission de service public confiée à la Société Nationale des*

aux travailleurs indépendants¹¹⁶. L'objet du droit du travail est de réglementer les relations entre un employeur et son collaborateur, c'est-à-dire une relation subordonnée. L'employeur dispose en effet d'un pouvoir juridique, inhérent au contrat de travail, sur le salarié, du fait du lien de subordination. Il dispose ainsi d'un pouvoir de direction des salariés, complété par un pouvoir normatif et un pouvoir de sanction¹¹⁷, qui lui permettent d'assurer la direction et le bon fonctionnement de l'entreprise. La maîtrise économique des moyens de production renforce ce pouvoir juridique. Aussi, prenant acte du déséquilibre intrinsèque à la relation de travail¹¹⁸, l'objet du droit du travail, depuis son émergence au XIX^e siècle, a-t-il été avant tout

Chemins de Fer Français ; l'article L.2512-1 vise spécialement les personnels de l'État, des régions, des départements et des communes comptant plus de 10000 habitants ». Par ailleurs, les agents publics non fonctionnaires se voient appliquer le droit du travail, sauf nécessité du service public. Ce principe se traduit par la précision au sein du Code du travail que certaines dispositions s'appliquent aux employeurs de droit privé mais aussi au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé, dès lors que des dispositions spéciales au sein du statut ne déroge pas au droit du travail (V. notamment Ctrav., art. L.1111-1, L.1211-1, L.2111-1) Certaines dispositions du Code du travail ne s'applique qu'aux établissements publics à caractère industriel et commercial (V. Ctrav. art. L.1311-1 ; L.3111-1) ou aux établissements publics à caractère industriel et commercial ainsi qu'aux établissements publics administratifs lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé (pour exemple : Ctrav. art. L.2211-1, L.3311-1, L.4111-1), voire à la fonction publique hospitalière et quelques autres établissements (Ctrav., art. L.4111-1 et s.). Certaines dispositions peuvent également « faire l'objet d'adaptations, par décrets en Conseil d'État, sous réserve d'assurer les mêmes garanties aux salariés de ces établissements » (Ctrav., art. L.2311-1). Enfin, certaines dispositions ne s'appliquent à aucun agent public (tel est le cas par exemple des dispositions relatives aux salaires et avantages divers : Ctrav., art. L.3211-1). V. aussi évoquant une privatisation du régime du travail dans l'Administration, F. Debord, « le régime du travail dans l'Administration », *Semaine Sociale Lamy*, 30 mai 2011, p.40.

¹¹⁶ Ainsi, sauf fonctions distinctes correspondant à un travail effectif, le contrat de travail d'un salarié nommé mandataire social est suspendu pendant la durée de ce mandat, le cumul des deux qualités pour des fonctions identiques étant impossible : le mandataire social n'a dès lors plus la possibilité de revendiquer l'application du Code du travail pendant la durée de son mandat. Il en est de même des travailleurs indépendants. Il convient toutefois que ces travailleurs soient réellement indépendants, techniquement et qu'ils développent une clientèle propre (Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 2009, n°08-12966). Il existe quelques cas particuliers, pour lesquels la loi a mis en place une présomption de subordination. C'est notamment le cas des représentants de commerce et des journalistes.

¹¹⁷ V. la présentation des pouvoirs de l'employeur par M.-F. Mialon, *Les pouvoirs de l'employeur*, LGDJ, 1996 ; J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, préc., p.605 et s. ; G. Couturier, *Traité de droit du travail, T. II relations collectives de travail*, coll. Droit fondamental, PUF, 2001, p.50 et s. Sur la justification théorique des pouvoirs de l'employeur, V. P. Durand, « La notion juridique d'entreprise », *Trav. Ass. Capitant*, T. 3, 1947, p.56. V. aussi, A. Rouast et P. Durand, *Traité de législation industrielle, Traité de droit du travail*, Dalloz 1947. V. au contraire G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, n°127 fondant l'existence de ces pouvoirs sur le droit de propriété et le contrat. V. aussi pour un rappel historique des liens entre pouvoir patronal et libertés fondamentales, E. Dockès, « Le pouvoir dans les rapports de travail, essor juridique d'une nuisance économique », *DS* 2004, p.620 ; « Le pouvoir patronal au-dessus des lois, La Cour de cassation dénature la liberté d'entreprendre », *Dr. ouvr.* 2005, p.1 ; « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », *Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à Jean Pélissier*, Dalloz 2004, p.203. A propos du fondement du pouvoir patronal sur le contrat, V. les références citées infra n°69.

¹¹⁸ Pour illustration, le Code civil prévoyait initialement que l'employeur était cru sur parole quant au paiement des gages des « gens de service » (Cciv, art. 1781).

de mettre en place des limites aux sujétions subies par les salariés par l'organisation d'un statut de salarié¹¹⁹.

57. **Organisation d'un statut.** Prônant la liberté et l'égalité, la philosophie des Lumières a conduit à la libéralisation des rapports juridiques, y compris les rapports de travail, conçus alors comme essentiellement indépendants. Partant d'un droit conçu en opposition à celui de l'Ancien Régime, et notamment aux organisations collectives qu'étaient les corporations, la part belle est faite à l'individualisme et au libéralisme. Les premiers grands mouvements du droit du travail ont donc réintroduit, sous l'impulsion d'une doctrine sociale favorable aux salariés¹²⁰, une dimension collective dans les rapports de travail. Les revendications collectives prennent d'abord deux directions principales : la reconnaissance des organisations collectives professionnelles (notamment syndicales) et de leurs prérogatives et l'organisation d'un statut social et collectif, au sein de l'entreprise et au-delà de l'entreprise. Ainsi la législation sociale a-t-elle vocation à réglementer les conditions de travail (limite d'âge, limitation du temps de travail, temps de repos minimal et droit à congés, rémunération minimale), à organiser les régimes de protection sociale (responsabilité de l'employeur en cas d'accidents du travail, régime de sécurité sociale et de retraite) puis à régir les relations individuelles et collectives de travail (par la réglementation du contrat de travail dans ses conditions de conclusion, d'exécution et de résiliation, en ce qui concerne les relations individuelles ; par l'organisation de la représentation collective des salariés au sein de l'entreprise, de la branche, voire au niveau interprofessionnel, leur donnant ainsi des moyens de défense collective de leurs intérêts individuels ou collectifs, et notamment par la participation, là encore au niveau de l'entreprise et de la branche, à l'élaboration des normes collectives, réglementant notamment les conditions de travail, et désormais au cours même du processus législatif). Ainsi, au premier mouvement de reconnaissance des organisations collectives professionnelles se sont adjoints les mouvements établissant les limites aux pouvoirs de l'employeur, organisant les régimes solidaires de sécurité sociale, consacrant un intérêt légitime à une relation de travail stable et sérieuse et visant à limiter la précarité des emplois, ainsi qu'un mouvement réclamant l'amélioration de la rémunération et pour reprendre une expression toute contemporaine, l'amélioration du pouvoir d'achat. On voit bien ici l'importante dimension économique et

¹¹⁹ Sur cette question et l'évolution comparée, du travail, du pouvoir de l'employeur et du droit du travail, V. E. Dockès, « Le pouvoir dans les rapports de travail, essor juridique d'une nuisance économique », *DS* 2004, p.620.

¹²⁰ Pour une présentation synthétique des différentes doctrines (juridiques mais aussi sociologiques, économiques, philosophiques) ayant contribué à promouvoir cette évolution : P.-Y. Verkindt, *Le droit du travail*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2005, p.5 et s.

sociale du statut, tourné vers l'amélioration des conditions de travail du salarié. La logique statutaire conduit à remettre en cause l'individualisme contractuel d'abord mis en exergue par la doctrine libérale. Elle a également pour conséquence de mettre encore plus en retrait la logique propriétaire, par nature individualiste et non collective, fondée sur l'analyse économique de la productivité individuelle et non sur une protection collective des personnes, ou d'une classe¹²¹. La logique statutaire conduit ainsi à prendre en compte la relation dans tous ses aspects économiques et sociaux. Le rapport employeur-salarié dépasse alors largement le simple rapport de production. Tenant compte du caractère alimentaire du salaire, le statut organise le maintien du salaire et de la protection sociale, même en l'absence d'activité productive du salarié. La rémunération n'est plus une simple contrepartie financière dans un rapport d'échange marchand. L'employeur peut être amené à rémunérer le salarié quand bien même le salarié ne travaille pas ou n'est pas productif ; d'où la distinction par certains du temps de production et du temps de rémunération¹²². Certes, quand le contrat de travail est suspendu, l'employeur ne paie pas le salarié ; mais l'inactivité du salarié ne conduit pas nécessairement à l'absence de rémunération. Il en est ainsi notamment pendant les congés annuels du salarié¹²³, pendant sa formation¹²⁴ et les jours fériés ou les congés pour événements familiaux¹²⁵ ; la maladie suspend le contrat de travail mais confère au salarié un droit à maintien partiel de la rémunération. En cas de rupture du contrat à l'initiative de l'employeur pour cause réelle et sérieuse, l'employeur doit également assumer en partie la précarité du salarié et la perte de revenus occasionnée par l'assurance d'un préavis et d'une indemnité de licenciement, même lorsque le motif de rupture est imputable à la personne du salarié ou lorsque sa situation économique est compromise. Il en est également ainsi lorsque le salarié se tient à la disposition de l'employeur, et que celui-ci n'est pas en mesure de lui fournir du travail et qu'aucune activité spécifique ne lui est demandée. Le temps de travail effectif, même si la

¹²¹ Le droit du travail est alors un droit « ouvrier », la législation est « industrielle » : pour des exemples, voir les traités, manuels et articles consacrés au sujet à la fin du XIX et durant la 1^{ère} moitié du XX^e siècle : notamment P. Pic, *La protection légale des travailleurs et le droit international ouvrier*, F. Alcan, 1909 ; P. Pic et J. Kreher, *Le nouveau droit ouvrier français dans le cadre de la charte du travail*, LGDJ, 1943 ; G. Bry, *cours élémentaire de législation industrielle, lois du travail et de la prévoyance sociale, questions ouvrières*, L. Larose et L. Tenin, 1912 ; G. Scelle, *le droit ouvrier, Tableau de la législation française actuelle*, A. Colin, 1929 ; M. Planiol et G. Ripert, A. Rouast, *Traité pratique de droit civil français*, T. 11, LGDJ, 1954 ; etc.

¹²² A. Johansson, *La détermination du temps de travail effectif*, LGDJ, Bibliothèque de droit social, coll. Thèses, T. 44, 2006, préf. F. Meyer.

¹²³ Ctrav., art. L.3141-1 et s.

¹²⁴ Ctrav., art. L.6321-1 et s.

¹²⁵ Ctrav., art. L.3142-1 et s.

notion connaît nombre d'exceptions¹²⁶, est en effet pour l'heure encore le référentiel principal pour le calcul de la rémunération ; or il se définit comme le « *temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles* »¹²⁷, ainsi que les temps d'inactivité qui lui sont assimilés par fiction juridique. Le travail, objet du droit du travail se compte donc en temps de mise à disposition plutôt qu'en productivité ou en fruit du travail. L'obligation de l'employeur consiste non seulement à rémunérer l'activité mise en œuvre pour son compte mais également à en assurer la sécurité et le maintien de la qualité, en contribuant à la reconstitution de la force de travail, son adaptation, voire son amélioration (notamment par le respect et la rémunération de temps de repos ou par l'obligation de formation des salariés).

58. **Réglementation des conditions de mise à disposition de la force de travail.** Le droit du travail a vocation à établir les conditions de cette mise à disposition de la force de travail du salarié au profit de l'employeur. L'histoire du droit du travail est ainsi, avant tout, une histoire de la réglementation des conditions de travail et du rétablissement d'un certain équilibre dans la négociation de ces conditions de travail par la mise en place de dispositions légales de protection des salariés¹²⁸ et de modes collectifs de négociation¹²⁹. La liberté contractuelle est ici réduite à des prévisions plus favorables que ce que la loi et le statut collectif prévoient, conformément au principe de faveur¹³⁰. L'objet du droit du travail est donc

¹²⁶ Les plus importantes étant les régimes des heures d'équivalence (Ctrav., art. L.3121-9), des heures d'astreintes (Ctrav., art. L.3121-5 et s.), des temps de trajets professionnels (Ctrav., art. L.3121-4) et les forfaits-jours (Ctrav., art. L.3121-45 et s.). On peut aller jusqu'à se demander si la notion de temps de travail effectif joue encore un rôle régulateur (en ce sens, J. Barthélémy, « La notion de temps de travail, son évolution et sa déclinaison », JCP S 2005, 1276). La jurisprudence communautaire confère toujours une force obligatoire à la notion, du moins en matière de protection des salariés (CJCE, 1er décembre 2005, aff. C-14/04, Dellas : JCP G 2006 II 10094). Or, pour l'instant, le critère de l'activité n'a pas encore été admis en droit communautaire, V. sur ce point O.-L. Bouvier, « La notion de temps de travail effectif : évolutions en droit interne et en droit communautaire », RJS 11/05, p.751.

¹²⁷ Ctrav., art. L.3121-1.

¹²⁸ V. en ce sens, M. Despax, « Droit du travail et transformations sociales », in *Etudes de droit commercial, Mélanges Cabrillac*, Litec, 1968, p.143 : « *De 1841, année qui marque l'entrée en vigueur du premier texte (L. 22 mars 1841) protégeant les enfants au travail, à nos jours, l'État, soit spontanément, soit sous la pression des milieux intéressés, a pesé de tout son poids pour rétablir un certain équilibre, faussé au départ par la supériorité économique de l'une des parties sur l'autre, dans les rapports entre employeurs et salariés* », ajoutant qu'aujourd'hui le législateur a un double souci de protection et de promotion des salariés.

¹²⁹ J. Le Goff, *Du silence à la parole, une histoire du droit du travail, des années 1830 à nos jours*, Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2004, Préf. P. Waquet, Postface C. Chetcuti.

¹³⁰ V. Cass. Soc. 26 octobre 1999, DS 2000, p.381, note C. Radé, visant « le principe fondamental du droit du travail énoncé dans l'article L.132-4 » et CE, Avis, 22 mars 1973, Droit ouvrier, 1973, p.190, le qualifiant de principe général du droit du travail. Il est bien sûr des cas particuliers, comme la réglementation du temps de travail qui a vocation à être d'abord négociée dans l'entreprise (Pour exemple : Ctrav. art. L.3121-11, relatif au contingent annuel d'heures supplémentaires).

la réglementation de la mise à disposition de la force de travail, c'est-à-dire essentiellement la réglementation de la subordination du salarié, notamment par l'encadrement du pouvoir de direction¹³¹, du pouvoir réglementaire¹³² et du pouvoir disciplinaire¹³³ de l'employeur. D'ailleurs, les rares dispositions du Code civil consacrées au contrat de travail, ici dénommé contrat de louage de services, vont dans le même sens et ne s'intéressent pas tant à la propriété qu'à la limitation de l'engagement du travailleur¹³⁴.

2. Rôle limité de l'industrie dans le Code civil comme mode d'acquisition de la propriété

59. Lorsqu'il évoque le travail, le Code civil utilise aussi bien les termes de « main d'œuvre », d'« ouvrage » et d'« industrie » que de « services ». Le travail peut faire l'objet d'une acquisition, c'est notamment le cas dans les théories de l'accession et de la spécification. L'analyse de ces dispositions démontre la suprématie du propriétaire de la matière. Les autres dispositions relatives au travail dans le Code civil sont essentiellement consacrées à sa valorisation ou à la responsabilité qu'il entraîne.

60. **Propriété et acquisition des fruits par accession.** Selon l'article 546 du Code civil, *« la propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement »*. Ainsi, selon l'article 547, *« les fruits naturels ou industriels de la terre, les fruits civils, le croît des animaux, appartiennent au propriétaire par droit d'accession »*. Ces dispositions démontrent la conception fortement corporelle de la propriété qu'entretient le Code civil depuis 1804. Le travail est en premier lieu celui de la terre ; les fruits sont naturels, puis industriels puis civils. L'arbre donne des fruits naturellement, la terre donne

¹³¹ V. pour exemple l'importante réflexion jurisprudentielle sur la notion de conditions de travail que, seules, peut modifier unilatéralement l'employeur, par opposition au contrat de travail, V. notamment les arrêts de la Chambre sociale en date du 10 juillet 1996 : DS 1996 p.976, obs. Blaise, JCP 1997, II 22768, note Y. de Saint-Jours, Dr. ouvr. 1996, p.457, note Moussy, analyse confirmée par CE 29 juin 2001 : RJS 2001, n°1369. V. aussi les réflexions doctrinales quant à la mise en œuvre de la distinction, notamment par la promotion d'une définition objective du socle contractuel, V. notamment F. Favennec-Héry, « Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif » : RJS 2003, p.459 ; M.-C. Escande-Varniol, « Sur la qualification juridique des changements d'horaires ou de lieu de travail », DS 2002, p.1064 ; P.-H. Antonmattei « les éléments du contrat de travail », DS 1999, p.330 ; P. Waquet, « Tableau de jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail », DS 1999, p.566 ; E. Dockès, « Point de vue », RJS 1998 p.168.

¹³² Limitation notamment de son champ d'application (Ctrav., art. L.1321-1) et interdiction de certaines dispositions (Ctrav., art. L.1321-3) ; avis nécessaire des représentants du personnel (Ctrav., art. L.1321-4) et contrôle par l'inspecteur du travail (Ctrav., art ; L.1322-1 et s.).

¹³³ Interdiction des sanctions pécuniaires (Ctrav., art. L.1331-2), procédure spéciale destinée à assurer les droits de la défense du salarié (Ctrav., art. L.1332-1 et s.), exigence de proportionnalité (Ctrav., art. L.1333-1 et s.).

¹³⁴ Cciv., art. 1780.

du blé par les « *labours, travaux et semences* »¹³⁵. Le travail comme la nature semblent conférer un droit d'accession au propriétaire. Ce que produit la chose revient au propriétaire de la chose. La plus-value suscitée par l'industrie augmente le droit du propriétaire. Le propriétaire bénéficie donc naturellement des fruits de son travail, comme il bénéficie naturellement des fruits de son arbre. On passe d'un effet de la nature à un effet du droit naturel, de l'équité, déjà mise en évidence par Locke¹³⁶. D'ailleurs, en cas de conflit entre maîtres différents de choses unies, le Code civil subordonne le règlement du litige aux « *principes de l'équité naturelle* »¹³⁷. C'est donc par comparaison à la nature que le droit positif, comme le droit naturel, semble reconnaître la propriété des fruits du travail à celui qui fait fructifier sa propriété. La propriété des fruits du travail paraît évidente quand le travail est réalisé de manière autonome : la jouissance des fruits du travail constitue la richesse du travailleur indépendant. On remarquera que c'est sur ce fondement du droit naturel aux fruits du travail, et spécialement des fruits du génie personnel, qu'a été reconnue la vocation propriétaire du créateur au XVIII^e siècle¹³⁸, l'acte créatif étant conçu, à l'époque, comme un acte individuel et indépendant. C'est d'ailleurs la remise en cause du caractère autonome et personnel de la création, qui conduit à la contestation du personnalisme propriétaire¹³⁹. Le travail, tel qu'il est mis en exergue dans le Code civil, est d'abord un travail indépendant (c'est celui de l'artisan, du paysan, du commerçant, le travail domestique de l'époux sur ses biens propres ou communs) et anecdotiquement du salarié. Le Professeur Halpérin note à cet égard que la législation relative aux ouvriers concerne à l'époque leur surveillance et relève des lois de police, ce qui explique le silence du Code civil¹⁴⁰. Tel était déjà le cas dans la réflexion lockéenne sur la propriété : Locke assimile au travail personnel celui réalisé sur ordre ou par des préposés¹⁴¹. Cette propriété semble quasiment évidente lorsque l'activité consiste en la production de biens matériels. L'artisan produit, par transformation de la matière qui lui appartient, des objets dont il est propriétaire. Leur vente assure sa rémunération. Certes, l'analyse du contrat de vente réduit juridiquement le versement du prix à la contrepartie de la délivrance de la chose.

¹³⁵ Art. 548 du Cciv.

¹³⁶ J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, 1690, Paris, Flammarion, 1992, texte intégral de la 5^{ème} édition de Londres de 1728 éditée en France l'An III de la République, traduction de David Mazel, Introduction, bibliographie et notes par Simone Goyard-Fabre, spec. p.163 et s.

¹³⁷ Art. 565 du Cciv.

¹³⁸ Cf. infra n°116 et s..

¹³⁹ Cf. infra n°162 et 163.

¹⁴⁰ J.-L. Halpérin, *Le Code civil*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2003, p.116, cité in P.-Y. Verkindt, *Le droit du travail*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p.14.

¹⁴¹ Locke, préc.

Néanmoins, le prix est la contrepartie de la valeur de la chose transformée, c'est-à-dire de la valeur de la matière première mais aussi de celle de la transformation opérée par l'artisan, soit le prix de la main d'œuvre et de l'ensemble de l'activité déployée pour la production du bien. L'artisan acquiert donc la plus-value suscitée par son ouvrage (la transformation de la matière) et son industrie (son activité commerçante), plus-value incorporée dans le bien vendu finalement. C'est donc l'acquisition de la plus-value qui assure la rémunération de son travail. Cette reconnaissance en droit positif du droit naturel aux fruits du travail n'est pourtant qu'apparente : on peut sérieusement se demander si la propriété des fruits tient de la propriété de la matière transformée ou de la propriété de son travail. En effet, dès lors que l'ouvrage porte sur une matière n'appartenant pas à l'artisan ou à l'exploitant agricole, la propriété des fruits du travail est largement compromise. On lui préfère l'indemnisation de la main d'œuvre¹⁴² (qui peut se distinguer de la valeur de la plus-value), la propriété du travail se limite dès lors à la propriété de la valeur de la main d'œuvre et n'emporte aucune maîtrise de la chose produite. Or, juridiquement, le mécanisme de l'accession a vocation à régler des conflits entre propriétaires distincts¹⁴³.

61. **Incorporation du travail à la matière.** Le travail, tel qu'envisagé par le Code civil, a une vocation intrinsèque à s'incorporer dans la matière¹⁴⁴. Lorsque le travailleur a employé une matière qui ne lui appartenait pas, se superposent sur le même objet le droit sur la main d'œuvre et le droit sur la matière première. Comment régler ce conflit de droits ? Les articles 570 et suivants du Code civil limitent les hypothèses d'indivision aux cas où le travailleur a employé pour partie la matière qui lui appartenait pour la transformation : en ces cas, les deux propriétaires de matière sont copropriétaires de l'objet nouveau. Si le travailleur n'était en rien propriétaire de la matière transformée, le code, au titre du droit d'accession¹⁴⁵, attribue par

¹⁴² Cciv., art. 570.

¹⁴³ En ce sens, W. Dross, *Le mécanisme de l'accession*, préc., n°216 et s., limitant l'application du mécanisme de l'accession aux hypothèses où existe un conflit d'intérêts divergents. Il en déduit notamment l'exclusion de l'application du mécanisme de l'accession en cas de contrat d'entreprise, qui emporte en lui-même transfert de propriété des matériaux utilisés pour l'exécution de la prestation.

¹⁴⁴ Comp. S. Becquet, *Le bien industriel*, préc., n°101, expliquant que les Proculiens attribuaient en revanche la propriété de la chose transformée au travailleur, ce qui était « conforme à leur définition de la chose par sa forme : sous une telle vue, il était logique que le bien spécifié devint la propriété de celui qui avait donné la forme nouvelle – is qui fecit ». Cette analyse, fondée sur la forme, et ici rejetée par le Code civil, est en revanche au cœur de l'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁴⁵ Pour une critique de l'analyse en termes d'accession et d'incorporation, S. Becquet, *Le bien industriel*, préc., n°115 et s. M. Becquet considère qu'il s'agit moins d'incorporation que de la création d'un droit nouveau sur un bien nouveau. V. spéc. n°119 : « S'agissant de la spécification, le Code civil prend acte de la pleine et entière nouveauté du bien industriel, situé en rupture au regard de la chose première en raison du rôle causal décisif de l'industrie. Cette nouveauté est une donnée constante, et ne dépend pas de la solution donnée au conflit de propriété. Non seulement la

principe la propriété de l'objet nouveau au propriétaire de la matière, à charge pour lui d'indemniser la main d'œuvre¹⁴⁶. Cette limitation de l'indivision au cas de mélange de matières appartenant à des propriétaires distincts démontre la faiblesse du droit du travailleur sur son travail. Ce dernier ne peut justifier « l'expropriation » du propriétaire de la matière. Au contraire, le droit du travailleur cède devant le droit du propriétaire de la matière. Cette attribution des fruits du travail au propriétaire de la matière n'admet qu'une exception : lorsque la main d'œuvre est « *tellement importante* » qu'elle surpasse « *de beaucoup* »¹⁴⁷ la valeur de la matière employée. Il y a alors spécification.

62. **Spécification.** En cas de conflit entre travailleur et propriétaire de la matière, l'attribution de la propriété de l'objet produit dépend de la valeur réciproque de la matière

*chose première a disparu mais, surtout, toute idée de continuité entre la chose première et le bien industriel est absente ; il ne peut donc y avoir élargissement de l'assiette de la propriété caractéristique de l'incorporation. En découle logiquement, même dans le cadre de l'article 570 du Code civil, l'extinction de la propriété avec la chose qui en est l'objet ; parce qu'elle ne préexistait pas, la propriété du bien industriel est un droit nouveau. Une acquisition se réalise au profit du maître de la chose première ». On ne peut que souscrire à l'analyse qui consiste à considérer que le droit de propriété sur la matière première et le droit sur l'objet transformé sont distincts, la nature de la chose ayant changé, ses utilités ont changé et donc les attributs de la propriété qui porte sur cette chose ont changé (cf. infra n°209, à propos de la maîtrise des utilités de la chose). On souscrit également à l'analyse en termes d'extinction du droit sur la matière première. Doit-on pour autant critiquer le terme d'incorporation ? Le terme d'incorporation n'évoque ici que la nature de la chose transformée, faite d'une matière première et d'un travail, mélange nouveau incorporant des éléments distincts. Ces éléments incorporés (constituant la substance de la chose nouvelle) méritent d'être identifiés car dès lors qu'ils appartenaient à des propriétaires différents, il convient de régler la question des droits réciproques de ces différents propriétaires : droit sur la chose nouvelle ou droit à indemnisation. Rejetant l'indivision, la loi rejette l'incorporation des droits au sein d'une propriété commune. C'est à ce seul titre que l'on peut critiquer le terme d'incorporation, la critique devant alors être étendue à toutes les hypothèses aboutissant également à l'extinction du droit du propriétaire de la chose incorporée, et non réservée à la seule spécification. On notera toutefois que la terminologie classique est ici fortement liée à la démarche empirique, quasi matérialiste, du Code civil dans le livre consacré au droit des biens, ce défaut d'abstraction contribuant d'ailleurs à ses insuffisances et ses lacunes. V sur ce point, le projet de réforme du livre II du Code civil, H. Périnet-Marquet (dir.), *Propositions de l'Association Capitant pour une réforme du droit des biens*, LexisNexis, 2009, coll. Carré Droit. V. aussi document de travail fourni lors du Colloque du 4 décembre 2008, Lyon, p.3, disponible sur http://fdv.univ-lyon3.fr/publication/Texte_projet_reforme_droit_biens_doc. Pour une présentation synthétique du colloque, V. W. Dross et B. Mallet-Bricout, « L'avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique », in Dalloz 2009, p.508. Pour une critique de la démarche et du contenu des propositions, F. Zenati-Castaing, « La proposition de refonte du livre II du code civil », in RTDCiv. 2009, p.211.*

¹⁴⁶ L'analyse peut être étendue au contrat de travail. Certes, on peut admettre, comme certains, qu'en acceptant le contrat de travail, le salarié s'engage non seulement à effectuer la prestation de travail mais aussi cède l'ensemble des droits sur les fruits de sa prestation à son employeur. Mais on peut aussi considérer que le contrat de travail est une hypothèse classique de conflit entre maîtres distincts du travail et de la matière et qu'il convient d'y appliquer les règles classiques de l'accession : la matière et le travail de l'employeur (qui organise la production, fournit la matière première et les moyens de production) ont une valeur supérieure à la main d'œuvre fournie par le salarié ; dès lors, il est logique d'attribuer à l'employeur la propriété de la chose, à charge pour lui d'indemniser la main d'œuvre, indemnisation assurée par le salaire. Cf. infra n°83.

¹⁴⁷ Cciv, art. 571.

utilisée et de l'activité fournie, et surtout de la proportion entre la privation de jouissance de son travail infligée au travailleur et la valeur de la matière. Seule la disproportion entraîne spécification et, en ce cas seul, l'industrie sera « *réputée la partie principale* », c'est-à-dire sera assimilée à une chose objet d'un droit de propriété ayant une valeur supérieure à la matière employée, ce qui justifiera que la propriété soit transférée au travailleur. Ainsi, l'exigence d'une disproportion démontre à quel point le propriétaire de la matière corporelle est par principe le titulaire du droit. Seul un travail d'une nature exceptionnelle pourra donner lieu à un droit réel sur la chose au profit du travailleur. Il en est ainsi également en cas de création artistique : le support de l'œuvre est attribué par priorité à l'auteur même lorsque la matière utilisée était la propriété commune des époux¹⁴⁸. Le travail en cause est d'une autre nature qu'un travail ordinaire, le lien personnel entre la chose et l'auteur, l'originalité de la création confère à son auteur un véritable droit de propriété¹⁴⁹. Le caractère très exceptionnel de l'attribution d'un droit de propriété sur la chose au travailleur alors même qu'il n'en possédait pas la matière interdit de parler d'un « droit à la propriété » sur les fruits corporels du travail. La propriété du travail ne s'étend aux fruits corporels qu'à la condition que le travailleur soit propriétaire d'au moins une partie de la matière employée ou que le travail soit d'une nature exceptionnelle¹⁵⁰. Les fruits du travail ne sont donc pas en eux-mêmes protégés par une propriété. Les règles de l'accession ne visent que la propriété de la matière et seuls le droit naturel, l'équité, voire plutôt le refus de l'iniquité, peuvent conduire à l'attribution exceptionnelle du droit de propriété au travailleur.

63. Ouvrage, service, industrie : limite de la distinction. On oppose traditionnellement¹⁵¹ louage d'ouvrage - contrat d'entreprise, d'une part, et louage de service - contrat de travail, d'autre part ; l'ouvrage étant la réalisation autonome d'un travail commandé par autrui, le service représentant la force de travail en elle-même, mise à la disposition d'autrui par l'acceptation de la subordination. Pourtant, le Code civil semble bien regrouper

¹⁴⁸ Civ. 1^{re}, 4 déc. 1956 : JCP 1959 II 11141, note Weill, RTDCiv 1957, p.324, note Desbois et p.390, chron. Nerson. Notons que les juges du fond sont encore plus favorables à l'auteur puisqu'ils considèrent que les œuvres non divulguées sont des objet hors commerce et n'appartiennent pas à la masse partageable (CA Paris, 19 janv. 1953 : D. 1953, p.405, note Desbois ; CA Orléans, 18 fév. 1959 : D. 1959, p.440, note Desbois ; CA Paris, 24 mai 1969 : RTDCiv. 1970, p.564, note Nerson), solution rejetée par la Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 4 juin 1971 : D. 1971, p.585, concl. Lindon, RTDCom 1972, p.90, note Desbois) et finalement adoptée par la cour d'appel d'Orléans (CA Orléans, 13 novembre 1975 : RIDA 2/1976, p.122, note Desbois). L'auteur bénéficie donc d'un droit de préférence mais seulement d'un droit de préférence.

¹⁴⁹ Cf. infra n°132.

¹⁵⁰ La nature exceptionnelle du travail s'apprécie aussi bien en termes de quantité que de qualité. C'est la rareté de l'apport qui en fait la valeur.

¹⁵¹ V. cette opposition dans l'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle.

sous la même appellation de louage d'ouvrage les deux types de contrat, l'article 1708 du Code civil indiquant clairement qu'il « y a deux sortes de contrats de louage : celui des choses et celui d'ouvrage ». Le terme « ouvrage » semble donc utilisé ici comme un terme générique. Ensuite, l'article 1779 distingue au sein d'une catégorie intitulée « louage d'ouvrage et d'industrie » le louage de service, celui des voituriers et celui des architectes et autres entrepreneurs (que ceux-ci fournissent ou non la matière qu'ils auront à travailler pour réaliser l'ouvrage, l'ouvrage ne désignant plus ici l'activité (le service, l'industrie) mais l'œuvre, le produit commandé). L'industrie doit-elle alors être assimilée au service ou s'en distinguer ? Se distingue-t-elle vraiment de l'ouvrage ? L'ouvrage peut-il être défini comme la force de travail occupée à la réalisation d'une mission, d'une tâche confiée par autrui, quelle que soit la nature du contrat (travail subordonné ou indépendant) ? La même ambiguïté pourrait être opposée de nos jours aux termes « mission » ou « prestation ». L'exigence de définition de l'objet du contrat de travail suppose définie la mission du travailleur (celle-ci désignant ici son poste de travail¹⁵², défini par les fonctions occupées et non par les tâches susceptibles d'être réalisées, cette définition est essentielle puisqu'elle détermine quelles tâches peuvent être imposées ou non au salarié¹⁵³). La mission du salarié soumis à un contrat de travail, spécialement quand il s'agit d'un contrat à durée déterminée, peut constituer en la réalisation d'un objet (pièce, machine, prototype) ou d'une prestation (création d'un site internet, d'un plan de communication, organisation d'un salon, expertise) déterminés¹⁵⁴. Pourtant, l'existence d'une prestation à réaliser est le propre du contrat d'entreprise. La distinction des notions est donc délicate. Elle n'a sans doute pas l'importance qu'on lui prête¹⁵⁵. En effet, s'il est fondamental aujourd'hui de distinguer contrat de travail et contrat d'entreprise pour distinguer les droits et obligations de chacun des contractants, notamment au regard de la législation sociale et de la gestion des risques, il n'est pas évident que le législateur de 1804 ait entendu déterminer strictement les champs respectifs d'application du louage d'ouvrage et du louage d'industrie. Au contraire, ces appellations renvoient aux contrats classiques en droit romain : la *locatio operarum* et la *locatio operis faciendi*. Or en droit romain, il ne s'agissait pas tant de distinguer ces contrats entre eux

¹⁵² La définition des missions du salarié est essentielle par exemple en droit des brevets pour déterminer la titularité des droits sur les inventions de salariés. Cf. infra n°445.

¹⁵³ Cf. infra n°80.

¹⁵⁴ En cas de contrat de travail à durée déterminée, la réalisation de la mission ou de la prestation pourra même constituer le terme du contrat de travail à durée déterminée lorsqu'il est conclu à terme imprécis.

¹⁵⁵ V. les développements que consacre M. Xifaras aux distinctions que la doctrine du XIXe met en œuvre en la matière, in M. Xifaras, *La propriété, étude de philosophie du droit*, Puf, coll. Fondements de la politique, 2004, spéc. p.48 et s.

que de les distinguer de l'esclavage¹⁵⁶ : l'homme libre ne peut même volontairement se réduire en esclavage, il ne peut donc aliéner sans condition sa liberté de travail. Il doit donc limiter contractuellement le champ de ses obligations par la définition des services à accomplir ou de l'ouvrage à réaliser ; d'où l'intérêt de nommer ces contrats. Il s'agit donc de deux variantes d'un seul contrat : le contrat sur l'activité d'un homme libre¹⁵⁷. Le Code civil ne distingue pas plus les deux notions. On notera que l'article 1780, seul article finalement consacré au louage de services, se contente de prohiber les engagements perpétuels : l'obligation du salarié doit être limitée par une durée ou une mission déterminée ; à défaut, le contrat doit être résiliable unilatéralement. Ainsi, comme les romains distinguaient les contrats conclus par les hommes libres du servage, les rédacteurs du Code civil réglementent le contrat des domestiques et ouvriers pour éviter « *le retour offensif du servage, solennellement condamné le 4 août 1789* »¹⁵⁸. Et s'il y a distinction à faire, c'est bien entre les deux sortes de louage : celui des choses et de l'ouvrage. L'ouvrage (quelle que soit la nature du contrat qui porte sur lui, c'est-à-dire sur l'activité humaine, indépendante ou subordonnée) se distingue des choses.

64. **Qualification de louage au détriment de la vente.** Constatant qu'au sein du Code civil, le chapitre traitant du louage d'ouvrage et d'industrie appartient à un titre dédié au contrat de louage, certains ont affirmé l'existence d'une propriété sur l'ouvrage et l'industrie même. Le chapitre III est d'ailleurs précédé d'un chapitre concernant le louage des choses et suivi d'un autre concernant le bail à cheptel, donnant ainsi l'impression que ces contrats, comme le bail à cheptel, ne sont que des cas particuliers de louages de choses (louage de choses incorporelles ou d'universalité), accréditant l'idée que l'ouvrage et l'industrie sont des biens appropriables. Certains ont d'ailleurs considéré que « *l'industrie de l'homme est un bien qu'il peut mettre à la disposition de quelqu'un pour en tirer un profit légitime (...). [En effet,] sauf à donner aux*

¹⁵⁶ En ce sens, M.L. Morin, « Louage d'ouvrage et contrat d'entreprise », in *Le travail en perspectives*, sous la direction d'Alain Supiot, LGDJ, collection Droit et société, 1998, p.125.

¹⁵⁷ Notons néanmoins que les fonctions s'opposent en droit romain : autant le salarié est le *locator* dans la *locatio operarum* et l'employeur le *conductor* ; autant, dans la *locatio operis faciendi* l'entrepreneur est le *conductor* et le maître de l'ouvrage le *locator*. Ainsi, la qualité de *conductor* n'emporte pas nécessairement l'obligation de payer le prix. V. sur cette question R. Robaye, *Le droit romain*, T. II, coll. Pédasup, Bruylant, 2002, p.111 et P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^{ème} éd., rééd. Dalloz, présentée par J.-P. Lévy et mise à jour par F. Senn, 2003, p.603 et s. expliquant l'inversion des rôles par l'étymologie du terme *locare* qui signifie placer et non louer : initialement la *locatio conductio* était un contrat entre l'État (*locator*) et des hommes libres qui soit louaient une terre pour l'exploiter (l'État plaçait alors la terre entre les mains du fermier qui l'exploite et paie un prix en contrepartie de la mise à disposition de la terre) ; soit réalisaient certains travaux pour le compte de l'État qui était réticent à faire exécuter ces travaux par des esclaves (l'État plaçait, confiait, alors, un ouvrage à un homme libre, qui le réalisait en contrepartie d'un prix), d'où l'absence de contradiction à considérer que celui qui travaille soit le *conductor* et que le *locator* paie le prix.

¹⁵⁸ G. Aubin et J. Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail*, coll. Droit fondamental, PUF, 1995, n°121.

termes un sens qu'ils n'ont pas dans la langue du droit, on ne peut louer que des biens, et plus exactement des biens que l'on possède propriétairement »¹⁵⁹. L'affirmation est un peu péremptoire. La qualification légale de louage semble d'ailleurs insuffisante : elle n'a pas empêché la remise en cause doctrinale du mécanisme puisqu'on a même invoqué une requalification du louage d'industrie en vente d'industrie¹⁶⁰. On notera toutefois que, compte tenu de la prohibition de l'engagement perpétuel à louer ses services prévue à l'article 1780 du Code civil, on ne saurait concevoir la vente définitive de la capacité industrielle. Les auteurs favorables à la vente admettaient donc une cession quasi quotidienne de l'industrie développée, tacitement renouvelée. Mais « *cette analyse ne saurait résister à une discussion sérieuse. Le travail n'est pas une chose, un bien, au sens que le Code civil donne à ce mot, mais une action de l'homme ; il ne peut être l'objet d'une obligation de donner, mais d'une obligation de faire, il ne peut donc être l'objet d'une vente. Le traité de Versailles*¹⁶¹ *a solennellement proclamé cette vérité quand il a déclaré que le travail n'est pas une marchandise (partie XIII, art. 427). Il ne pourrait être question de vente qu'à propos du produit matériel obtenu par le travail* »¹⁶². En outre, ce serait nier le caractère successif du louage d'industrie, qui consiste en l'établissement d'une réelle relation entre le salarié et l'employeur, allant par là même jusqu'à procurer un véritable statut du salarié au sein de l'entreprise par la protection sociale, l'obligation de sécurité garantie par l'employeur, les avantages sociaux, les possibilités de carrière qu'elle lui offre en échange de son engagement à travailler pour elle pour une durée déterminée ou indéterminée. Seule la reconnaissance d'un louage, dans son acception technique, et donc la qualification du travail comme bien est, aujourd'hui, défendue par une

¹⁵⁹ Troplong, cité in M. Xifaras, *La propriété, étude de philosophie du droit*, Puf, coll. Fondements de la politique, 2004, p.47.

¹⁶⁰ V. E. Chatelain, *Nature du contrat entre ouvrier et entrepreneur (étude critique de droit économique)*, Alcan, 1902 ou ses articles sur le même sujet : « Esquisse d'une nouvelle théorie sur le contrat de travail conforme aux principes du Code civil » RTDCiv 1904 p.313 ; « Une application de la nouvelle théorie du contrat de travail », RTDCiv 1905 p.271. Et déjà Pothier, cité in M. Xifaras, préc., p.50

¹⁶¹ Le Traité de Versailles, qui a par ailleurs fondé la création de la Société Des Nations, de l'Organisation Internationale du Travail, dispose en son article 427 que « le travail ne doit pas être considéré simplement comme une marchandise ou un article de commerce » et qu'un salaire décent doit être accordé aux salariés. Cet article évoque également la liberté syndicale, l'interdiction du travail des enfants, la limitation du temps de travail (journée de huit heures et repos obligatoire), l'interdiction des discriminations et le principe « travail égal, salaire égal », ainsi que d'autres droits fondamentaux du travail.

¹⁶² M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., LGDJ, 1954, T. XI, contrats civils, le contrat de travail, par A. Rouast, n°778, critiquant P. Bureau, *Le contrat de travail et les syndicats professionnels*, Paris, 1902 et Duthoit, *Le contrat de salariat* (Semaine sociale d'Amiens, 1907), rejetant pas ailleurs la théorie d'E. Chatelain, qui applique le mécanisme de l'accession au contrat de travail dans la mesure où l'accession s'applique en dehors du contrat, lorsque l'ouvrier ignore qu'il a entre les mains la chose d'autrui et, qu'en cas de contrat de travail, « *l'ouvrier façonne une matière qui appartient au patron, il n'a donc rien à lui vendre* ».

partie de la doctrine¹⁶³. Au XIX^e siècle, on insistait sur la volonté, maîtresse des droits créés, et donc sur la qualification de bien : le consentement au louage de service consacre à lui seul le travail comme bien. Au XX^e siècle, la valeur reconnue à la force de travail par la société en fait un bien¹⁶⁴. L'existence d'un marché du travail, permettant de comparer le salaire à un prix¹⁶⁵, analyse confortée par le régime des clauses de non-concurrence¹⁶⁶, confirmerait la valeur patrimoniale du travail. En ce qui concerne le contrat d'entreprise, la qualification de louage met en exergue le caractère successif du contrat, l'engagement pour le compte d'autrui et l'idée que l'objet du contrat est une réalisation, une activité à fournir et non nécessairement une chose à fournir. L'obligation n'est en effet pas une obligation de donner mais une obligation de faire, comme l'indique clairement l'article 1787 du Code civil, qui évoque une obligation de faire un ouvrage, de fournir son travail ou son industrie, et éventuellement de fournir la matière. Enfin, la qualification de louage a une incidence sur la vocation propriétaire : le bailleur perçoit les fruits civils de la chose louée ; le locataire a la jouissance des utilités naturelles de la chose louée. Le travailleur, qui loue sa force de travail, perçoit une rémunération (fruits civils de son travail) ; en contrepartie, l'employeur ou le donneur d'ouvrage jouit de l'utilité de la force de travail (les transformations, les biens, les plus-values réalisées grâce au travail) et a la propriété des éventuels fruits de la chose louée (biens créés à l'occasion du travail). La vocation propriétaire, « l'acquisition à la source » des fruits du travail résulte donc bien de la nature même du louage. La qualification de louage emportait toutefois

¹⁶³ En ce sens, qui y a consacré sa thèse, T. Revet, *La force de travail*, préc. et aussi « L'objet du contrat de travail », DS 1992, p.859.

¹⁶⁴ Cf. agréant cette définition du bien comme toute chose ayant valeur marchande, J. M. Mousseron, « Valeurs, Biens, Droits » ; préc. F. Zenati et T. Revet, *Les Biens*, préc. ; Mousseron, Revet et Raynard, « De la propriété comme modèle », préc.. V. présentant les fondements historico-économiques d'une telle approche, J.-M. Lattes, « Le corps du salarié dans l'entreprise », in *Mélanges Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2001, p.333 : « *A l'aube de l'ère industrielle, cette utilisation de la notion économique de 'travail abstrait' entraîne le droit vers des logiques patrimoniales. Le salarié apparaît comme le détenteur d'un bien, le travail, dont il peut faire contractuellement, et donc librement, le négoce... sa personne, voire même son savoir-faire, ne constituant pas, loin s'en faut, le pivot juridique de la relation de travail* ». L'auteur note aussi que « *la mise en place progressive de nouvelles normes sociales replace – sans le nommer expressément – le corps du salarié au centre de l'exécution de la prestation de travail. Le rapport Villermé traduit cette évolution en soulignant que le salarié, pour réaliser sa prestation, recourt à un engagement physique... l'employeur n'achetant pas simplement une 'quantité de travail' mais aussi 'un certain pouvoir sur une personne productive'* » ; d'où la législation du travail.

¹⁶⁵ X. Lagarde, « Prix et salaire », *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p.527 ; F. Gaudu, « L'organisation du marché du travail », DS 1992, p.941.

¹⁶⁶ L'employeur qui exige le respect de la clause de non-concurrence continue de se réserver la force de travail du salarié et, s'il n'en jouit pas lui-même, il en interdit la jouissance à autrui, ce qui est le caractère principal de la propriété (l'exclusion des tiers de la jouissance du bien). Cette réservation implique le paiement d'un prix. V. consacrant la nécessité d'une contrepartie financière : Cass. soc. 10 juillet 2002 : D. 2002, p.2491, note Serra.

réification de la force de travail en chose, présentant des utilités, dont il était possible de jouir et disposer. Contesté pour ne pas être démocratique en ce qu'il « *a été animé d'un esprit favorable aux classes moyennes [et] ne s'est pas occupé de protéger les masses ouvrières et d'aider à leur développement moral et matériel* »¹⁶⁷, le Code civil est délaissé et le droit du travail se développe de manière autonome, du moins pendant un temps¹⁶⁸.

65. **Clarification terminologique : contestation du louage.** Les changements terminologiques opérés par la loi du 18 juillet 1901 qui évoque pour la première fois le « contrat de travail » et par la doctrine du XX^e siècle concernant le contrat d'entreprise¹⁶⁹ manifestent une réelle volonté de ne plus se référer au louage et de clarifier la nature de ces contrats. Cette nouvelle terminologie consacre la définition du contrat de travail comme « *celui par lequel une des parties met son travail à la disposition de l'autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant un certain prix, appelé salaire, que celle-ci s'oblige à payer* »¹⁷⁰ et consacre l'existence de droit personnel à propos du travail¹⁷¹. De la même manière, revenant au Code civil, Isabelle Petel-Teyssié argue de l'article 1780 même, interdisant la perpétuité du louage de service, pour justifier l'absence de propriété sur le travail : la prohibition d'un engagement perpétuel implique un rapport d'obligation et le souci de protéger la liberté humaine, donc une obligation portant sur l'engagement de faire d'une personne physique, donc un droit personnel. Ces modifications terminologiques ont permis de mettre un terme à la « *lutte des classements* »¹⁷² en écludant les dissertations sibyllines tentant de définir respectivement l'ouvrage, l'industrie et le service des « gens de travail » et ont favorisé l'émergence de véritables critères des contrats de travail, d'entreprise et du mandat. Le critère de la *conductio*, intéressant en soi pour définir généralement le contrat de louage d'ouvrage et d'industrie, est finalement abandonné. La question propriétaire n'apparaît plus que contingente. En matière de sociétés, les droits acquis au titre de l'industrie sont eux contingents.

¹⁶⁷ Tissier, *Le Livre du Centenaire*, Rousseau, 1904, rééd. Dalloz, 2004, p.73, cité in P.-Y. Verkindt, *Le droit du travail*, préc., p.14.

¹⁶⁸ Le droit du travail est de nos jours moins analysé comme un droit autonome que comme un droit spécial, le droit commun ayant vocation à s'y X. Lagarde, « Prix et salaire », *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p.527 ; F. Gaudu, « L'organisation du marché du travail », *DS*, 1992, p.941 appliquer, la jurisprudence, comme la doctrine, se référant aux articles du Code civil (notamment aux articles 1134 et 1135), par exemple en matière de modification du contrat de travail ou d'analyse de l'étendue des obligations de l'employeur.

¹⁶⁹ V. critiquant l'expression, J. Huet, préc. n°32103.

¹⁷⁰ I. Petel-Teyssié, « Louage d'ouvrage et d'industrie – Contrat de travail : généralités – Prohibition de l'engagement perpétuel », *Juris-Classeur Civil*, Art. 1780, Fasc. B., 1991, spec. n°2

¹⁷¹ I. Petel-Teyssié, préc., spec. n°28 et s.

¹⁷² M. Xifaras, *La propriété, étude de philosophie du droit*, préc., p.56 et s.

3. Rôle de l'industrie en droit des sociétés

66. **L'apport en industrie dans le Code civil.** Le Code civil prévoit la possibilité d'un apport en industrie. Cet apport « se traduit par l'engagement pris par un associé de consacrer tout ou partie de son activité aux affaires sociales et de mettre à la disposition de la société ses connaissances professionnelles ou techniques, son expérience des affaires, ses relations ou son crédit. Traditionnellement, il s'agit d'une collaboration au service de la société, dans le cadre d'un travail de direction. Cette collaboration doit obligatoirement être réalisée d'une manière indépendante, sans aucune référence à un quelconque lien de subordination, faute de quoi il y aurait contrat de travail et non pas contrat de société »¹⁷³. En droit comme en pratique, un tel apport est d'une portée limitée¹⁷⁴. D'abord, l'industrie peut certes faire l'objet d'un apport mais celui-ci ne participe pas à la formation du capital social¹⁷⁵. Cette restriction se comprend aisément dès lors que l'on considère que le capital social a vocation à représenter les capitaux propres de la société et rassurer les créanciers quant à sa solvabilité¹⁷⁶. Or, comme le note le Professeur Vidal, « le plus souvent, il s'agit d'un apport futur et successif, d'une contribution personnelle de l'associé à l'activité que définit l'objet social »¹⁷⁷. Cet apport d'une nature si particulière constitue une faible garantie, au moins en numéraire, pour les créanciers de la société. L'apport en industrie permet toutefois à l'associé de participer au partage des bénéfices et de l'actif net, « à charge de contribuer aux pertes »¹⁷⁸. Cet apport peut prendre des formes diverses (mise à disposition de la force de travail, du talent, du savoir-faire, de la réputation de l'associé). Une telle mise à disposition doit être réelle : l'associé doit rendre

¹⁷³ K. Peglow, *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, T.402, 2003, préf. J.-B. Blaise, n°489.

¹⁷⁴ V. plaidant pour une réhabilitation de l'apporteur en industrie : C. Malecki, « L'apporteur en savoir-faire : du mal-aimé au bien-aimé ? », *Bulletin Joly Sociétés*, 2004, p.1169, qui le décrit ainsi « pour qui en douterait encore, l'apporteur en industrie est un véritable associé, un associé à part entière même s'il est souvent décrit comme l'associé pauvre, de seconde zone que l'on essaie régulièrement de réhabiliter ».

¹⁷⁵ « Et cet état de fait n'est pas neutre : bien qu'associé, l'apporteur en industrie ne participant pas au capital social se voit « oublié » par bon nombre de dispositions légales ou réglementaires dont l'application repose sur la détention d'un certain pourcentage du capital social », selon L. Nurit-Pontier, « Repenser les apports en industrie », *LPA*, 3 juill. 2002, n°132, p.4, qui invite par ailleurs à inclure les apports au capital social.

¹⁷⁶ Pour une contestation de cette fonction, L. Nurit-Pontier, préc., qui considère que la saisissabilité d'un apport ne doit pas avoir d'incidence sur son intégration au capital social et que « tout facteur de richesse » doit figurer au capital social. Elle considère d'ailleurs qu'en tant qu'il est susceptible d'évaluation (au moins en ce qu'il a permis l'évaluation du nombre de parts sociales à accorder à l'apporteur) l'apport en industrie figure à l'actif social et que c'est cet actif social qui fait l'objet du droit de gage général des créanciers. Dans le même sens, C. Malecki, préc. ; P. Le Cannu, « Les rides du capital social », in. A. Couret et H. Le Nabasque (dir.), *Quel avenir pour le capital social ?* Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004, p.3. V. aussi H. Le Nabasque, « La fin de la connexion apports/capital ? » in *Quel avenir pour le capital social ?*, préc., p.124.

¹⁷⁷ D. Vidal, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^e éd., 2010, n°48.

¹⁷⁸ Cciv., art. 1843-2, al. 2.

« compte [à la société] de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport »¹⁷⁹. Il ne peut donc exercer d'activité concurrente à la société¹⁸⁰, du moins sans le lui faire savoir. Seul l'apport en industrie permet à l'associé de valoriser sa participation active à l'activité de la société : à défaut de prévision d'un quelconque apport en industrie dans les statuts¹⁸¹, la participation active d'un associé à l'activité de la société n'est pas valorisable au-delà des droits que lui confèrent ses parts sociales, droits qui ont vocation à rémunérer ses investissements financiers et y sont donc le plus souvent proportionnels¹⁸². On notera toutefois qu'une répartition inégalitaire des parts sociales et des bénéfices peut toutefois être prévue par les statuts¹⁸³. Tel est notamment le cas dans les sociétés civiles professionnelles quand l'apport initial est moins important que la réalité de l'activité déployée par chaque associé, et notamment la valeur de sa clientèle. On voit ici que l'industrie personnelle des associés peut être prise en compte, mais ce n'est pas tant par l'attribution de parts sociales récompensant un « apport en industrie » que par le partage des bénéfices qui est finalement réalisé entre les associés. La solution la plus simple, qui est retenue dans nombre de sociétés, reste encore l'adjonction de la qualité complémentaire de mandataire social ou de salarié qui permet à l'associé « actif »¹⁸⁴ d'obtenir la rémunération de son activité, à travers la rémunération de son mandat ou son salaire. Ainsi, l'associé, majoritaire ou minoritaire, qui contribue à l'exploitation de la société, a-t-il vocation à la qualité de dirigeant de la société, s'il a un réel pouvoir décisionnel. S'il n'en a pas et que son activité est en réalité subordonnée, c'est au droit du travail de prendre le relais. Ces deux hypothèses permettent finalement à l'associé de valoriser son activité par une rémunération et d'obtenir une protection sociale, des travailleurs indépendants ou des salariés selon le cas. C'est donc moins par le rapport de propriété de la société à travers la détention de parts sociales que par le droit à rémunération conféré par ces parts sociales (vocation au partage des bénéfices) ou par son activité (au titre de mandataire social ou de salarié) que l'associé valorise son investissement autre que financier dans la

¹⁷⁹ Cciv., art. 1843-3, al. 6.

¹⁸⁰ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 2^e éd., 2011, n°127, qui vont jusqu'à considérer que « l'associé est donc soumis à une obligation de non-concurrence et d'exclusivité tout à fait originale ; le plein-temps n'est cependant pas exigé et l'associé peut exercer une autre activité qui soit étrangère à celle de la société ».

¹⁸¹ Cass. com., 14 déc. 2004, n°01-11353.

¹⁸² Cciv., art. 1844-1, al. 1

¹⁸³ Elle doit alors être prévue par les statuts ou du moins dans un acte, l'accord unanime des associés ne pouvant être tacite : Cass. civ. 1^{re}, 21 mars 2000 : D. 2000, p.475, note Y. Chartier.

¹⁸⁴ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, préc., n°128.

société¹⁸⁵. Si certains souhaitent une modification de cet état, c'est bien sur le fondement d'une consécration d'une vocation à la propriété du fait du travail, par le travailleur lui-même quand il n'est pas subordonné. La force de travail pourrait donc être appropriée via la reconnaissance d'un véritable statut de l'apporteur en savoir-faire, voire d'industrie¹⁸⁶.

B. Justifications de l'appropriation

67. Le concept de propriété est philosophiquement lié à ceux de liberté et de responsabilité¹⁸⁷. Acceptant l'état de subordination, le salarié renonce à la liberté, échappe à la responsabilité de son activité mais renonce également à la jouissance privative de son travail personnel (1), au contraire de l'employeur qui acquiert la propriété des fruits du travail accompli sous son initiative et sous sa responsabilité (2).

1. Subordination, responsabilité et appropriation

68. **Absence de responsabilité économique du salarié.** La subordination du salarié¹⁸⁸ exclut la liberté et la propriété mais aussi la responsabilité¹⁸⁹, augmentant d'autant celle de l'employeur. La responsabilité de l'employeur est sociale et économique : l'employeur assure la sécurité physique et matérielle du salarié au sein de l'entreprise ; l'employeur assume seul les risques de l'entreprise. L'analyse des amendes disciplinaires, retenues pour malfaçons et du délai-congés en termes de clause pénale ou dommages-et intérêts en cas de responsabilité

¹⁸⁵ Sur les difficultés soulevées par ce cumul de qualité, V. I. Tchotourian, *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, T.522, 2011, Préf. Y. Dereu.

¹⁸⁶ C. Malecki, préc.

¹⁸⁷ Cf. supra n°44.

¹⁸⁸ Pour un rappel de la définition juridique, E. Dockès, « Notion de contrat de travail », Semaine sociale Lamy, 30 mai 2011, p.88 : « La subordination a été définie par l'arrêt Société Générale du 13 novembre 1996. Cette définition, souvent reprise depuis, énonce : « le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements ». La formule décline les grands modes d'exercice du pouvoir : pouvoir d'édicter des « ordres » ponctuels, des « directives » générales et des sanctions. (...) le travailleur subordonné est ainsi défini comme un travailleur soumis aux ordres, aux directives, au contrôle et aux sanctions. (...) La subordination s'appuie alors sur un triptyque composé de direction, de contrôle et de sanction ». Le Professeur Dockès critique ici également l'exclusion du critère de dépendance économique, la dépendance pouvant être un indice de la subordination, la dépendance pouvant être visée par les raisons d'être du droit du travail, les notions de subordination et de dépendance devraient plutôt être complémentaires. Le critère de répartition des risques, et de responsabilité économique du travailleur, ne doit pas exclure la qualification de contrat de travail.

¹⁸⁹ V. Cass. soc. 21 janv. 1971 : Bull. n°43 : « un salarié ne répond pas à l'égard de son employeur des risques de l'exploitation et sa responsabilité ne peut se voir engagée qu'en cas de faute lourde » à propos duquel le Professeur Dockès, « Notion de contrat de travail », préc., rappelle que l'absence de responsabilité du salarié est « une conséquence du rapport de pouvoir. A l'instar de la subordination juridique, elle est un effet de la qualification de contrat de travail et non sa cause ».

contractuelle ou d'abus de droit par la doctrine de la première moitié du XX^e siècle est, à ce titre, très révélatrice¹⁹⁰. Finalement, les amendes et retenues seront interdites : le salarié n'a pas, en effet, à assumer de responsabilité économique ; il n'est pas pécuniairement responsable de la mauvaise exécution du contrat de travail, les amendes privées étant interdites¹⁹¹ ; il n'est pas en principe associé de manière individuelle aux résultats de l'exploitation¹⁹² ; il est protégé à titre individuel en cas de difficultés économiques¹⁹³. Ainsi, l'on voit le travail subordonné, abstrait de la dialectique liberté-propriété, se délier de ses résultats. L'absence de propriété est donc ici compensée par la sécurité ; la sécurité se manifeste en termes de garantie de revenus¹⁹⁴ et de travail¹⁹⁵. Pour les entrepreneurs, au contraire, la propriété¹⁹⁶ implique responsabilité

¹⁹⁰ P. Pic, « les règlements d'atelier, la protection légale des salaires et le délai-congé », RTDciv. 1912, p.861 : les amendes, retenues et dommages-intérêts, applicables à l'époque relèvent de l'application classique selon cet auteur des principes de la responsabilité contractuelle qui peuvent être opposés aussi bien à l'employeur qu'au salarié. Il ne s'agit pas pour autant d'une responsabilité économique du salarié. Pic critiquait l'interdiction des amendes disciplinaires en considérant que ce serait amputer de beaucoup l'échelle des sanctions. Il illustre son propos par une comparaison avec le droit pénal, l'interdiction des sanctions pécuniaires interdisant matériellement la gradation des sanctions, ce serait comme un code pénal qui ne connaîtrait comme sanction que la peine de mort.

¹⁹¹ Ctrav., art. L.1331-2.

¹⁹² La participation et l'intéressement sont par nature collectifs : Ctrav., art. L.3311-1 et s.

¹⁹³ En cas de difficultés économiques, s'il doit y avoir des licenciements, ceux-ci sont en principe collectifs et ne peuvent en tous cas pas être prononcés pour un motif personnel.

¹⁹⁴ V. P. Catala, « les transformations du patrimoine en droit civil moderne », préc., p.185 : « la sécurité comme la prospérité s'apprécie en revenus dans le patrimoine moyen du bon père de famille ». D'où d'ailleurs l'indemnisation du licenciement. V. spéc. sur ce point les n°16 et 17. D'où aussi la mise en place de revenus minimaux garantis et d'allocations sociales.

¹⁹⁵ V. à ce titre toutes les propositions relatives à la « flexisécurité » et la sécurisation ou consolidation des parcours professionnels : J. Gautié, « Les économistes contre la protection de l'emploi : de la dérégulation à la flexicurité », DS 2005, p.40 ; F. Gaudu, « La Sécurité sociale professionnelle, un seul lit pour deux rêves », DS 2007, p.393. Pour une présentation de droit comparé, F. Gaudu, « De la flexicurité à la sécurité sociale professionnelle. L'emploi entre mobilité et stabilité », Formation emploi 2008, p.71, disponible sur <http://formationemploi.revues.org/1052>. V. également les rapports J. Boissonat, *Le travail dans 20 ans, Rapport pour le Commissariat général du plan*, Odile Jacob, 1995 ; A. Suppiot, M. E. Casas, J. de Munck, P. Hanau, *Au-delà de l'emploi : transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe, rapport pour la Commission des Communautés européennes*, Flammarion, coll. Flammarion Documents et Essais, 1999.

¹⁹⁶ La propriété renvoie aussi à la notion de pouvoir (pouvoir décisionnel du chef d'entreprise, qu'il exerce à l'encontre des salariés grâce au pouvoir de direction ; pouvoir aussi des associés et actionnaires). V. M.-A. Frison-Roche et D. Terré-Fornacciari, préc. p.243 : « Mis en perspective des personnes et des droits environnants, le droit de propriété s'est fonctionnalisé : il sert désormais à quelque chose. Cet utilitarisme, qui semble atteindre aujourd'hui son paroxysme, est déjà fort perceptible dès le milieu du XVIII^e siècle, notamment sous l'influence des Physiocrates. (...) Le droit de propriété peut servir au propriétaire mais il peut servir aussi à la société. Servant au propriétaire, il est relégué au rang d'un instrument. Il peut s'agir d'un instrument de pouvoir. Ainsi a un rapport avec cette question, la controverse, d'apparence très technique, qui porte sur la question de savoir si une cession de parts sociales entraînant une prise de contrôle de la société par l'acheteur a une spécificité par rapport à celle qui n'a pas cet effet. Le droit jurisprudentiel semble s'orienter nettement vers la reconnaissance d'une telle spécificité : c'est alors définir une propriété à travers le pouvoir qu'elle permet d'atteindre ».

économique. Les employeurs doivent d'ailleurs s'assurer contre le risque de difficultés économiques afin de garantir le paiement des salaires¹⁹⁷.

69. **Responsabilité contractuelle du salarié.** Le salarié n'est pas pour autant délié de toute responsabilité. En cas de faute grave ou de mauvaise exécution du contrat de travail constitutive d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, le contrat de travail à durée indéterminée pourra être résilié¹⁹⁸. En cas d'insubordination ou de mauvaise exécution de la prestation de travail mais lorsque les faits sont faiblement dommageables et ne constituent donc pas une cause réelle et sérieuse de licenciement¹⁹⁹, l'employeur ne peut que sanctionner le salarié, la rupture du contrat n'étant pas proportionnée. Selon certains auteurs, la sanction ici n'est que la mise en œuvre d'une responsabilité contractuelle : le pouvoir disciplinaire trouve sa source dans le contrat de travail, par lequel le salarié accepte la subordination, donc par lequel il accepte de se soumettre au pouvoir de direction et au pouvoir disciplinaire de l'employeur²⁰⁰. On notera que, même si les faits justifient un licenciement, l'employeur peut, à titre d'avertissement ou par indulgence, infliger une sanction moindre au salarié, l'intérêt du salarié étant la poursuite du contrat de travail. L'employeur ne peut toutefois pas pour autant imposer au salarié une modification du contrat de travail (mutation disciplinaire, rétrogradation) : celle-ci devra être acceptée par le salarié²⁰¹. A défaut d'acceptation,

¹⁹⁷ Ctrav., art. L.3253-1 et s. L'employeur a par ailleurs l'obligation de souscrire une assurance auprès de l'Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des Salariés : Ctrav., art. L.3253-6.

¹⁹⁸ Selon l'article L.1243-1 du Code du travail, sauf accord des parties, seule la faute grave ou la force majeure autorisent la rupture anticipée du contrat à durée déterminée. L'employeur recourant à un contrat précaire doit en effet assumer une responsabilité plus importante car il impose plus de sujétion au salarié.

¹⁹⁹ La cause réelle et sérieuse de licenciement doit exister, être fondée sur des faits précis, imputables au salarié et rendant impossible le maintien de la relation. Elle s'apprécie *in concreto*.

²⁰⁰ Pour des exemples : l'article fondateur de Gérard Lyon-Caen, G. Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail », *Archives de philosophie du Droit*, T. XIII, Sirey, 1968, p.59 ; V. aussi A. Jeammaud, « Les polyvalences du contrat de travail », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p.299, évoquant notamment le « rôle normatif » du contrat de travail : le contrat de travail, dans sa définition première, détermine le champ contractuel de la relation de travail et ne permet en principe que la négociation de conditions plus avantageuses au statut collectif. Toutefois « l'actualité prouve, surtout l'aptitude du contrat individuel à élargir ou sophistiquer les sujétions inhérentes à la subordination ». Cette doctrine de la thèse dite contractuelle s'oppose à la thèse ou théorie dite « institutionnelle », telle qu'elle a été développée par Hauriou. Selon cette doctrine, le pouvoir disciplinaire n'est pas la conséquence du contrat de travail mais de l'adhésion à l'institution que représente l'entreprise. L'employeur n'exerce donc pas un pouvoir conféré par le contrat mais une autorité. V. plus récemment J. Mouly, « les modifications disciplinaires du contrat de travail. Chronique d'humeur à propos d'un revirement », D. 1999, p.359 ; « disciplinaire donc non contractuel » DS 2003, p.395. Pour un rappel historique et la critique de cette théorie, V. E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p.203.

²⁰¹ Cass. soc., 16 juin 1998, n°95-45.033 : DS 1998, p.803 concl. P. Waquet ; DS 1999, p.3 note C. Radé ; D. 1999, p.125 note C. Puigelier ; p.171 note M.-C. Amauger-Lattes ; p.359 Note J. Mouly ; JCP G. 1998 II, 10161 note D. Corrigan-Carsin.

l'employeur devra déterminer une nouvelle sanction, qui peut aller jusqu'au licenciement, si celui-ci est proportionné aux faits²⁰². La responsabilité du salarié est donc bien contractuelle : un manquement grave justifie la résiliation du contrat²⁰³ ; la modification du contrat implique l'acceptation des parties ; la subordination n'est pas une infériorité contractuelle mais l'acceptation du pouvoir de direction de l'employeur qui peut organiser le travail et ses conditions d'exécution. La responsabilité du salarié est par ailleurs spécialement aménagée étant donné que le contrat reste un contrat spécial : en l'absence de faute grave, et même en cas de cause réelle et sérieuse de licenciement, le salarié bénéficie d'un préavis et d'une indemnité de licenciement. La mauvaise exécution du contrat emporte donc certes droit à résiliation du contrat mais cette résiliation n'est pas une résiliation fautive, privative du statut. Seule la faute grave est privative du statut et implique une résiliation du contrat sans préavis ni indemnité. Seule la faute lourde donne droit à dommages-et-intérêts au profit de l'employeur.

2. Liberté d'entreprise, responsabilité et appropriation

70. **Responsabilité individuelle de l'entrepreneur.** L'entrepreneur bénéficie au contraire du salarié de l'appropriation : appropriation des fruits de son travail, de ses investissements et du travail de ses éventuels préposés. En contrepartie, l'entrepreneur est responsable économiquement. Le rejet en droit français de la théorie du patrimoine d'affection au profit de la théorie de l'unité du patrimoine a longtemps impliqué une responsabilité économique totale de l'entrepreneur. Cette responsabilité économique de l'entrepreneur étant un frein à l'initiative économique, a émergé le concept de personnalité morale et de société à responsabilité limitée. La création d'une société à responsabilité limitée conduit ainsi à la distinction de l'entrepreneur, au sens de celui qui initie l'activité, et de l'entreprise personnifiée, la personne morale qui s'engage. La société unipersonnelle a permis à l'entrepreneur sans associé de voir sa responsabilité économique limitée. L'histoire du droit des sociétés a poursuivi la mise en place d'une protection des entrepreneurs en limitant leur responsabilité économique²⁰⁴, pour aboutir à une véritable résurgence de la théorie du patrimoine

²⁰² Le refus de la sanction disciplinaire n'est pas constitutif d'une faute, ce sont les faits fautifs que l'employeur a proposé de sanctionner par une sanction emportant modification du contrat de travail, laquelle a été refusée par le salarié qui doivent constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement.

²⁰³ Le licenciement, mode de résiliation unilatérale du contrat de travail, permet la résiliation pour inexécution du contrat, ce qui rend inapplicable les règles de droit commun, notamment la résiliation judiciaire du contrat fondée sur l'article 1184 du Code civil, la loi spéciale dérogeant à la loi générale en exclut l'application. V. Cass. soc., 13 mars 2001, n°98-46411 : Bull. n°89 (on notera le visa, notamment, de l'article 1134 du Code civil).

²⁰⁴ Loi 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée. V. pour une présentation de la loi : J.-J. Daigre, « L'entreprise

d'affectation par l'adoption du statut de l'entrepreneur à responsabilité limitée²⁰⁵. Les entrepreneurs ne sont pas pour autant irresponsables mais c'est maintenant du fait du crédit, et notamment des sûretés qui l'accompagnent, que leur responsabilité personnelle est spécialement engagée.

71. **Responsabilité civile et sociale de l'entrepreneur.** L'entrepreneur est responsable vis-à-vis des tiers et de ses salariés des dommages qu'ils pourraient subir du fait de l'exercice de son activité. L'entrepreneur est responsable de son propre fait et de celui de ses préposés, il est aussi responsable du fait des choses dont il a garde²⁰⁶. A ce titre, le risque aujourd'hui est notamment environnemental²⁰⁷. L'employeur est aussi responsable des dommages que pourraient subir le salarié au sein de l'entreprise. En effet, le contrat de travail comporte une obligation de sécurité à l'égard des salariés²⁰⁸, obligation de résultat dont la violation conduit à une augmentation substantielle de la réparation du dommage subi par le salarié, qui peut notamment demander la réparation intégrale du préjudice à son employeur²⁰⁹. La responsabilité sociale de l'employeur vis-à-vis des salariés implique, au-delà de la garantie de sécurité au sein de l'entreprise, une participation à l'assurance des risques auxquels est soumis le salarié : maladie, vieillesse, chômage, maternité. Cette responsabilité sociale fait l'objet

unipersonnelle en droit français », RIDC 2/1990, p.665. D'autres dispositions ont complété ces dispositifs pour faciliter l'exercice de l'activité économique sous forme de société ou limiter la responsabilité personnelle de l'entrepreneur : V. notamment la loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 relative à l'initiative économique créant la SARL à 1€, instituant l'insaisissabilité du logement de l'entrepreneur individuel.

²⁰⁵ Loi 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

²⁰⁶ Cciv., art. 1384.

²⁰⁷ P. Girod, La réparation du dommage écologique, LGDJ, 1974, Bibl. de droit public, T.120, préf. R. Drago ; G. Viney, « les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français », JCP G, 1996, I, 3900 ; V. Rebeyrol, *L'affirmation d'un droit à l'environnement et la réparation des dommages environnementaux*, Defrénois, 2009, coll. Doctorat et notariat, T.42, préf. G. Viney ; C. Gonçalves-Gojoso, *Les risques environnementaux dans l'entreprise sous les aspects pénaux et assurantiels*, Thèse Poitiers, 2006, dir. J. Monnet et L. Leturmy, spec. p.74 et s.

²⁰⁸ V. sur cette obligation : G. Pignarre, « L'obligation de sécurité patronale entre incertitudes et nécessité », RDT 2006, p.150, Y Saint-Jours, « De l'obligation contractuelle de sécurité de résultat de l'employeur », D. 2007, p.3024 et S. Tournaux, « L'intensité de l'obligation de sécurité de l'employeur : un traitement aux effets mal mesurés », Dr. ouvr. 2012, p.571 : l'auteur rappelle le mot d'Alain Supiot : « *Dans la relation de travail, le travailleur, à la différence de l'employeur, ne risque pas son patrimoine, il risque sa peau* », il rappelle l'histoire de l'obligation de sécurité de l'employeur, rappelant que les juges se refusant à mettre à la charge de l'employeur une obligation de sécurité, comme ils l'avaient fait pour le transporteur, c'est au législateur qu'il est revenu de mettre en place une protection des salariés contre les risques au travail ; et que depuis « *le domaine de cette obligation n'a cessé de s'étendre* », ainsi que son « intensité », puisque la Cour de cassation considère depuis 2002 que cette obligation est une obligation de résultat, obligation de résultat certes ici particulière mais qui a le mérite de responsabiliser l'employeur quant à son obligation de prévenir les risques.

²⁰⁹ Code de la sécurité sociale, art. L.452-1 et s., spéc. L.452-3.

d'assurances obligatoires. L'employeur doit aussi participer à des régimes d'assurances complémentaires, obligatoires ou facultatifs. Enfin, l'employeur a l'obligation de fournir du travail aux salariés qu'il a engagés : c'est à lui d'assumer les risques économiques de l'activité, d'assumer l'absence ou la diminution de l'activité économique de l'entreprise. Ainsi, le contrat à durée déterminée ne peut être résilié unilatéralement et de manière anticipée pour des raisons économiques ; c'est à l'employeur d'assumer l'imprévision dont il a fait preuve en embauchant alors que l'activité économique était incertaine ou compromise²¹⁰. L'employeur doit également au salarié une indemnité dite de précarité en fin de contrat. De la même manière, le contrat à durée indéterminée ne peut être rompu qu'en cas de difficultés économiques réelles et sérieuses, celles-ci se distinguant de la seule baisse du chiffre d'affaires ou du bénéfice. Par ailleurs, en cas de licenciement économique, l'employeur doit chercher à reclasser le salarié, au sein de l'entreprise ou du groupe, ou à l'extérieur de l'entreprise ; participer au financement des indemnités perçues par le salarié au titre de l'assurance chômage par le paiement de cotisations (au cours du contrat et à la fin du contrat) et doit un préavis et des indemnités de licenciement au salarié. Les salariés étant de plus en plus souvent confrontés à l'instabilité de leurs carrières professionnelles, certains (juristes, sociologues ou économistes) prônent le renforcement des mesures de sécurisation des parcours professionnels, au titre d'une sécurité professionnelle complétant la sécurité sociale (au sens de la protection sociale) existante, à travers les politiques de l'emploi, comme le Professeur Supiot ou Pierre-Michel Menger, ou par le recours à un contrat unique, à durée indéterminée et le renforcement des dispositions protectrices des salariés au moment du licenciement, comme les Professeurs Cahuc et Kramarz²¹¹.

§ 2. PRINCIPES GÉNÉRAUX DU MODÈLE D'APPROPRIATION DU TRAVAIL

72. Si la Révolution a consacré la propriété des créateurs, garante de leur liberté, elle a dans le même temps consacré la liberté du travail et de l'entreprise. Ainsi, c'est à l'occasion de la réflexion sur les impôts, que s'engagent les discussions sur la liberté du travail : il convient de ne pas lever trop d'impôt, d'abolir les jurandes, maîtrises et autres privilèges exclusifs car

²¹⁰ Ctrav., art. L.1243-1, *a contrario* (l'article ne prévoit de rupture du contrat de travail à durée déterminée avant l'échéance du terme, et sauf accord des parties, qu'en cas de faute grave et de force majeure) ; et la jurisprudence constante à ce propos : Cass. soc., 28 avr. 1986 : D. 1987, p.475, obs. J.-P. Karaquillo ; Cass. soc. 20 fév. 1996 : D. 1996, p.633, note C. Puigelier ; et ce même en cas de liquidation judiciaire de l'entreprise ayant entraîné sa disparition : Cass. soc., 20 oct. 1993 : Dr. Soc. 1993, p.970.

²¹¹ P. Cahuc et F. Kramarz, « Le contrat de travail unique, clef de voûte d'une Sécurité sociale professionnelle », in *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Actes du colloque organisé par l'AFDT, en l'honneur de Gérard Lyon-Caen, Paris, 13 mai 2005, p.55.

comme le rappelle le député d'Allarde dans son rapport à l'Assemblée « *la faculté de travailler est un des premiers droits de l'homme* »²¹². Le rapporteur affirme là encore que ce droit est « *la première propriété la plus sacrée, la plus imprescriptible* ». Il critique alors les corporations qui concentrent l'exercice des arts et métiers « *dans les mains d'un petit nombre de maîtres réunis en communautés. Ces maîtres pouvaient seuls, à l'exclusion des autres citoyens, fabriquer ou vendre les objets de commerce particulier dont ils avaient le privilège* ». La description du système corporatif met en exergue les abus et la difficulté du travail : le député qualifie le privilège de « *tyrannique* », évoque la « *servitude prolongée du compagnonnage* », remarque la cherté et la longueur de l'apprentissage et le génie de la fiscalité qui épuisent une partie de la vie du citoyen laborieux quand un repas de communauté absorbe les produits d'une année. La liberté du travail est à l'époque plus corrélative qu'opposée à la liberté d'entreprise²¹³ : la liberté du travail est une liberté d'installation, une liberté d'exercer son métier, libérée de l'inspection des maîtres ou d'une police despotique qui « *décourage et flétrit* »²¹⁴ ; elle contribue à la liberté du commerce et, en cela, à la protection du consommateur, notamment par la liberté des prix, qui évite les ententes sur des prix artificiellement élevés. Le texte consacre la liberté du travail autant que la libre concurrence. Aujourd'hui, ces libertés sont parfois présentées comme contradictoires²¹⁵ et devant être conciliées. La jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence par exemple propose un régime établissant un équilibre entre ces libertés : la liberté du travail du salarié est limitée sur le fondement de la liberté d'entreprise, l'employeur doit donc justifier d'un intérêt légitime. Par ailleurs, la restriction à la liberté du salarié doit être justifiée, proportionnée et faire l'objet d'une compensation financière²¹⁶. A l'époque révolutionnaire, la liberté est un tout : elle est à

²¹² Rapport du comité des contributions publiques sur les patentes, présenté par d'Allarde, le 15 février 1791, disponible sur www.gallica.bnf.fr. V. aussi les discussions qui suivirent le 1^{er} et le 2 mars 1791, et le texte du décret finalement adopté le 2 mars 1791, avec modèles de déclaration, récépissé et patentes permettant l'application du texte.

²¹³ Sur la protection du fonds de commerce par le législateur du fait de la prise de conscience de la prégnance de l'activité de l'homme derrière l'institution, c'est-à-dire de l'importance du commerçant, J. Hilaire, *Le droit, les affaires et l'Histoire*, Economica, 1995, pref. B. Oppetit, p.152.

²¹⁴ Comp. reprenant cette idée à propos des créateurs et considérant que l'association peut conduire à la dictature des moins inventifs, d'où la faveur à la propriété individuelle, E. Mackaay, « On property rights and their modification » in *Economic policy and applied economics*, disponible sur <https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/88/1/0043.pdf>, spec. p.258 : « *the risk with the associations is that they come to be dominated by the less innovative members and that the rules will be skewed towards the borrowers. This would lower the incentives to innovate, to the detriment of the general public. The history of the mediaeval guilds shows that the risk is not imaginary* ».

²¹⁵ R. Charvin et J.-J. Sueur, préc., n°205 : « *le social est toujours conçu comme un coût pour l'économie, non comme un facteur de dynamisation. La liberté de l'entreprise et les droits sociaux se trouvent donc en confrontation* ».

²¹⁶ Pour une illustration jurisprudentielle : Cass. soc., 10 juillet 2002 : Bull. n°239 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 4^e éd., 2008, n°46. V. aussi la jurisprudence

la fois liberté d'entreprise et liberté du travail, elle exige à la fois l'abolition des corporations et de l'esclavage²¹⁷. Mais, au contraire de la création, l'organisation du statut du travailleur s'est détournée de la propriété, qui apparaît soit insuffisante, soit inopportune, pour mettre en exergue la personne. Ici le travail ne fonde donc pas une propriété mais conduit à la consécration d'un statut. Or ce statut, s'il confère au salarié un droit à rémunération, s'extirpe de la logique propriétaire. Ainsi, alors que le décret d'Allarde visait à combattre le statut pour affirmer la liberté du travail et de l'entreprise, c'est sur le fondement du droit au respect de la liberté du travail que s'érige un statut du salarié. En ce qui concerne la liberté d'entreprise, en revanche, la logique propriétaire a pleinement persisté, relayée par le raffinement du droit relatif au fonds de commerce et aux sociétés. On comprend qu'ici, c'est moins le travail que l'investissement qui justifie l'attribution de la propriété (A), la responsabilité du travailleur jouant un rôle essentiel pour l'appropriation (B).

A. Appropriation du travail par l'entreprise

73. **Les querelles relatives à la propriété du travail.** Alors que l'analyse lockéenne a pu servir de fondement à la propriété intellectuelle²¹⁸, son influence en matière de travail est limitée, situation paradoxale puisque Locke fait reposer la légitimité de la propriété sur la propriété du travail. Locke fonde, en effet, la propriété des biens meubles puis immeubles, sur la propriété des fruits du travail, qui résulte de la propriété que chacun exerce sur sa propre personne. Dès lors, certains se prononcèrent pour la propriété du travail²¹⁹ ; d'autres, assimilant propriété du travail et propriété de la personne, s'y opposèrent avec vigueur²²⁰ : la

relative à la clause de « clientèle », Cass. soc. 3 fév. 2010, n°08-41668 ; pour une analyse M. Castronovo, « clause de clientèle et clause de non-concurrence », RDT, 2010, p.507.

²¹⁷ C'est aussi au nom de la liberté individuelle et de la liberté du travail que sont interdits tous les regroupements professionnels (la constitution de tels groupements est même pénalement sanctionnée : V. Cpén., art. 290 et 291). L'employeur et le salarié doivent être libres de négocier le salaire et les conditions de travail.

²¹⁸ A. Zollinger, *Droit d'auteur et droits de l'Homme*, préc., n°315 et s.

²¹⁹ V. E. Chatelain, « Esquisse d'une nouvelle théorie sur le contrat de travail », préc., p.313 ; « Une application de la nouvelle théorie du contrat de travail », RTDciv. 1905, p.271 ; « Un problème de droit », RTDciv. 1906, p.115. Et plus récemment, T. Revet, *La force de travail, étude juridique*, préc.

²²⁰ Pour illustration : F. Géný, « Une théorie nouvelle sur les rapports juridiques issus du contrat de travail », RTDciv. 1902, p.333, qui se demande si M. Chatelain n'aurait pas mieux fait d'opter pour une construction sui generis plutôt que de s'obliger à vouloir faire entrer le contrat de travail dans l'un des modèles préexistants, quitte à forcer les modèles, à ne pas trancher réellement entre contrat de société et contrat de vente ou partage des produits du travail, ce qui, finalement ne convainc pas. Il note toutefois que le vrai apport de la thèse, au risque d'aller même plus loin que ce que M. Chatelain a dit, c'est de rappeler que le contrat ne peut être qu'un mode d'acquisition dérivé, qu'à propos d'une valeur nouvelle, il faut bien déceler d'abord une acquisition originaire et qu'en « toute hypothèse apparaîtra (...) le droit originaire du travailleur, soit à une indemnité, soit à la propriété, au moins partielle de l'objet ».

propriété du travail entraînait, selon eux, appropriation de la personne ; la propriété appelant la vente, la propriété du travail rappelait par trop l'esclavage. Pour la doctrine classique, le travail relèverait donc moins du droit des biens, du patrimoine que du droit des personnes. Cette position valait encore récemment²²¹. L'exclusion de la propriété naîtrait donc de l'insuffisante distinction de la force de travail et des fruits du travail. Pourtant, cette distinction est faite puisque le fonds de commerce dès le XIX^e siècle accède au statut de bien. Au-delà de la critique de l'esclavage, l'appropriation des fruits du travail par le salarié comme le proposait Emile Chatelain au début du XX^e siècle apparaît impossible : d'une part, parce qu'il faut repenser le contrat de travail et distinguer dans la relation contractuelle entre engagement de travail et vente des fruits du travail, à moins de repenser le contrat de vente, qui pourrait être à exécution successive ; d'autre part, parce que la qualification de vente implique de repenser les rapports de force dans la relation de travail²²². La difficulté à concevoir le rapport de travail comme un contrat de vente et non une « acquisition à la source » des fruits du travail tient aussi à la difficulté à déterminer l'objet de la vente. Or la division du travail social, l'émiettement du processus productif entre plusieurs salariés dans le cadre industriel, rend délicate l'appréhension d'un objet. C'est pourquoi la réflexion autour de l'appropriation du travail s'organise plus autour de l'appropriation des moyens de production qu'autour de l'appropriation des fruits du travail. Dans la doctrine marxiste, c'est bien à celui qui maîtrise le processus de production, qui est propriétaire des moyens de production que reviennent les fruits du travail. L'appropriation des fruits du travail suppose donc l'appropriation des moyens de production. C'est ce qui explique la différence essentielle entre le commerçant, l'artisan et le salarié : seuls les commerçants et les artisans sont propriétaires de leurs outils de travail et maîtrisent réellement l'organisation de leur activité ; eux seuls ont vocation à la propriété. Il convient dès lors de distinguer entre, d'une part, le travail salarié et, d'autre part, le travail individuel de l'artisan ou du commerçant : le travail et l'entreprise, ici, se séparent²²³. L'entrepreneur a vocation à la titularité (1) quand le salarié n'a vocation qu'à rémunération (2).

²²¹ Pour une présentation de la doctrine mettant en exergue la dimension personnelle du travail et excluant une référence à la propriété, T. Revet, *La force de travail*, préc., n°11 et s., citant René Savatier, Jean Carbonnier, André Decocq, Jean-Jacques Dupeyroux, Jean Rivero, Jean Savatier, Georges Ripert, Françoise Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, Philippe Malaurie et Laurent Aynès, Louis Josserand et Georges Scelle. V. également n°16 et s., citant une doctrine admettant au contraire le travail comme une « valeur en capital » (Pierre Catala) ou admettant la propriété de la force de travail (Yves de Saint-Jours).

²²² La proposition d'Emile Chatelain a une dimension politique et économique : elle vise à renverser le déséquilibre du rapport de force entre employeurs et salariés.

²²³ V. aussi les développements consacrés à la distinction du contrat de travail et du contrat de société *in* Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T.XI, contrats civils, 2^e partie, Contrat de travail par A. Rouast, préc., n°779 : « On dit quelquefois que l'ouvrier est une espèce d'associé du patron, parce qu'il est son collaborateur dans

1. Valorisation du travail indépendant par l'entreprise

74. Comme la polysémie du mot « travail » conduit à une ambiguïté en droit²²⁴, le terme « entreprise », dont il est coutume de considérer qu'il ne recouvre pas une véritable notion juridique²²⁵, n'en permet pas moins de « désigner la réalisation de quelque chose qui nécessite du travail en vertu d'un contrat déterminé (...) [mais aussi] l'organisation productive, l'établissement industriel ou commercial dans lequel l'activité humaine de travail se déploie »²²⁶. Malgré la personnification réalisée par l'attribution de la personnalité morale aux sociétés, l'entreprise, du fonds de commerce à la société, reste avant tout un bien appropriable, qui permet d'approprier le travail.

75. **Le fonds de commerce : une universalité appropriable.** Le fonds de commerce est un bien meuble incorporel dont l'appropriabilité est certaine²²⁷. Comme l'a précisé la Cour de cassation²²⁸, aucun texte ne définit le fonds de commerce²²⁹. On ne peut que déduire ses

l'œuvre de la production. (...) Il n'est pas douteux qu'il y a des rapports entre les deux contrats de société et de travail. La conception qui voit dans l'ouvrier un collaborateur du patron est ou devrait être une vérité économique, à condition d'entendre ce mot collaboration au sens large. Mais elle ne correspond pas à la notion juridique de société. Le contrat de travail diffère de la société par deux éléments : le caractère fixe du salaire, et la subordination de l'ouvrier ou de l'employé. (...) Pour qu'il y ait société, il faudrait la disparition du patron et son remplacement par un directeur élu : on serait alors en présence d'une coopérative de production, dans laquelle le pouvoir de direction résiderait dans l'assemblée des ouvriers, et dans laquelle le salaire serait remplacé par une part du produit des ventes ».

²²⁴ Puisque le travail désigne « tantôt l'activité humaine de travail mise au service d'autrui dont il maîtrise et s'approprie les fruits, tantôt le produit de cette activité, bien ou service échangé sur le marché » (M.-L. Morin, « Louage d'ouvrage et contrat d'entreprise », préc.).

²²⁵ V. P. et P. Didier, *Droit commercial*, T. I, *Introduction générale, l'entreprise commerciale*, Economica, 2005, n°223 et s., rappelant que les juristes n'ont « pas encore de définition de l'entreprise qui ait rencontré un large consensus », même si le mot était déjà utilisé par le Code civil en 1804 et le Code de commerce en 1807, considérant que ce sont l'ordonnance du 22 février 1945 et la loi du 16 mai 1946 qui ont réellement imposé la notion d'entreprise en droit et définissant l'entreprise comme une « unité marchande de production ». V. aussi M. Despax, *L'entreprise et le droit*, Thèse Toulouse, LGDJ, 1956, qui, dès l'introduction, évoquait à l'époque les divisions profondes de la doctrine et rappelait au travers l'exemple de nombreux auteurs que l'opposition à la notion ne désarmait pas, estime que l'entreprise accède à l'existence juridique du fait de son « arrachement » à l'entrepreneur, de leur dissociation et que l'entreprise est essentiellement une organisation autonome qui sert de support à l'exercice d'une activité (l'entreprise poursuit en effet un but : la production de biens ou de services) ; J. Paillusseau, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, coll. Bibliothèque de droit commercial, T. 18, Librairie Sirey, 1967, préc. Y. Loussouarn.

²²⁶ M.-L. Morin, préc. V. aussi F. Terré, *Introduction générale au droit*, précis Dalloz, 1998, n°356 : « ensemble groupant des biens et des hommes qui fournissent leur travail. Cet ensemble est orienté vers un but déterminé, à savoir la production pour le marché de certains biens ou l'offre de certains services, ainsi que la réalisation de profits ». Notons néanmoins que le paragraphe consacré à l'entreprise disparaît dans les éditions suivantes.

²²⁷ Le fonds de commerce est un actif au patrimoine du commerçant, susceptible de cession et surtout de nantissement, saisissable dans ses éléments corporels et incorporels, cf. l'assiette du nantissement : Ccom, art. L.142-2.

²²⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 10 juill. 1953 : D. 1953, p.598.

²²⁹ Sur l'histoire de la notion, issue de la pratique, l'empirisme du législateur et l'influence manifeste de l'économie sur l'élaboration du régime du fonds de commerce, V. J. Hilaire, *Le droit, les affaires et l'histoire*, Economica, préc., p.125 et s.

caractéristiques principales des dispositions relatives à son régime (vente, nantissement, location-gérance, dispositions spécifiques au bail commercial), qui démontrent sa patrimonialité et sa cessibilité. Le fonds de commerce est défini comme une universalité distincte des éléments qui la composent. L'article L.141-5 du Code de commerce, qui reprend les dispositions du premier article de la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement du fonds de commerce, énonce la liste des éléments qui peuvent entrer dans la composition du fonds de commerce. Il s'agit d'éléments corporels (marchandises et matériel) ou incorporels (enseigne, nom commercial, droit au bail, clientèle et achalandage). Cette universalité²³⁰ est une universalité de fait²³¹. C'est une universalité de fait car le fonds de commerce est composé d'éléments dont la combinaison confère à l'ensemble une valeur supérieure à la simple adjonction des valeurs de chacun de ces éléments, ce que contrôle soigneusement l'Administration fiscale²³². Certes, la clientèle est l'élément essentiel du fonds²³³. Elle en conditionne l'existence : sa disparition entraîne la disparition du fonds de commerce²³⁴, la cession d'une branche autonome d'activité à laquelle est attachée une clientèle propre emporte cession d'un fonds de commerce indépendant²³⁵, la cession d'éléments isolés entraîne la cession de la clientèle²³⁶. Mais les autres éléments en font, eux aussi, la valeur. Tel est le cas du bail commercial²³⁷, notamment quand les éléments de commercialité sont spécialement liés à la situation géographique ou à l'implantation du fonds²³⁸. Tel est le cas des droits de propriété intellectuelle, qui peuvent être exploités par le propriétaire du fonds de

²³⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 2010, évoquant une « universalité juridique » mais considérant que c'est une universalité de biens et non de droit, contrairement à un patrimoine composé d'un actif et d'un passif. V. cependant Cass. com. 5 avril 1994, n°90-17654 : évoquant, à propos de la cession d'un fonds de commerce, « la transmission de l'universalité de l'actif et du passif ».

²³¹ V. définissant le fonds de commerce comme une universalité mobilière insusceptible de cession partielle : Cass. civ. 2 mars 1960 : Bull. I, n°141 ; Cass. com. 12 novembre 1992 : Bull. IV, n°350 ; Cass. com. 26 oct. 1993 : Bull. IV, n°362 et Cass. com. 21 octobre 1997, n°95-19911 ; et reprenant l'expression d'universalité de fait : Cass. com. 7 février 1995, n°93-12212.

²³² V. pour exemple Cass. Com. 12 nov. 1992, préc. ; Cass. com. 21 oct. 1997, préc.

²³³ Req. 15 février 1937 : DP 1938 1, p.13, note Cordonnier ; Com ; 29 mai 1953 : JCP 1953 II 7720 ; Civ. 10 juill. 1953 : D. 1953 p.598. Sur cette qualification jurisprudentielle d'élément du fonds de commerce, V. J.-P. Clavier et F.-X. Lucas, *Droit commercial*, préc., p.134, estimant que la clientèle ne constitue pas à proprement parler un élément du fonds de commerce puisqu'elle en constitue la finalité. La clientèle est en revanche très certainement une condition d'existence du fonds de commerce.

²³⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 18 mai 1978 : D. 1978 IR 488.

²³⁵ Com. 14 avril 1992 : Bull. IV n° 161 et RTDcom 1993, p.82, obs. J. Derrupé.

²³⁶ Com. 6 juin 1990 : Bull. IV n°165 et RTDcom 1991, p.27, obs. J. Derrupé.

²³⁷ V. sur l'importance de la propriété commerciale, J. Derrupé, « l'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale, in *L'avenir du droit, Mélanges Terré*, Dalloz-PUF, Juris-Classeur, p.577.

²³⁸ Cass. com. 26 oct. 1993, préc.

commerce²³⁹. Tel est le cas de l'enseigne et du nom commercial lorsqu'ils permettent de distinguer l'activité de l'entreprise et de bénéficier de sa renommée. Tel est le cas de l'achalandage. Tel est le cas des marchandises et du matériel qui, malheureusement, parfois, constituent la seule valeur tangible permettant de désintéresser les créanciers. La valeur du fonds de commerce dépend de sa capacité à capter et fidéliser une clientèle. Celle-ci est, du moins en partie, le fruit du travail du propriétaire du fonds, quand il l'exploite lui-même, ou de son gérant, voire de ses salariés. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que l'existence d'un fonds de commerce ne dépend que d'éléments matériels indépendants de la personne qui exploite le fonds. La Cour de cassation a ainsi admis avec la cour d'appel, dont elle a considéré l'appréciation souveraine, que « *l'activité exercée de laverie en libre service (...) excluait par nature toute fidélisation de clientèle en l'absence de personnel pouvant la retenir, la disparition de l'établissement (...) entraînait [donc] la perte de la clientèle qui ne se reportait pas sur l'autre établissement de la même société (...) en raison de son éloignement, ainsi que de la présence de commerces concurrents plus proches et assurant des prestations de nature identique* »²⁴⁰. La perte du droit au bail, après préemption par la Ville de Paris, entraînait donc la perte de la clientèle et, par conséquent, la disparition du fonds de commerce. L'argumentation de la cour d'appel, citée par la Cour de cassation, démontre, *a contrario*, à quel point le facteur humain est, par principe, un des éléments d'attraction et de fidélisation de la clientèle : ce n'est qu'en l'absence de tout personnel que le bail commercial devient un élément essentiel à la fidélisation de la clientèle et, par voie de conséquence, à l'existence du fonds. Quel est, ordinairement, le vecteur de fidélisation de la clientèle ? La politique commerciale du commerçant, la qualité de ses prestations qui sont le fait de son activité ou de celle de ses subordonnés, c'est-à-dire le travail du commerçant ou la conjonction du travail des salariés de l'entreprise, organisé et dirigé par le commerçant. Le fonds de commerce, en ce qu'il est un bien appropriable, est donc un moyen d'appropriation du travail. Les commerçants peuvent, en effet, par l'intermédiaire du fonds de commerce, valoriser le fruit de leur activité professionnelle : cette valorisation peut intervenir en fin d'activité, lorsqu'ils vendent le fonds de commerce ou le mettent en location, mais aussi pendant l'exercice même de leur activité. La reconnaissance de la valeur patrimoniale du fonds renforce l'assiette du droit de gage des créanciers, le possible nantissement du fonds affermit l'accès au crédit des commerçants²⁴¹.

²³⁹ Notamment les droits sur la marque, les brevets ou les droits d'auteur qui peuvent être cédés, saisis ou faire l'objet de licence.

²⁴⁰ Cass. civ. 3^e, 15 décembre 1999, n°98-70236.

²⁴¹ La reconnaissance légale de l'existence d'un fonds agricole permet également le nantissement d'un tel fonds (C.rur., art. L.311-3), tel n'est pas le cas du fonds libéral : si la jurisprudence a consacré l'existence d'une clientèle civile et d'un fonds libéral, l'absence de reconnaissance légale de l'existence d'un fonds libéral en empêche le nantissement. On notera que cette question ne semble pas à l'ordre du jour au vu de

On notera que, parallèlement à la reconnaissance du fonds, les commerçants se sont vus reconnaître un droit spécial sur le local où ils exercent leur activité commerciale. La situation du fonds participant de sa valeur commerciale, la reconnaissance d'un droit de propriété sur le fonds a impliqué la reconnaissance d'un droit quant à la situation géographique du fonds : le régime particulier des baux commerciaux est d'ailleurs évoqué sous le vocable de « propriété commerciale ». Or la propriété commerciale est un des moyens de protéger le commerçant²⁴² en lui garantissant, dans une certaine mesure²⁴³, un droit au maintien dans les lieux, droit sur son outil de travail, droit à la préservation de son outil de travail. Ainsi, le fonds de commerce apparaît comme « l'organisation juridique des biens de l'exploitation [qui] fait fonction d'organisation juridique de l'exploitation elle-même, d'autant plus que la loi a conféré à cet ensemble dans le patrimoine du commerçant un régime particulier et étendu (...) sans qu'il soit besoin de passer des actes afférents à chaque élément. Le commerçant peut changer, le fonds reste, ajusté aux besoins de l'exploitation, structure juridique de l'entreprise à ceci près qu'elle ignore la personne de l'entrepreneur »²⁴⁴. Au-delà du fonds, la société semble un outil plus perfectionné encore d'appropriation du travail.

76. **La société, un patrimoine appropriable.** La société constitue à la fois un groupement de biens et un groupement de personnes. La personne morale dispose d'un patrimoine, constitué d'un actif – un groupement de biens – et d'un passif. Elle est aussi une universalité qui est appropriée par les associés ou actionnaires qui y participent. S'ils ne sont pas propriétaires des biens dont la société est elle-même propriétaire puisque seule la société est propriétaire de ces biens, les associés sont bien propriétaires d'un titre sur la société, d'un droit sur sa valeur patrimoniale, qui se distingue de son patrimoine tout en y étant lié, la valeur de la part sociale étant en partie fonction du patrimoine de la société et de son potentiel économique²⁴⁵. Or « l'action participe de la structure de l'indivision²⁴⁶ dont elle figure une quote-part. On

l'importance de la clientèle civile au sein du fonds libéral et des difficultés de son évaluation et, dès lors, du caractère incertain de la valeur du fonds, le nantissement du fonds libéral apparaît trop « aléatoire » pour pouvoir être consacré (V. en ce sens, Rép.min. n°69271, Le Fur, J.O.A.N. Q 28/12/2010, p.14030.

²⁴² Sur cette question, V. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n°82 et s.

²⁴³ Le bail commercial peut, bien sûr, ne pas être renouvelé mais, d'une part, les baux sont d'une durée longue et le non-renouvellement du bail est soumis au respect d'un formalisme protecteur des intérêts du commerçant, d'autre part, l'indemnité d'éviction est souvent dissuasive et les cas qui permettent au loueur d'y échapper particulièrement restreints, cf. Ccom., art. L.145-1 et s.

²⁴⁴ A. Sayag, « L'entreprise individuelle : faux débats et vraies questions », in *Mélanges Rodière*, p.289, spec. n°22, soulignant toutefois par la suite les limites de la notion, notamment quant à la précarité de la valeur du fonds, qui influence nécessairement la vente et le nantissement.

²⁴⁵ V. G. Blanluet, *Essai sur la propriété économique en droit économique français : recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, LGDJ, 1999, coll. Bibl. dr. privé, T.313, Préf. P. Catala et M. Cozian.

²⁴⁶ Indivision définie par le Doyen Cornu, *Vocabulaire juridique*, préc., comme la « situation juridique qui existe, jusqu'au partage d'une chose (immeuble acquis en commun) ou d'un ensemble de choses (masse successorale, communauté

objectera, certes, que l'écran de la personnalité juridique de la société met en défaut cette analyse : la personne morale étant propriétaire, ab initio, de son capital puis, ensuite, de ses avoirs, l'action ne pourrait représenter une fraction de propriété sur l'actif social. Mais il convient ici, pour une compréhension fondamentale des choses, de s'abstraire de leur représentation opératoire pour toucher à leur essence » ; aussi, « tout ce qui ressortit de la coappropriation participe de la nature de l'indivision. (...) Les différences entre [les divers] modes d'indivision tiennent à la contingence de leurs régimes qui s'expliquent par les utilités qu'on leur prête ou les fonctions qu'on leur assigne. Ainsi, la fonction d'une société, spécialement anonyme, est de poursuivre une activité d'exploitation : fonction dynamique qui postule une organisation, interne et externe, propre à favoriser une action collective ordonnée des apporteurs au capital. D'où la personnalisation du groupement qui n'est jamais, ici comme ailleurs, et en dépit des variables d'organisation, qu'une superstructure fonctionnelle entée sur une mise en commun de moyens »²⁴⁷. La personnification du groupement de biens - groupement de

dissoute), entre ceux qui ont sur cette chose ou cet ensemble un droit de même nature (propriété, nue-propriété, usufruit), chacun pour une quote-part (égale ou inégale), aucun n'ayant de droit privatif cantonné sur une partie déterminée et tous ayant des pouvoirs concurrents sur le tout ».

²⁴⁷ D. R. Martin, « Valeurs mobilières : défense d'une théorie », D. 2001, chron. p.1228. Comp. K. Peglow, *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, préc., n°565 et s., mettant en évidence que les notions de société et d'indivision sont délicates à distinguer, d'autant plus depuis les lois 31 décembre 1976 et du 4 janvier 1978. Alors que Pothier et Domat pouvaient mettre en exergue le caractère volontaire de la société, contrairement à l'indivision, l'indivision conventionnelle a bouleversé la donne et l'analyse des comportements réciproques des indivisaires, présumés passifs, et des sociétaires, présumés actifs, puisque l'*affectio societatis* exige une « volonté de collaborer, avec une certaine unité de vues et de directions, à la poursuite d'un but économique lucratif [alors que l'] indivision (...) est un état de fait passif, provisoire, essentiellement précaire, le plus souvent inorganisé et il ne suppose pas une collaboration active et volontaire en vue de la réalisation de bénéfices » (C. Houpin et H. Bosvieux, *Traité général et pratique des sociétés civiles et commerciales*, T. 1, 7^e éd., Librairie de la société du Recueil Sirey, 1935, n°55). Ce postulat semble quelque peu dépassé. Certes, l'indivision classique n'apparaît pas le régime le plus adéquat à l'exploitation d'un bien. Mais elle n'interdit pas une telle exploitation. La constitution de société permet de mettre en place un mode de gestion plus simple si les co-indivisaires sont nombreux, si les biens à exploiter sont nombreux ou leur gestion complexe. C'est donc bien un mécanisme juridique particulier, relevant d'une catégorie supérieure incluant les divers régimes d'indivision et copropriété existants, qu'on pourrait nommer indivisions ou propriétés communes. La dynamique inhérente à l'*affectio societatis*, par opposition à l'*affectio communionis*, volonté commune de jouir indivisément des biens et non plus de les exploiter (Comp. J. Derrupé, *J.-Cl. Sociétés*, Fasc. 47-10, n°42 et s. ; C. Saint-Halary-Houin, « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil », *RTDCom* 1979, p.645), exige un mode de gestion efficient et donc un régime dynamique, offert par le droit des sociétés, chaque forme de société constituant un mécanisme juridique particulier, adapté à des situations spécifiques. Contra G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, préc., n°20 et s. : « Depuis un siècle, ce ne sont plus des hommes qui détiennent les grandes positions du commerce et de l'industrie ; ils ont été éliminés par les sociétés par actions ». Il démontre l'importance du caractère limité de la responsabilité, créant un statut protecteur de l'investisseur, nécessaire au développement de la société capitaliste. Mais, dans le même temps, il rejette l'idée d'une propriété en main commune des actionnaires sur la société ou son activité, n°44 et s. : « L'actionnaire n'est pas propriétaire de l'actif social », ce serait la « négation même de la personnalité morale attribuée à la société ». « Le mot 'propriété' a, il est vrai, un sens économique plus étendu que le sens juridique et il peut être employé pour désigner tout droit privatif ; au reste, les juristes eux-mêmes l'entendent ainsi puisqu'ils parlent de la propriété des créances ou des actions. Mais c'est justement parce qu'il y a une véritable propriété des actions qu'il ne peut y avoir une copropriété de l'entreprise. L'actionnaire a un droit contre la société et non un droit dans la société ». Notons qu'il s'intéresse ici spécialement à la société par action puisqu'il rappelle ensuite qu'il n'y a rien de commun entre une société en nom collectif et une société anonyme. V. au contraire P. Le Cannu, « les rides

personnes est donc une fiction juridique permettant de simplifier la gestion de l'activité de l'entreprise²⁴⁸, de faciliter la transmission de la propriété tout en limitant les incidences sur l'exploitation, de favoriser l'initiative économique en limitant les risques subis par les propriétaires (la responsabilité n'excède pas les limites de la propriété) tout en constituant un actif²⁴⁹ garantissant l'éventuel passif généré par l'exploitation²⁵⁰. La constitution de société permet donc l'appropriation des fruits d'une activité par le biais d'une personne morale²⁵¹.

77. **La société, groupement de personnes.** Hors le cas de la société individuelle, la société est un groupement de personnes : essentiellement un groupement de sociétaires réunis par un *affectio societatis* ; souvent aussi elle emploie un groupement de salariés qui travaillent pour son compte, et sous sa direction²⁵². Elle joue donc un rôle d'intermédiaire entre les

du capital social », préc., p.3, réaffirmant la fonction distributive du pouvoir au sein de la société du capital social, qualifié d' « *étalon du pouvoir dans les SA* » et prédisant une évolution en ce sens du droit communautaire. De manière générale, on peut noter que cette indivision est une indivision spéciale puisqu'elle n'a pas vocation au partage. La sortie de l'indivision se résout nécessairement par la cession de la quote-part indivise. Encore qu'on puisse se demander si cet argument peut être déterminant. V. reconnaissant à propos des cas classiques d'indivision que « *la vocation du propriétaire indivis à la propriété est beaucoup moins forte et directe que celle du nu-propriétaire* », C. Atias, « Des vocations à la propriété », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Mélanges Catala*, Litec, p.597, spéc. p.602.

²⁴⁸ En ce sens, C. Champaud, « le contrat de société existe-t-il encore ? », in *Le droit contemporain des contrats*, Travaux et recherches de la faculté de Rennes, Economica, 1987, p.125. V. aussi J. Paillusseau, « Les fondements du droit moderne des sociétés », JCP E 1984, I, 3148.

²⁴⁹ La reconnaissance de la personnalité morale permet la reconnaissance de l'existence d'un patrimoine donc d'un actif répondant au passif de la société, cet actif est constitué des biens de la société et dépasse largement son capital social ; sur ce sujet, cf. P. Le Cannu, « Les rides du capital social », préc. et F.-X. Lucas, « la distinction des titres de capital et des titres de créances », même ouvrage, p.21.

²⁵⁰ V. J. Derrupé, « l'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale, in *L'avenir du droit, Mélanges Terré*, Dalloz-PUF, Juris-Classeur, p.577, spéc. p.585 : « *En instaurant l'EURL en 1985, le législateur a fait un choix lucide. Par le biais d'une mise en société, il a permis à ceux qui le souhaitent de donner à leur fonds de commerce une autonomie patrimoniale équivalente au patrimoine d'affectation. La séparation des patrimoines sera le fruit d'un dédoublement de la personnalité. Tous les avantages du patrimoine d'affectation sont obtenus avec une appréciable économie de moyens grâce aux techniques éprouvées du droit des sociétés. Il s'y ajoute le bénéfice d'une structure d'accueil pour une future gestion vraiment sociétaire de l'entreprise et des facilités pour assurer la transmission des entreprises. Le projet de transformation du fonds de commerce en patrimoine d'affectation a perdu de son intérêt* ».

²⁵¹ V. G. Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne, n°127, estimant que l'entreprise « *met le travail au service du capital* », qu'elle « *donne aux capitalistes la propriété et la direction de l'exploitation* » et que le propriétaire, en tant que propriétaire de l'entreprise qui est, dans le même temps, propriétaire de la matière première et de l'outillage, qui se procure la main d'œuvre dont il a besoin par le contrat de travail est le propriétaire des produits du travail. « *Si l'entreprise appartient à une société par actions, le concept de la personnalité morale permet de maintenir en apparence l'identité entre la propriété et la direction. La société est propriétaire de l'actif ; les mandataires de la société dirigent l'exploitation des biens* ». Ripert précise plus loin que l'entreprise est une communauté hiérarchisée et qu'elle a un chef, désigné par les détenteurs du capital mais qui ne représente pas le capital mais l'entreprise qu'il dirige dans l'intérêt commun des forces engagées dans l'entreprise. Dans le même sens, M. Despax, *L'entreprise et le droit* préc.

²⁵² Sur le « problème » politique concernant la conciliation des intérêts des deux collectivités, (associés-actionnaires / salariés), V. P. Didier, *Droit commercial*, T. 1, les sources, l'entreprise individuelle, coll. Thémis droit privé, PUF, 1992, p.210 ; V. aussi P et P Didier, *Droit commercial*, T. I. Introduction générale, l'entreprise commerciale, coll. Corpus droit privé, Economica, 2005, n°223 et s. mettant en évidence

facteurs économiques de production par les liens de droit qu'elle crée avec chacun. Disposant d'un patrimoine, d'un capital social, elle est propriétaire des moyens matériels de production. Sa capacité juridique lui permet de conclure des contrats de travail par lesquels elle réserve la force de travail des travailleurs et acquiert « à la source » les fruits de leur activité. La constitution de société est donc un moyen juridique de concentrer les facteurs de production, le capital et le travail, et de réserver le fruit de leur exploitation, par l'appropriation du travail. Paul et Philippe Didier vont d'ailleurs jusqu'à estimer que les activités industrielles « spéculent » sur le travail des salariés et que cette spéculation est l'un des éléments permettant de conclure à la commercialité de l'activité des industries manufacturières, élément qu'ils appliquent ensuite à l'industrie minière. « *L'industrie qui fait appel au travail salarié, 'achète' ou du moins loue le travail de ses salariés et le 'revend' incorporé à ses produits : elle est une activité d'achat-vente appliquée à cette marchandise particulière qu'est le travail humain* »²⁵³. Michel Despax va même plus loin, considérant que l'entreprise n'est plus « *un simple agrégat d'éléments matériels constituant une cellule économique de production, mais comme un organisme social formé de l'union intime de cette cellule économique et de la cellule sociale qui y est implantée* »²⁵⁴. Dès lors les « *éléments humains qui constituent la cellule sociale* » représentent un véritable « *élément constitutif* » de l'entreprise, au même titre que les éléments matériels nécessaires à la production. Au-delà de la création d'une société, qui peut apparaître comme la technique juridique la plus appropriée pour faire reconnaître l'existence d'une entreprise, c'est l'existence de cette entreprise qui permet une véritable patrimonialisation du travail. C'est en ce cas l'entrepreneur individuel qui bénéficie de l'appropriation du travail.

78. **L'entreprise, outil d'appropriation du travail.** L'entreprise permet d'approprier les fruits du travail personnels accumulés sur le long terme, soit en en reconnaissant la valeur²⁵⁵,

désormais trois collectivités : apporteurs de travail, apporteurs de capitaux et groupe des dirigeants. V. aussi M. Despax, *L'entreprise et le droit*, préc., mettant en évidence que la notion d'entreprise est importante en droit du travail et, parallèlement, que le droit du travail participe de manière importante à sa définition, V. spéc. n°236 et s. consacrés à l'entreprise en tant que « *cellule sociale* » : « *A la cellule économique que constitue l'entreprise tend à se superposer une cellule sociale constituée par la communauté des travailleurs qui participent à l'œuvre de production de l'entreprise* ». Il met ensuite en évidence que le droit du travail intègre les salariés à l'entreprise, dont la cellule sociale transcende dès lors l'organisation familiale. Les dispositions relatives au transfert d'entreprise sont ici fondamentales.

²⁵³ P. et P. Didier, *Droit commercial*, préc., p.215 rappelant l'arrêt de la chambre criminelle du 8 août 1967 (D.P. 1968, 1, 41) confirmé par la chambre des requêtes (Req. 20 octobre 1908 : D.P. 1901, 1, p.246) et le débat entre Pardessus et Thaller à propos de cette qualification de « *spéculation* ».

²⁵⁴ M. Despax, *L'entreprise et le droit*, préc., n°242.

²⁵⁵ L'apport en industrie constitue un apport au même titre que l'apport en numéraire ou en nature.

soit en permettant la transmissibilité²⁵⁶, soit en assurant la protection contre les intrusions d'autrui²⁵⁷. L'entreprise permet aussi de capitaliser le travail d'autrui : la conclusion de contrats de travail permet l'acquisition à la source des fruits du travail des salariés, dont la valeur est affectée à l'entreprise ; les contrats de travail sont liés non à la personne de l'employeur mais à l'activité exercée dès lors qu'elle est organisée sous forme d'entreprise²⁵⁸. La propriété des fruits du travail est donc accumulée au profit de l'entrepreneur quand le salariat ne donne droit qu'à rémunération. C'est donc moins le travail personnel qui confère vocation à la propriété que l'exercice de l'activité à ses risques et périls par l'entrepreneur. L'investissement et la responsabilité fondent ici le droit de propriété.

2. Captation du travail salarié par le contrat de travail

79. **Objet de l'obligation.** L'objet du contrat de travail, contrat de louage, est, selon le Professeur Revet, la force de travail du salarié. Ceci est rendu possible par la distinction du sujet et de l'objet, qui, quoique parfois délicate²⁵⁹, est indispensable à l'appropriation²⁶⁰. Et si l'homme ne peut disposer d'une propriété sur son corps²⁶¹, encore qu'il lui soit propre,

²⁵⁶ Soit par la cession de l'entreprise, soit par la cession de parts sociales ou actions, soit par dévolution à cause de mort des mêmes titres.

²⁵⁷ C'est le cas notamment du parasitisme.

²⁵⁸ Ctrav., art. L.1224-1 et s.

²⁵⁹ La délicatesse de la distinction tient aussi à l'ambiguïté de la définition de l'objet de l'obligation. V. par exemple J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, T.1 L'acte juridique, 11^e éd., Armand Colin, 2004, n°234, qui distinguent entre objet de la convention (ou du contrat) et objet de l'engagement (ou de l'obligation) et concluent que « cette maladresse d'expression n'a pas de justification particulière. En réalité, les dispositions du Code concernant l'objet de l'obligation, c'est-à-dire ce à quoi le contractant s'est engagé : donner, faire ou ne pas faire (art. 1128). Pour autant, la formule « objet du contrat » est relativement usitée en doctrine. Les auteurs l'utilisent pour désigner, tantôt l'opération contractuelle réalisée, envisagée dans son but, afin d'en apprécier la licéité, tantôt, l'obligation principale à laquelle il donne naissance, ce qui permet la classification des contrats spéciaux. Pour n'être pas fausses, ces utilisations de la formule « objet du contrat » entretiennent une certaine équivoque et créent un risque de confusion avec l'objet de l'obligation, le seul qui soit véritablement et directement pris en compte par le Code. Elles sont au surplus de nature à induire en erreur dans la mesure où « l'objet du contrat » peut ne pas se limiter à la production d'obligations et comporter d'autres effets, extinctifs ou translatifs de droit, par exemple ». Or la définition classique de l'obligation du salarié est bien la mise à disposition de la force de travail. Le salarié a une obligation de faire (mettre à disposition) quelque chose (l'objet du contrat est donc la force de travail). Le salarié a donc l'obligation de se tenir (d'être) à la disposition de l'employeur. On comprend que la qualification d'obligation de faire quelque chose se rapproche ici d'une obligation d'être quelque chose.

²⁶⁰ T. Revet, *La force de travail*, préc., p.55 et s.

²⁶¹ M. Marzano, *Philosophie du corps*, Puf, Que sais-je ?, 2007 ; M. Marzano, *Je consens, donc je suis, Ethique de l'autonomie*, Paris, Puf, 2006 ; Comp. D. Deroussin, « Personnes choses, corps », in E. Dockès et G. Lhuillier (dir.), *Le corps et ses représentations*, Litec, 2001, coll. Théories et droit, p.79 qui présente la distinction des personnes et des choses dans une approche historique nourrie et constate que si le corps apparaît *a priori* relever de la catégorie des choses, il est perçu par la doctrine contemporaine majoritaire comme relevant plutôt de la personne. V. spéc. p.124 et s. et notamment p.135, citant le professeur Terré : « comment pourrais-je (...) avoir un droit sur mon corps, puisque mon corps, c'est moi ? » ; V. également, notant les paradoxes de la

l'homme ne peut disposer d'une propriété sur sa force de travail. Le Doyen René Savatier notait déjà que « *la disparition de l'esclavage, et l'avènement, à la place de celui-ci, du 'louage d'ouvrage ou de services', avaient sans doute traduit un progrès comptable autant qu'une prise de conscience du caractère inaliénable de la personne. Acheter le travail au lieu d'acheter l'homme, c'est serrer, de beaucoup plus près, la réalité économique des biens qu'on se propose d'acquérir. C'est pourquoi on risque encore à ne pas distinguer suffisamment l'homme de la valeur comptable représentée par son travail* »²⁶². L'utilité du contrat de travail est donc la distinction de la subordination de l'esclavage. Il ne s'agit donc pas d'établir un rapport d'appropriation, mais au contraire, l'indépendance du travailleur et le caractère inappropriable de sa personne. C'est donc moins le principe de la vocation propriétaire de l'employeur que la limitation de cette vocation et de ses pouvoirs que vise le droit du travail, le contrat de travail devenant l'outil de cette limitation, ne serait-ce que par la reconnaissance de la liberté contractuelle du salarié. Par ailleurs, l'obligation de l'employeur consiste certes en principale à rémunérer le salarié mais aussi, comme il a déjà été dit, à assurer sa sécurité physique et morale, sociale et professionnelle. Ses obligations dépassent le seul paiement du prix du travail fourni, dont la valeur n'est d'ailleurs pas évaluée en tant que telle, et si elle l'était, elle n'aurait pas valeur juridique dans la mesure où le salaire, qui constitue la « *caractéristique majeure de la rétribution salariale* », a un « *caractère forfaitaire* » et est « *indépendant* » de « *l'utilité effective de la force de travail* » pour reprendre les termes du Professeur Revet²⁶³, et ne serait qu'un argument de gestion ou de négociation individuelle du salaire. La rémunération n'est donc pas le paiement du prix des fruits du travail acquis mais bien la « *contrepartie d'une disponibilité effective* »²⁶⁴ (le salarié doit être à la disposition de l'employeur, cette disponibilité est évaluée en termes de temps de travail effectif) et pas nécessairement « *active* »²⁶⁵ car le temps

législation contemporaine mais insistant finalement sur le droit exclusif qu'une personne détient sur son corps et la qualification de chose du corps humain, F. Zenati-Carsaing et T. Revet, *Manuel de droit des personnes*, PUF, coll. Thémis, 2006, n°268 : « *dans le même temps, se produit une évolution majeure de la représentation du corps humain. On a cessé de considérer qu'il n'était que le support de la personne pour le promouvoir au rang même de personne. Ainsi fut introduite en droit la notion de personne humaine, distincte de celle de sujet. (...) Cette législation est pourtant paradoxale : si, d'un côté, elle promeut les valeurs humanistes exacerbées par l'instrumentalisation du corps, sous d'autres aspects, elle consacre et régit l'entrée du corps humain dans le commerce juridique. Une telle ambivalence n'est jamais que le reflet des contradictions de la société dont les lois bioéthiques ne peuvent qu'être l'écho. La découverte du droit applicable au corps humain impose d'en identifier la nature juridique. Le corps s'avère être objet d'appartenance. C'est pourquoi le sujet de droit est pourvu, à l'égard de son corps, d'un pouvoir exclusif et d'un pouvoir de disposition* ».

²⁶² R. Savatier, « Le droit et l'échelle des valeurs », in *Mélanges Rouhier*, p.441, spec. p.450, estimant aussi que traiter du contrat de travail au titre de louage et le placer entre le louage d'immeuble et le louage d'animaux relève d'une « *inconsciente méconnaissance de la dignité humaine* ».

²⁶³ T. Revet, *La force de travail*, préc. n°246.

²⁶⁴ T. Revet, *La force de travail*, préc. n°312.

²⁶⁵ T. Revet, *La force de travail*, préc. n°314.

de travail effectif recouvre des temps non productifs (formation, repos, pauses susceptibles d'être interrompues, etc.). Les obligations accessoires de l'employeur, et notamment l'obligation de sécurité (dans toutes ses dimensions : physique et morale, sociale et professionnelle) ou l'obligation de formation, démontrent par ailleurs que les obligations réciproques des parties portent sur un objet plus complexe que le seul fruit du travail, la plus-value réalisée grâce au travail du salarié, sa nature étant plus personnelle que cela. C'est à ce titre que Georges Ripert considère que « *le travail, c'est l'homme* » et qu'Alain Supiot rappelle que le salarié est engagé « *en son corps* ».

80. **Objet du contrat.** Certains définissent l'objet du contrat de travail²⁶⁶ comme étant la prestation du salarié : le salarié fournit une prestation conformément à la mission qui a été définie contractuellement. L'employeur rémunère cette prestation. Il est donc essentiel de déterminer les limites de cette prestation. Ces limites doivent être déterminées quant au temps (horaires de travail), quant au lieu (lieu de travail, mobilité géographique) et quant à leur nature (poste occupé, tâches à accomplir, missions ou objectifs). Selon le Professeur Supiot, l'obligation de prestation oblige le salarié en son corps²⁶⁷. Il en vient donc à critiquer la qualification d'obligation de faire ou ne pas faire, choisie par le Professeur Jean Savatier, qui considère que le salarié n'abandonne pas son corps à la volonté de l'employeur en remarquant que l'argumentation du Professeur est fondée sur l'analyse de jurisprudences qui ont justement vocation à donner les limites à l'emprise physique de l'employeur sur le corps du salarié (fouilles, alcootests, visite médicale, droit de retrait du salarié, etc.), et en notant que « *si cette emprise physique n'existait pas, pourquoi a-t-il fallu l'encadrer juridiquement ? N'est-ce pas justement parce qu'on est en présence d'une exception au principe d'inaliénabilité du corps humain ? La banale obligation de faire ou de ne pas faire, à laquelle on prétend réduire ici l'obligation du salarié, n'appelle pas ordinairement une jurisprudence sur les fouilles ou l'alcootest !* »²⁶⁸. Il critique ensuite le Professeur Chabas considérant au contraire, d'une part, qu'il y a bien acte sur le corps humain dès lors que celui qui s'engage engage son corps et sa volonté et, d'autre part, que la proposition de Chabas de considérer que

²⁶⁶ Il faut entendre l'expression 'objet du contrat' au sens d'obligation principale permettant la qualification et la classification des contrats, c'est-à-dire « *l'objet central autour duquel s'organisent l'équilibre et l'économie du contrat* », J. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969, p.31, c'est-à-dire au sens défini par MM. Ripert et Boulanger dans leur traité élémentaire de droit civil, spéc. T. II., 1958, p.99, n°241. V. dans le même sens, J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 1993, n°679.

²⁶⁷ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, préc., p.54 : « *le statut juridique du corps dans la relation de travail ne dépend pas en effet de la nature « manuelle » ou « intellectuelle » de ce dernier. (...) Dans tous les cas la capacité de travail se trouve subordonnée à une capacité physique, et tous les événements qui affectent celle-ci affecteront celle-là (...). Le travail « intellectuel » connaît d'ailleurs ses pathologies spécifiques et la fatigue nerveuse est en passe de devenir dans nos sociétés la forme la plus fréquente et la plus visible de l'usure physique des travailleurs* ».

²⁶⁸ A. Supiot, préc., p.58.

ce n'est pas tant le corps que la personne qui est engagée ne résout pas la difficulté théorique à expliquer comment la personne (ou son corps) peut constituer l'objet d'un contrat, c'est-à-dire une chose dans le commerce²⁶⁹. Selon lui, « *le défaut de toutes ces analyses est de refuser d'affronter l'antinomie fondamentale entre le postulat contractuel, dont il faut bien prendre acte, puisque la relation de travail y demeure soumise en droit positif, et le postulat de la non-patrimonialité du corps humain, dont il faut assurer le respect* »²⁷⁰. Il rappelle que « *la personne physique constitue l'objet de la prestation du salarié. Le corps est le lieu, le passage obligé de la réalisation des obligations du travailleur, il est la chose même qui forme la matière du contrat. Parler du caractère personnel de la relation de travail est à la fois ambigu, dangereux et insuffisant* »²⁷¹. Il en vient donc à proposer une nouvelle qualification de l'obligation du salarié.

81. **Qualification de l'obligation.** Comment qualifier les obligations des parties ? Pour l'employeur, il s'agit principalement d'une obligation de donner, obligation en numéraire qui est donc une obligation de résultat. L'employeur doit aussi fournir du travail au salarié²⁷² : l'activité du salarié étant la cause même du contrat, l'employeur doit mettre le salarié en mesure de lui fournir sa prestation. Pour le salarié, il ne peut s'agir que d'une obligation de faire, si l'on se reporte à la classification de l'article 1101 du Code civil. Pourtant, cette qualification ne rend pas compte de la réalité de la situation dans laquelle le salarié est placé. L'obligation de faire implique la réalisation d'une chose (bien ou prestation) déterminée. « *Or le contrat de travail n'est pas un simple contrat d'entreprise ; en d'autres termes, le salarié ne s'engage pas seulement à faire quelque chose pour l'employeur. La qualification d'obligation de faire ne rend pas compte de la complexité des engagements pris dans un contrat de travail lequel met clairement en jeu plus que la seule activité du salarié* »²⁷³. Le Professeur Fabre-Magnan souhaitant distinguer le contrat de travail et le contrat d'entreprise par la définition de l'obligation qui en est l'objet, rappelle aussi que le contrat de travail, contrairement au contrat d'entreprise n'est pas un « *contra[t] de prestation de services, qui engendr[e] une simple obligation de faire* », en contrepartie d'une rémunération. En effet, reprenant à son compte la thèse du Professeur Supiot, elle considère que c'est le corps même du salarié qui est engagé par le contrat de travail²⁷⁴ et que seule la consécration d'une

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ *Ibidem*, p.59.

²⁷¹ *Ibidem*, p.59-60.

²⁷² Cass. soc. 17 février 2010 : RDT 2010, p. 292, note J. Péliissier ; DS 2011, p. 95, note C. Radé. Cette obligation implique que l'employeur doit indemniser les salariés en cas de chômage partiel.

²⁷³ M. Fabre-Magnan, « Le contrat de travail défini par son objet », in *Le travail en perspectives*, dir. A. Supiot, p.101.

²⁷⁴ V. aussi, M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, coll. thémis droit privé, PUF, 2004, n°136, spec. p.354, Le corps humain objet de contrat, précisant qu'ainsi l'employeur « *acquiert directement l'activité du salarié, à la source pourrait-on dire (...) et non pas seulement le résultat de ce travail* ».

obligation de *praestare* pourrait rendre compte de la complexité de cet engagement. Le Professeur Supiot rappelle en effet que si tous les contrats de prestation de service, finalement les contrats d'entreprise, mais plus spécialement ceux qui ont pour objet une activité humaine (libérale ou artisanale par exemple) impliquent un fort engagement de la personne du prestataire, « dans tous ces contrats – hors le contrat de travail – ce n'est pas le débiteur lui-même qui forme la matière de l'engagement »²⁷⁵. Le débiteur n'est d'ailleurs pas tenu d'exécuter personnellement le contrat mais simplement de parvenir à un résultat ou de mettre en œuvre tous les moyens permettant d'y parvenir. Au contraire, en ce qui concerne le contrat de travail, c'est le débiteur qui est personnellement tenu, et l'obtention ou non du résultat n'entre pas en ligne de compte (ou de manière très limitée) dans l'appréciation de l'exécution du contrat²⁷⁶. Le Professeur Fabre-Magnan rappelle les classifications romaines classiques de Paul et Gaius entre obligations de transférer la propriété, de faire ou de fournir quelque chose. Comme le bailleur en matière de bail, le contrat de travail obligerait le salarié à fournir quelque chose, ici, son travail. Cette obligation de fournir se distinguerait tant de l'obligation de donner que de l'obligation de faire : elle se distinguerait de l'obligation de donner en ce qu'elle ne transférerait aucune propriété sur la chose fournie (la force de travail) et de l'obligation de faire en ce qu'elle confère au locataire des droits sur la chose fournie (pouvoir de direction de la force de travail), et notamment le droit à l'acquisition des fruits, contrairement au contrat de dépôt. « L'obligation de faire qui ne contient par hypothèse aucun transfert de propriété n'explique pas que l'employeur soit, dès l'origine, propriétaire des résultats du travail du salarié ». Or, avec le contrat de travail, « c'est le travail du salarié qui est payé, et non pas son résultat »²⁷⁷. Ainsi, contrairement au contrat d'entreprise, les fruits du travail sont acquis à l'employeur « à la source », parce qu'il rémunère la mise à disposition du travail et en acquiert les fruits²⁷⁸. Suivant ce raisonnement, l'obligation de faire ne semble *a priori* pas convenir non plus à tout contrat d'entreprise²⁷⁹ : l'obligation de faire ne suffit pas non plus à expliquer pourquoi le commanditaire devient

²⁷⁵ A. Supiot préc., p.60.

²⁷⁶ L'insuffisance de résultats n'est pas en soi une cause de licenciement, il conviendra de démontrer par des faits précis l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement imputable au salarié et préjudiciable à l'entreprise.

²⁷⁷ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, coll. Quadrige, PUF, 2^{ème} éd. 2002, p.60.

²⁷⁸ Comp. C. Orliac, *Le contrat de travail*, PUF, 1969, coll. Que sais-je ?, n°1332, p.10 ; J. Rivéro et J. Savatier, *Droit du travail*, préc., p.76 ; T. Revet, « L'objet du contrat de travail », préc. ; rappelant le principal effet du contrat de travail recherché par l'employeur : l'acquisition des fruits du travail.

²⁷⁹ V. en ce sens, J. Overstake, préc. classant les contrats d'entreprise, d'assistance ou d'éducation et le contrat de travail dans les contrats non translatifs ayant pour objet un travail, par opposition aux contrats translatifs, d'une part, et aux contrats non translatifs ayant pour objet un service (usage et jouissance d'une chose, garde d'une chose, attribution de crédit ou protection contre certains risques) ou une abstention.

propriétaire du résultat de l'activité du commandité. On ne saurait arguer d'une obligation de résultat du commandité, par opposition au salarié. D'une part, certains contrats de travail comprennent une clause d'objectifs qui impose au salarié la réalisation d'un résultat minimal, l'absence d'exécution de l'obligation permettant le licenciement pour cause réelle et sérieuse. D'autre part, tous les contrats d'entreprise ne mettent pas en place une obligation de résultat²⁸⁰. D'ailleurs, le droit de la concurrence et le droit de la consommation n'hésitent pas à évoquer la prestation de services pour désigner des hypothèses que couvre le contrat d'entreprise²⁸¹. La notion de prestation devient de plus en plus importante : on parle aussi bien de commandité et du commanditaire, que du prestataire (ou de l'entrepreneur) et de son client, l'expression 'maître de l'ouvrage' étant inadaptée à nombre de situations qualifiées de contrat d'entreprise. L'idée de prestation (dans le sens donné par Mme Fabre-Magnan²⁸²) est sans doute plus adaptée à définir l'objet de certains contrats d'entreprise que celle d'obligation de faire. La notion est plus souple. L'obligation de faire est neutre quant au contenu de l'obligation à exécuter. En revanche, si l'obligation de prestation implique une exécution personnelle²⁸³, elle ne peut concerner que le contrat de travail ou, éventuellement, les contrats d'entreprise conclus *intuitu personae*. L'obligation de faire renvoie à l'exécution d'une tâche,

²⁸⁰ L'exemple le plus typique reste celui de l'obligation de soin du médecin (V. Civ. 1^{re}, 12 déc. 1995 : pourvoi n°93-19437 ; Bull. n°461 : « *la faute du médecin ne peut se déduire de la seule absence de réussite de l'acte médical [notons que l'acte a réussi sur le plan « fonctionnel» mais pas « esthétique»] et de l'apparition d'un préjudice, lequel peut être en relation avec l'acte médical pratiqué sans l'être pour autant avec une faute* »), de celle du devoir de conseil et d'information des banquiers (V. Civ. 1^{re}, 15 mai 2002 : pourvoi n°99-19958 : l'obligation n'est renforcée qu'en cas de faiblesse intellectuelle des emprunteurs et de leur incapacité pratique à mesurer la portée de leur emprunt), avocats (V. Civ. 1^{re}, 2 avril 1997 : pourvoi n°94-21815 : la mission d'assistance en justice emporte pouvoir et devoir de conseiller la partie et de présenter sa défense sans l'obliger).

²⁸¹ Pour une étude de la notion, B. Grelon, *Les entreprises de service*, thèse, Economica, 1978.

²⁸² Et non dans le sens généralement utilisé pour évoquer l'objet de l'obligation : la prestation fournie, cf. J. Ghestin, préc. n°676 et s., J. Overstake, préc. p.26, G. Marty, P. Raynaud et P. Jestaz, *Droit civil, les obligations*, T. II, le régime, 2^e éd., Sirey, 1989, n°8. V. aussi J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations, 1. l'acte juridique*, préc., n°235 et s., assimilant obligation de faire et prestation.

²⁸³ J. Overstake, préc., p.79 : « *une obligation de faire a un caractère personnel quand le fait à accomplir met en jeu les qualités strictement individuelles du débiteur* », opposant ensuite l'engagement d'un peintre à exécuter un portrait et l'obligation du propriétaire de faire des réparations sur l'immeuble loué. La distinction est importante en ce qu'elle détermine la possibilité ou non d'exiger une exécution forcée en nature. V. spéc. les développements relatifs aux articles 1142, 1143 et 1144 du Cciv. V. aussi, p.84, distinguant les obligations de faire selon que l'intervention du débiteur est nécessairement active ou non pour exécuter l'obligation : « *le débiteur qui s'est engagé à exécuter une obligation de faire aura à déployer un effort physique ou intellectuel plus ou moins grand selon le fait qu'il aura à accomplir. Cet effort connaîtra son intensité maximale lorsque le débiteur s'engage à exécuter un travail. La notion de travail englobe l'idée de peine : c'est une « obligation pénible », une activité qui provoque une dépense d'énergie vitale et qui entraîne une fatigue. Cette peine vient des résistances rencontrées par le travailleur du côté de la matière sur laquelle il travaille. Le travail peut être matériel ou intellectuel.* » Le travail peut être libre ou subordonné, et la distinction mise en œuvre par Overstake entre prestations de travail et prestations de services, inclut bien dans la première catégorie les contrats de travail et d'entreprise, alors que la seconde est consacrée aux louages de choses, à l'assurance et au prêt d'argent, ainsi qu'au contrat de dépôt.

matérielle ou intellectuelle ; l'obligation de prestation renvoie à la mise en œuvre de moyens en vue de l'obtention d'un résultat et à une exécution successive. Dans l'acception proposée par le Professeur Supiot, l'obligation de prestation met par ailleurs en exergue l'analyse causale qui permet d'emporter transfert de la propriété du résultat obtenu. Le transfert de propriété est l'accessoire de l'obligation principale (mettre en œuvre des moyens pour parvenir au résultat) : si le résultat est obtenu, sa propriété est transférée, l'obligation principale ayant pour cause l'obtention du résultat pour le compte du maître de l'ouvrage, qui a vocation à s'approprier le résultat. L'obligation de prestation comprend donc essentiellement un engagement à satisfaire à des obligations de faire et accessoirement des obligations de donner. La distinction du contrat d'entreprise, du contrat de vente et du contrat de travail requiert un critère « économique » fondé sur l'analyse en terme d'accessoire et de principal entre les valeurs réciproques de la matière et de l'ouvrage fourni, entre les obligations de faire et de donner ; et un critère « organisationnel » fondé sur le degré d'indépendance de l'entrepreneur dans la conception du produit final, la durée de l'engagement et le degré de précision de l'objet des obligations de faire. La plupart du temps, la distinction des contrats s'opère donc simplement sur la prestation caractéristique du contrat (obligation de *praestare* ou de faire pour le contrat d'entreprise, obligation de donner pour la vente, obligation de *praestare* pour le contrat de travail) et quand les circonstances de fait sont particulièrement proches, elle se fonde, comme celle du contrat de travail et du contrat d'entreprise, sur l'indépendance de celui qui travaille²⁸⁴. Seule la nature de la prestation permet donc de distinguer les contrats : c'est soit une prestation subordonnée (contrat de travail) ; soit une prestation indépendante (contrat de commande) ; soit une prestation libre, en dehors de tout lien d'engagement (contrat de vente : la prestation n'entre même pas dans le champ contractuel, le contrat n'a donc pour objet que le transfert de propriété et ne prend pas en compte l'activité de production, si ce n'est économiquement, dans le calcul du prix de la chose – comme par exemple le travail de l'artisan boulanger qui vend le produit de son travail). La définition du travail pourrait ainsi dépasser l'objet du contrat de travail, en tout cas, si on le définit comme une prestation ou une industrie personnelle²⁸⁵. Pour reprendre la définition de Ripert et Boulanger²⁸⁶, « le louage

²⁸⁴ L'hypothèse la plus courante consiste en la distinction du contrat d'entreprise et du contrat de travail par l'analyse de la situation juridique du travailleur (dont le travail est soit indépendant, soit subordonné). Mais la distinction, parfois nécessaire, du contrat de vente et du contrat d'entreprise requiert aussi l'analyse de la situation juridique du travailleur : l'indépendance se situe ici en amont dans la conception même de l'objet du contrat et non plus dans les conditions de réalisation.

²⁸⁵ S. Becquet, *Le bien industriel*, préc.

²⁸⁶ G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après Planiol*, T.3, contrats civils, 1958, n°2062.

d'ouvrage consiste à exécuter un travail pour une personne sans être à son service »²⁸⁷. La distinction des contrats de louage d'ouvrage et de service repose donc sur les conditions d'exécution – essentiellement le degré d'indépendance – du contrat²⁸⁸ et la définition de l'objet de l'obligation (déterminée ou non). . Comme le contrat de travail permet la mise à disposition de la force de travail au point que l'employeur peut la diriger car, même si la mission du salarié est contractuellement déterminée, les conditions de travail du salarié, le cadre, les objectifs de la mission sont, en principe, fixés unilatéralement par l'employeur, l'entrepreneur met à disposition de ses clients son savoir-faire, sa compétence, son industrie, et, s'il en conserve la direction, sa relation avec son client est limitée à une prestation déterminée mais consiste néanmoins en une prestation. En revanche, l'entrepreneur s'engage à réaliser un produit ou un service déterminé dans un temps donné, alors que le salarié s'engage à mettre à disposition sa force de travail pour réaliser les travaux et missions qui lui sont confiées par l'employeur pendant un temps en principe indéterminé²⁸⁹. L'objet de l'obligation de l'entrepreneur est déterminé, celui du salarié est déterminable, la détermination précise étant laissée à l'appréciation de l'employeur dans les limites fixées par le contrat de travail et le statut collectif. Enfin, l'entrepreneur assume les risques de l'exploitation, de son activité, contrairement au salarié. L'obligation de *praestare* n'emporte donc pas garantie de la bonne réalisation du travail à fournir. Hors la faute lourde, la mauvaise exécution du contrat n'engage pas sa responsabilité pécuniaire et ne peut être sanctionnée que disciplinairement ou par la rupture du contrat²⁹⁰.

82. **Appropriation des fruits du travail.** L'exigence d'un objet susceptible d'appropriation impose de ne retenir finalement que l'appropriabilité des fruits du travail. On

²⁸⁷ Dans le même sens, J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux*, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 2^e éd., 2001, n°32102.

²⁸⁸ V. aussi F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 9^e éd., Coll. Précis droit privé, Dalloz, 2005, n°830 et surtout 831, analysant la responsabilité du fait d'autrui, et notamment du fait des préposés, et mettant en exergue l'autorité comme élément fondateur de la préposition, autorité qu'on discerne essentiellement au sein du contrat de travail du fait de la dépendance juridique, mais aussi, en dehors de la sphère contractuelle, lorsqu'elle résulte des liens de famille, de concubinage, d'amitié ou de complaisance occasionnelle, sans qu'elle puisse ici être assimilée au concept juridique d'autorité parentale. Or, en cas de mise à disposition du salarié par l'employeur et de pluralité de commettants, ces auteurs proposent le règlement du conflit par la détermination de la personne disposant à titre principal de l'autorité sur le salarié. L'autorité même si elle se distingue, dans une certaine mesure, du pouvoir de direction, reste donc prégnante dans la relation salariale et induit une dimension personnelle forte dans la relation entre les cocontractants qui interdit de limiter l'objet du contrat de travail à la simple mise en jouissance d'un bien.

²⁸⁹ Rappelons que le contrat de travail de droit commun est à durée indéterminée et que le contrat à durée déterminée est en principe dérogatoire.

²⁹⁰ Cf. *supra* n°69.

va ainsi pouvoir, comme le fait le Code civil, s'interroger sur l'appropriabilité du travail dans ses rapports à la matière. Le fruit du travail (la transformation de la matière) est incorporé à la matière et se manifeste par la plus-value réalisée sur la matière. Le fruit du travail peut aussi être consacré par une propriété incorporelle, comme c'est le cas des clientèles civiles, dont la Cour de cassation a fini par reconnaître la patrimonialité et la cessibilité²⁹¹. Plus généralement, la plus-value que crée la personne par son travail lui est en principe acquise. C'est ainsi du moins que certains justifient la théorie du parasitisme : elle permet la protection de la valeur ajoutée créée par le travail de l'investisseur ou de l'innovateur. Celui-ci peut la défendre contre les comportements parasitaires d'autrui, qui, à défaut, bénéficierait, sans cause, des investissements entrepris par un tiers. De la même manière, le fruit de l'industrie personnelle d'un des époux est acquis à la communauté²⁹². Cette affirmation ne vaut toutefois que pour l'activité professionnelle, les gains et les salaires. La question des plus-values liées à une activité non plus professionnelle mais de loisirs ou, du moins, bénévole est plus délicate et dépend finalement de la qualité du bien au sein duquel s'est incorporée la force de travail : l'industrie personnelle d'un époux améliorant un bien commun s'incorpore au bien commun et en améliore la valeur²⁹³. La force de travail, l'industrie personnelle peut être valorisée par le biais

²⁹¹ Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2000 : JCP E 2001, p.419, note G. Loiseau ; Defrénois 2001, p.431, note R. Libchaber, RTDciv. 2001, p.130, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTDciv. 2001, p.167, obs. T. Revet.

²⁹² V. sur cette question, W. Dross, « La distinction du titre et de la finance en matière de clientèles civiles après l'arrêt du 7 novembre 2000 », note sous Cass. civ. 1^{re}, 2 mai 2001 : D. 2002, p.759. Le professeur y analyse la possible qualification des clientèles civiles en biens communs. Comparant le sort des clientèles civiles et du fonds de commerce, il rappelle que ces objets sont des biens communs en ce qu'ils constituent des fruits du travail de l'un des époux communs en biens. Il analyse par ailleurs la distinction du titre et de la finance, non pas comme une distinction d'objets de droits patrimoniaux distincts, donc de biens distincts, l'un étant commun et l'autre propre, mais comme une distinction d'objets de droits distincts : en tant que valeurs patrimoniales susceptibles d'appropriation, la clientèle civile et le fonds de commerce sont des biens communs ; en tant qu'objet nécessaire à l'exercice de l'activité du travailleur, la clientèle civile et le fonds de commerce sont gérés par le seul travailleur, qui dispose seul du pouvoir de décider de leur cession, qui a seul vocation à leur attribution en cas de dissolution de la communauté. Il s'agit ici de distinguer l'appropriation, la vocation à bénéficier de la valeur patrimoniale, du pouvoir exercé sur le bien. Le travailleur indépendant, le commerçant exercent seuls le pouvoir de direction de leur force de travail, et sont libres de l'exercer, indépendamment des velléités de leur conjoint, c'est la liberté du travail, qui est ici garantie ; l'époux commun en biens n'a vocation qu'au partage de la valeur du bien.

²⁹³ Sans toutefois donner droit à récompense à l'époux qui a amélioré le bien commun par son industrie personnelle et a permis une plus-value sur ce bien : l'industrie personnelle ne donne jamais ou presque droit à récompense ; l'enrichissement de la communauté n'est pas ici sans cause puisqu'au contraire, il est fondé sur l'industrie d'un des époux (visa de l'article 1401 du Cciv.) : Cass., 1^{re} civ., 18 nov. 1997 : Juris-Data n°04719, JCP G 1998, I. 135, n°14, obs. A. Tisserand, Dr famille janv. 1998, n°11, obs. B. Beignier. On notera que ce n'est pas tant la qualité de l'industrie personnelle (qui pourrait systématiquement augmenter la communauté comme les gains et salaires) qui confère la qualification de biens communs à la plus-value mais la qualité du bien au sein duquel l'industrie personnelle s'est incorporée, puisque l'industrie personnelle déployée pour l'amélioration d'un bien propre ne donne pas droit à récompense en faveur de la communauté.

de son incorporation dans la valeur du bien et de la plus-value dont bénéficie en contrepartie ce bien. Pourrait-on dès lors envisager que la force de travail soit finalement identifiable à cette plus-value, que le droit civil des biens comme le droit patrimonial de la famille prendrait en compte ? C'est moins la force de travail que le résultat du travail fourni en l'espèce, qui est, *a posteriori*, identifiable et évaluable, qui fait l'objet ici d'un dédommagement. Les contrats relatifs à la force de travail (contrat de travail ou contrat de commande) s'intéressent plus à une aptitude à engendrer la plus-value qui reste potentielle et comporte un risque. Et la prise en compte de la plus-value dans le règlement des comptes de la communauté est moins la prise en considération de la force de travail²⁹⁴ en tant que telle que le résultat économique de l'activité professionnelle²⁹⁵. On revient donc finalement toujours à l'analyse précédente. La définition de la force de travail en tant que telle par le droit des biens est impossible. Seul peuvent être appréhendés l'objet déterminé d'une obligation (réalisation d'une commande,

²⁹⁴ Notons que seul le bien créé par un époux pendant le mariage (Cass. civ. 1^{re}, 18 avr. 1989 : Bull. n°153, à propos d'un fonds de commerce ; contra, mais critiqué, CA Grenoble 12 janvier 2004 : Dr famille, déc. 2004, n°229, obs. B. Beignier ; JCP G 2005, I, 128, n°11) ou la plus-value apportée par l'industrie d'un époux commun en biens à un bien commun (cf. note précédente) enrichit la communauté : la plus-value d'un bien propre générée par l'activité du conjoint n'enrichit ni la communauté, ni le conjoint qui a participé à l'émergence de la plus-value : Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 1992 : JCP G 1993, I, 3656, N° 11, obs. A. Tisserand, RTDCiv. 1993, p.410, obs. F. Lucet et B. Vareille ; Civ. 1^{re}, 5 avr. 1993 : Defrénois 1993, art. 35578, p.800, obs. G. Champenois, RTDCiv. 1993, p.638, obs. F. Lucet et B. Vareille, JCP G 1994, I, 3733, n°20, obs. A. Tisserand, la cour précise qu'il ne peut y avoir récompense que lorsqu'il est pris une somme sur la communauté ou qu'un époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté et qu'il s'ensuit que la plus-value procurée par l'activité d'un époux ayant réalisé lui-même certains travaux sur un bien qui lui est propre ne donne pas lieu à récompense au profit de la communauté : l'activité d'un époux n'est pas un « bien » appartenant à la communauté, elle s'incorpore au bien propre et par voie d'accession en prend la nature. Sur l'ensemble de la question, V. G. Collomb, « La clientèle du fonds de commerce », RTDCom. 1979, p.1, spec. n°45 ; F. Terré et P. Simler, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, 4^e éd., Coll. Droit privé, Précis Dalloz, 2004, n°289, critiquant la solution. V. aussi résistant à la solution de la Cour de cassation et considérant la plus-value générée par l'époux commun en biens comme commune, CA Besançon, 9 sept. 1997 : JCP G 1998, I, 183 n°1, obs. P. Simler.

²⁹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 18 mai 1994 : Bull. n°172, confirmant la décision de 1992 en ce qu'elle rappelle que la théorie des récompenses n'a vocation à jouer que lorsqu'il est pris une somme sur la communauté ou plus généralement lorsqu'un époux en tire un profit personnel et que tel n'est pas le cas lorsqu'un époux a par ses travaux personnels améliorer un bien propre et qui précise qu'il « *n'est pas contesté que la construction litigieuse a été réalisée par le mari, non pas pendant ses heures de travail, mais durant ses moments de loisir, qu'il n'était pas tenu de consacrer à la conservation ou à l'amélioration des biens communs* », la cour semblant indiquer ainsi que si la force de travail employée pendant le temps de travail et à l'occasion de l'activité professionnelle enrichit la communauté, tel n'est pas le cas de l'industrie personnelle employée pendant les loisirs. Il semble donc que seuls les résultats de la force de travail entendue au sens d'activité professionnelle enrichit la communauté, si l'industrie personnelle n'a pas lieu au détriment de l'activité professionnelle, elle ne donne pas droit à récompense. V. cependant CA Paris, 23 mars 2003 : Dr. famille 2003, comm. 120, note B. Beignier ; JCP G 2004, I 129, obs. A. Tisserand ; RTDCiv. 2004, p. 132, obs. B. Vareille ; V. notamment le commentaire du professeur Vareille s'interrogeant sur le point de savoir si l'industrie personnelle d'une ampleur exceptionnelle ne doit pas tendre à la qualification d'activité quasi-professionnelle donnant droit à récompense.

fourniture d'une prestation, temps à la disposition de l'employeur, etc.) ou la plus-value réalisée sur le bien transformé par le travail. Leur évaluation est nécessaire pour déterminer la rémunération ou l'indemnisation du travail. La contrepartie financière ainsi payée fait l'objet d'une appropriation par le travailleur (celui qui a personnellement réalisé le travail), qui, à ce titre, a droit aux fruits de son travail. Celui qui a payé la contrepartie financière n'a pas lui acquis la force de travail d'autrui : il conserve la propriété de la matière qu'il a éventuellement fournie et qui a été transformée et acquiert la vocation à la propriété de la plus-value qui sera éventuellement réalisée du fait du travail. La contrepartie financière ne compense pas ici la perte d'un monopole de propriété. Le patrimoine du travailleur n'est pas modifié dans sa structure et n'est pas équivalent : il augmente par la perception de revenus, sans s'appauvrir en contrepartie. L'employeur et le donneur d'ouvrage acquièrent ainsi la propriété des fruits du travail « à la source ». Les louages d'ouvrage, d'industrie ou de service, contrats de travail ou d'entreprise, comme on voudra les nommer, sont bien des outils de captation, à la source, des fruits du travail. Si dans les deux cas, salariat ou travail indépendant, le travailleur bénéficie d'un droit de créance, au titre de la rémunération de son industrie, seul le salarié bénéficie de droits personnels tels qu'on puisse évoquer l'existence d'un véritable statut du salarié, dépassant une simple logique d'appropriation.

B. Droits personnels du travailleur salarié : rémunération et statut

83. **Droit à rémunération.** Sauf à être bénévole, le travail, dès lors qu'il est productif de valeur et permet l'enrichissement d'autrui, a vocation à être rémunéré. Le droit n'admet pas, sauf cas particulier du bénévolat et du don, qui exigent l'un comme l'autre une manifestation claire et non équivoque de volonté²⁹⁶, l'enrichissement sans contrepartie. L'enrichissement sans cause, la gestion d'affaires, le parasitisme, la théorie des récompenses permettent d'indemniser celui qui a fourni des efforts dont un tiers a profité. *A fortiori*, le travailleur qui vit de l'exploitation de sa force de travail a-t-il vocation à être rémunéré. En matière de salariat, la rémunération n'est toutefois pas proportionnelle, comme on l'a vu, à la productivité ou à l'utilité effective de la valeur produite. La rémunération du salarié ne peut donc être considérée comme la contrepartie de l'enrichissement de l'employeur mais comme la contrepartie de la sujétion subie par le salarié, qui se tient à la disposition de l'employeur (dans les limites du contrat de travail), qui se place sous sa direction et qui fait bénéficier l'employeur des résultats

²⁹⁶ Au-delà du don d'usage, les libéralités connaissent un régime juridique particulier. En matière de bénévolat, les organismes de sécurité sociale sont vigilants à la qualification de la relation et à l'absence réelle de contrepartie ; l'engagement bénévole ne serait par ailleurs être excessif ou sous subordination. Hors le droit rural, l'entraide familiale est également susceptible de requalification en contrat de travail.

de la mise en action de sa force de travail (et partage donc avec lui la jouissance de cette force de travail). La rémunération est donc en premier lieu la contrepartie d'une sujétion (d'où son caractère forfaitaire, d'où l'existence d'un minimum légal garanti) et en second lieu la compensation de l'enrichissement de l'employeur (d'où la variation du salaire en fonction des compétences du salarié, variation déterminée par les *minima* conventionnels ou la négociation individuelle ; d'où des mécanismes de rémunérations variables ou de primes récompensant la production des salariés). Dès lors que le salarié est appréhendé comme une partie plus faible dans le rapport contractuel, le droit du travail se construit dans une dynamique de protection par la création d'un statut contribuant à rééquilibrer les positions des parties. C'est à ce titre que le droit du travail est apparu d'abord comme un droit industriel puis un droit ouvrier, voire un « droit de classe »²⁹⁷. Le Professeur Gérard Lyon-Caen a pu toutefois démontrer la relativité de la qualification de « droit de classe », démontrant l'ambivalence du droit du travail²⁹⁸. Cette dynamique statutaire ne pouvait toutefois se mettre en place qu'à la condition de dépasser le dogme de la liberté contractuelle et du statut comme entrave à la liberté du travail.

84. **Liberté du travail et liberté contractuelle, obstacles à la protection.** Diderot, Rousseau, Turgot et les physiocrates s'accordent à critiquer les corporations car la liberté du travail est nécessaire à toute liberté politique. Il en est de même de la liberté contractuelle : l'autonomie de la volonté résulte quasi nécessairement de la conception de l'Homme dans la philosophie des Lumières. La liberté du travail comme la liberté contractuelle exigent donc que le contrat de travail soit libre. Le salarié peut donc disposer de sa force de travail car il est libre de consentir au contrat ou non et « *qui dit contractuel, dit juste* ». Dans une telle optique, l'État n'a pas vocation à intervenir pour réguler les relations contractuelles. Selon Mme Soubiran-Paillet, « *la Révolution modifie toutes les visions antérieures de l'État comme puissance sociale. L'État est érigé en instance de production du social et devient l'agent principal d'unification d'une société d'individus atomisés. Ceci se produit à l'apogée d'un droit naturel formel qui prend naissance au XVIIe et XVIIIe siècle. Les éléments essentiels en sont 'les droits à la liberté' et avant tout la liberté contractuelle. La propriété légitime acquise par un libre contrat avec tous (contrat originaire) ou avec un particulier et la liberté d'en disposer, donc en principe la libre concurrence, sont une des composantes évidentes du droit naturel. Aucune règle ne peut valablement limiter la libre disposition par chacun de la propriété et de la force de travail. Ainsi,*

²⁹⁷ Sur l'analyse de cette qualification, P.-Y. Verkindt, *Le droit du travail*, préc. p.16.

²⁹⁸ G. Lyon-Caen, « Fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Dr. Ouvr.* 1951, p.1. Pour une présentation (une explication et contextualisation) de la théorie de G. Lyon-Caen, V. A. Jeammaud, « Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement », in *Le droit du travail confronté à l'économie*, préc., p.15.

toute 'protection légale des travailleurs', donc toute interdiction concernant le contenu du 'libre contrat de travail' est une intrusion dans la liberté contractuelle »²⁹⁹. Toutefois, l'autonomie de la volonté, déjà considérée comme quasi « mythique » en droit des obligations³⁰⁰, est remise en cause par la nécessité d'une régulation étatique des relations individuelles, spécialement en droit du travail.

85. **La doctrine sociale et la prise en considération du déséquilibre dans les rapports de force.** D'abord, le salariat n'est pas un état de liberté mais signifie, au contraire, subordination. Il est donc nécessaire de prendre en compte les sujétions qu'elle implique. Le point de vue philosophique ne peut par ailleurs occulter les considérations économiques. En termes de libertés fondamentales, on passe progressivement de la proclamation de la liberté du travail au droit au travail³⁰¹. Le droit au travail joue ici le rôle tenu par la propriété dans la pensée du XVIIIe siècle : il garantit la liberté puisqu'il assure à l'homme une certaine autonomie et lui confère la citoyenneté économique³⁰². Le salarié est si peu libre qu'il importe de le protéger : la volonté n'est pas autonome ; la loi lui impose des limites. Ainsi, le XXe siècle voit la mise en place de la réglementation, légale et collective, du contenu du contrat et de la protection sociale : durée du travail, conditions de travail, assurances sociales, rémunérations minimales, organisation de la résiliation du contrat de travail. Du libéralisme au social, de l'individuel au collectif, « du silence à la parole »³⁰³, le droit met en place progressivement un statut protecteur des salariés. Alors que le Code civil ne consacrait que quelques articles au louage de service, dont le principal consistait en l'interdiction de l'engagement perpétuel, rappelant par trop l'esclavage, un rassemblement des nombreux textes de la matière en un *corpus* cohérent apparaît nécessaire et naît, après une – très – longue gestation, le Code du travail³⁰⁴. Le Code du travail est par ailleurs complété par le Code de la

²⁹⁹ F. Soubiran-Paillet, *L'invention du syndicat (1791-1884), itinéraire d'une catégorie juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, recherches et travaux, n°6, 1999, p.18. Dans le même sens, P.-Y. Verkindt, *Le droit du travail*, préc., p.9 et s.

³⁰⁰ J.-L. Aubert, *Le contrat, Droit des obligations*, Dalloz, coll. connaissance du droit, 3^e éd., 2005, p.24.

³⁰¹ Comp. Constitution de 1791, Constitution de 1793, art. 8 du préambule de 1848 et D. 25 fév. 1848 ; Préamb. de 1946. V. aussi Conseil const., 28 mai 1983, n°83-156 DC ; confirmé par décision n°85-200 DC.

³⁰² V. R. Charvin et J.-J. Sueur, préc., n°125, à noter la citation du discours de Roosevelt au Congrès de 1941, le droit au travail permet la « libération de l'homme du besoin, qui est une des libertés essentielles » et plus loin « le travail, même s'il est contraignant, libère aussi de l'enfermement dans une communauté restreinte où les rapports interindividuels sont des relations privées, régies par un rapport de force mouvant et des chantages affectifs. Il relie aussi l'individu à l'ensemble de la société et assure son existence publique ».

³⁰³ L'expression est empruntée à J. Le Goff, *Du silence à la parole*, préc.

³⁰⁴ La nécessité d'adopter un Code du travail apparaît dès la fin du XIXe siècle. L'adoption du Code du travail est tellement difficile qu'elle se fait livre par livre, le premier étant adopté le 28 décembre 1910 et le dernier livre le 25 février 1927. Le Code du travail a ensuite fait l'objet de deux révisions complètes, en 1973 puis

sécurité sociale et de nombreuses réglementations extérieures persistent. La protection légale et réglementaire est aussi complétée par des normes collectives.

86. **De la liberté individuelle du travail aux libertés collectives.** L'histoire de la reconnaissance des syndicats met en exergue les réticences du pouvoir vis-à-vis du collectif, qui contredit par trop la liberté individuelle, mais aussi la nécessité de l'organisation collective et les différentes formes que peut prendre la protection collective. En effet, alors que le spectre des corporations avait conduit à l'abolition et l'interdiction des organisations professionnelles³⁰⁵, dès février 1848 est reconnue l'importance des associations à caractère professionnel³⁰⁶. D'où la création de sociétés professionnelles et nombreuses associations ouvrières. On notera néanmoins le recul législatif fin 1848 qui aboutit à la loi du 27 novembre 1849 interdisant de nouveau les coalitions. On remarquera que durant toute cette période les sociétés de secours mutuels ont toujours été tolérées, même si elles étaient plus ou moins souplement soumises à un système d'autorisation³⁰⁷. Avec la réforme du droit des sociétés sont reconnues, en 1867, les sociétés coopératives de capitaux³⁰⁸. Puis vint l'heure des chambres syndicales dont les fonctions recensées par Mmes Pottier et Soubiran-Paillet³⁰⁹ sont variées. Dans les statuts, ces chambres se donnent pour rôle d'intervenir dans les conflits entre

en 2007. Pour un rappel historique, C.D., « *Le premier Livre du premier Code du travail était adopté par une loi du 28 décembre 1910* », Dalloz, A la une, 7 janvier 2011.

³⁰⁵ Sur les origines et les difficultés d'application du Décret d'Allarde et de la loi Le Chapelier, V. F. Soubiran-Paillet, préc., p.15 et s., expliquant que toutes les idéologies convergent pour reconnaître qu'au sein de l'État, il ne faut pas de corps, il ne faut que l'État, « *dépositaire de tous les pouvoirs publics et une poussière d'individus désagrégés (...), l'État doit garder le monopole de toutes les affections, de toutes les obéissances. De plus, qui fait partie d'un ordre, reçoit de lui un appui distinct et toute distinction est contraire à l'égalité civile* » (p.19). Elle rappelle aussi, avec Duguitt, qu'à l'époque révolutionnaire, la liberté d'association n'apparaît pas comme une résultante nécessaire de la liberté individuelle mais au contraire comme une atteinte possible à cette liberté individuelle (spec. p.22). D'où la seule création des Chambres Consultatives des manufactures, arts, et métiers et la répression pénale des regroupements ouvriers par la loi du 22 germinal an XI et le code pénal de 1810. L'auteur rappelle aussi que les organisations professionnelles ont survécu ou tenté de survivre ou de s'organiser, notamment sous forme de coopérative ou de compagnonnage, clandestinement ou officiellement.

³⁰⁶ V. F. Soubiran-Paillet, préc., p.53 et s., qui évoque p.54 une « *mystique, du moins [un] mythe de l'association en 1848* » et qui cite Falloux, déclarant à l'Assemblée Nationale, le 23 juin 1848 : « *l'avènement de la République a été pour lui (l'ouvrier) l'admission légitime à la défense de ses propres droits par le suffrage universel, et l'émancipation de son intelligence par le droit d'association : soit association de l'ouvrier avec l'ouvrier, sans violence, sans coercition possible de cette association contre les associations voisines, ou contre le frère qui n'entre pas de lui-même, spontanément, dans l'action commune ; soit l'association entre le patron et l'ouvrier pour resserrer plus étroitement des rapports qu'on ne cherche jamais à troubler sans altérer la prospérité de tous les deux* ». On note, par rapport au discours de Sieyès, le changement de registre et l'abandon de la méfiance à l'égard des associations.

³⁰⁷ Cpén (de 1810), art. 291 et lois du 10 avril 1834 et du 20 juillet 1850.

³⁰⁸ V. Loi du 24 juillet 1867.

³⁰⁹ F. Soubiran-Paillet et M.-L. Pottier, *De l'usage professionnel à la loi, les chambres syndicales ouvrières parisiennes de 1867 à 1884*, L'Harmattan, 1996, coll. logiques juridiques, p.47 et s.

ouvriers et patrons, régler les conditions de travail, assurer un enseignement, trouver du travail aux membres de la profession, s'occuper de l'apprentissage, défendre en justice les membres de la chambre syndicale, fournir des arbitres aux prud'hommes, éviter les conflits et les grèves, exercer une activité ayant un rapport avec les prud'hommes. Parfois, la chambre syndicale vise aussi à verser une allocation de secours en cas de chômage, et plus rarement en cas d'accident, de vieillesse ou de maladie car, selon ces auteurs, les chambres sont « *plutôt dans une logique de défense de la profession en matière d'emploi, que de mutualisation* »³¹⁰. Ainsi, « *la notion de syndicat ne représente pas un objet nettement défini, juste avant le vote de la loi de 1884. Société coopérative ? Mutuelle ? Chambre syndicale ? Les choix possibles sont multiples et liés à des figures complexes de causalité, où expériences ouvrières et rivalités partisans s'entremêlent. Si la chambre syndicale joue un rôle capital, c'est pour avoir su trouver sa place au sein des compromis parlementaires de 1884, apte à réconcilier appréhension des revendications ouvrières et nécessité de créer des acteurs collectifs dans les relations de travail* »³¹¹. On notera que l'analyse des travaux parlementaires précédant le vote de la loi de 1884 met en évidence d'abord la faveur aux organisations « philanthropiques » de secours mutuels, de bibliothèques, d'instruction professionnelle ; ensuite l'importance de la définition des intérêts défendus par les syndicats : intérêts défendus par les membres du syndicat, mais aussi intérêts généraux, qui, à l'époque, relèvent d'une acception politique dépassant largement la notion d'intérêts professionnels³¹². « *Ces débats montrent aussi combien la mise en forme juridique de l'intérêt, de l'expression d'intérêts qu'il s'agit de délimiter est au centre de la définition de l'association professionnelle comme elle l'a été auparavant dans une série de textes de lois* »³¹³. Aussi la loi du 21 mars 1884, en consacrant la liberté syndicale, abolira-t-elle finalement la loi Le Chapelier et déclarera inapplicable aux syndicats professionnels les articles 291 et suivants du Code pénal. Ce n'est qu'en 1895 que naît la Confédération Générale des Travailleurs, premier regroupement professionnel ressemblant à ce que nous considérons aujourd'hui être un syndicat. La loi Waldeck-Rousseau, si elle a été ensuite insérée dans le Code du travail, a néanmoins toujours eu vocation à s'appliquer à tous les regroupements professionnels, salariés mais aussi regroupements d'employeurs, d'agriculteurs ou de travailleurs indépendants, libéraux, artisans ou officiers ministériels, artistes ou auteurs³¹⁴.

³¹⁰ F. Soubiran-Paillet, *L'invention du syndicat*, préc. p.95.

³¹¹ F. Soubiran-Paillet et M.-L. Pottier, préc. p.10.

³¹² V. l'analyse de F. Soubiran-Paillet, *L'invention du syndicat*, préc., p.119 et s.

³¹³ F. Soubiran-Paillet, *L'invention du syndicat*, préc., p.130. Sur cette question de l'intérêt, V. aussi la conclusion, p.167-168.

³¹⁴ Pour une réaffirmation récente, V. CE, 16 déc. 2005, Syndicat national des huissiers de justice : JCP S 2006, 1264, note J.-M. Olivier.

87. **Objectifs de la négociation collective en droit du travail.** En droit du travail, la négociation collective intervient d'abord au niveau de la branche (voire au niveau interprofessionnel) ; puis de l'entreprise³¹⁵. Au niveau national, la négociation collective met en place un statut collectif dont bénéficient tous les salariés d'une même branche. Ceci permet d'adapter le droit à la situation économique et sociale de la branche, tout en évitant que la concurrence au sein d'une même branche se fasse sur le coût du travail³¹⁶. Néanmoins, Mme Jobert, sociologue, observe que cette fonction spécifique de la négociation collective diminue, au moins dans certains secteurs d'activité³¹⁷. En effet, en favorisant la négociation collective d'entreprise, le législateur tend à renouveler le cadre, donc les fonctions, de la négociation collective³¹⁸. Même s'il a interdit la dérogation *in pejus* en matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives mentionnées à l'article L.912-1 du Code de la sécurité sociale ou de formation professionnelle, la tendance est à l'autonomie des entreprises vis-à-vis de la branche³¹⁹. Cette autonomie n'est toutefois pas inéluctable³²⁰, puisque la convention de branche peut déterminer les domaines dans lesquels la dérogation *in pejus* n'est pas possible³²¹. Aussi, globalement, qu'elles soient de branche ou d'entreprise, les normes collectives, mettent-elles en place un statut dont le salarié bénéficie du seul fait de son contrat de travail, sans avoir

³¹⁵ Il existe aussi des négociations interprofessionnelles, nationales et locales, des négociations au sein des groupes.

³¹⁶ A. Mazeaud, *Droit du travail*, 5^e éd., Montchrestien 2007, coll. domat droit privé n°292 (qui note un paradoxe : CE 30 avril 2003, RJS 8-9/03, n°1043).

³¹⁷ Elle observe que finalement cette fonction de la négociation collective ne demeure que dans certaines branches où l'activité est nationale et où la concurrence est importante entre entreprises de la même branche comme les branches du BTP, de la propriété et de l'automobile, V. A. Jobert, « Légitimité de la branche et diversité des usages », in *La négociation à l'heure des révisions*, G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac et I. Vacarie (dir), Dalloz 2005, coll. thèmes et commentaires, actes du colloque du 11 juin 2004, p.79.

³¹⁸ Toutefois, la négociation de branche reste essentielle, notamment pour les très petites entreprises (inférieures à 11 salariés) qui, faute de représentation possible des salariés, ne peuvent mettre en œuvre la négociation collective dans leur entreprise.

³¹⁹ V. Ctrav., art. L.2253-3, al. 1.

³²⁰ V. A. Jobert, préc., p.87 : « la tendance à l'autonomisation des politiques sociales d'entreprise – avec ou sans négociation – constitue un phénomène majeur que doivent nécessairement prendre en compte les politiques de branche. C'est évidemment dans le domaine des salaires que l'enjeu est le plus fort et toutes les tentatives des organisations patronales pour modifier les mécanismes de branche, suppression des automatismes, définition des salaires minima annuels venant remplacer les systèmes mensuels, décrochage des primes d'ancienneté par rapport aux salaires minima en instituant une autre base de référence comme les salaires réels) ont pour finalité de limiter l'impact des accords et recommandations de branche sur les politiques salariales d'entreprise. Le déclin de la branche comme espace de régulation est-il inéluctable si le renforcement de la négociation d'entreprise se poursuit comme on peut le prévoir et si, surtout, les acteurs de branche ne limitent pas les possibilités de dérogation dont bénéficient les entreprises depuis la loi du 4 mai 2004 ? Les institutions de branche offrent un cadre d'action pour les acteurs collectifs ; la loi du 4 mai 2004 accroît la responsabilité des acteurs à ce niveau : selon la manière dont ils investiront ce cadre, les résultats seront très différents ».

³²¹ Ctrav., art. L.2253-3, al.2.

à le négociier et auquel il ne peut pas même renoncer contractuellement. En droit du travail, les normes collectives constituent donc un minimum de protection garantie, contrepartie de la subordination, contrepartie de l'abandon de l'indépendance du salarié, garantie du droit à rémunération du salarié³²². En effet, « *chacun s'accorde (...) pour considérer que la définition du droit à la négociation comme droit des salariés repose sur l'inégalité née du contrat de travail. C'est parce que le contrat de travail place le salarié dans une situation subordonnée inégalitaire que le droit à la négociation collective a été reconnu. Il permet de rétablir, au niveau collectif, l'inégalité née du contrat de travail. De ce point de vue le droit à la négociation collective est un droit univoque, il donne des droits individuels aux salariés* »³²³. On voit ici apparaître le caractère ambivalent de cette normativité si particulière : une règle collective, générale sans être applicable à tous comme l'est la loi, confère des droits individuels à des personnes non parties à l'acte qui les ont constitués. Ainsi, un contrat conclu entre deux particuliers (le représentant de l'employeur et le représentant des salariés) emporte des effets collectifs puisqu'il conduit à l'application d'un statut collectif. Le contrat de travail est dès lors source d'une situation à la fois individuelle et collective³²⁴ puisqu'il insère « *le salarié, dans une collectivité de travail, l'entreprise, la branche ou l'activité qui justifie l'application de règles communes. Les salariés ont là des intérêts communs, un intérêt collectif, distincts de l'intérêt individuel, à faire valoir. Ici, le droit à la négociation est un droit collectif* »³²⁵. Ce droit collectif, reconnu par l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, a d'ailleurs valeur constitutionnelle. Cette consécration du droit des

³²² En effet, le travailleur n'a pas vocation à la propriété des fruits de son travail mais dispose d'un droit à rémunération et c'est au seul titre de cette rémunération garantie qu'il bénéficie des fruits de son travail. Pour le salarié, le droit à rémunération est servi par le salaire.

³²³ M.-L. Morin, préc., n°292. C'est d'ailleurs cette idée que réunis en syndicats, les salariés pourront bénéficier d'un véritable pouvoir dans la négociation des conditions de travail, qui justifiait la méfiance, jusqu'à l'interdiction, vis-à-vis du syndicalisme, présenté comme une atteinte à la liberté individuelle, notamment contractuelle, V. F. Soubiran-Paillet, L'invention du syndicat, préc. p.155 : « La fiction du contrat individuel ne va pas pour autant s'effacer. Elle trouvera son emploi dans la gestion des relations du patron et de l'ouvrier. Mais l'existence de l'association professionnelle permettra d'affaiblir l'argumentation de ceux qui affirment que les ouvriers sont exploités par des sociétés, en propageant l'idée que les dits ouvriers peuvent se rassembler et se défendre dans des groupements dont la nature juridique voisine avec celle des sociétés. Et c'est pourquoi la création du syndicat ouvrier sera l'objet d'un enjeu beaucoup plus important que la création du syndicat patronal sur le plan des représentations qui auront cours dans les relations du travail, au long de l'histoire ». V. aussi S. Yannakourou, préc., p.69, expliquant que le législateur de 1884 a finalement accepté la reconnaissance des syndicats pour l'isoler du pouvoir politique : la loi visait à substituer le dialogue à l'affrontement mais pas par l'introduction du « dialogue social » au sens contemporain du terme. L'objectif était de faire converger l'intérêt du pouvoir patronal et du pouvoir ouvrier en les incitant à collaborer mais certainement pas à conférer un pouvoir normatif aux syndicats ouvriers. V. aussi D. Barbet, « Retour sur la loi de 1884 : la production des frontières du syndical et du politique », *Genèses* 3/1991, p.5 ; J. Le Goff, Du silence à la parole : une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours, préc., qui salue néanmoins « l'entrée en scène du collectif ».

³²⁴ En ce sens, M.-L. Morin, n°293 et s. V. aussi P. Durand, « Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail », *JCP* 1944, I. 347.

³²⁵ *Ibidem*, n°292.

salariés à négocier leurs conditions de travail introduit l'idée que la loi n'est pas suffisante, sans pour autant qu'une intervention plus importante soit souhaitable. Ainsi, l'introduction – ou la valorisation – de la négociation collective correspond aussi à une critique de l'intervention législative et à la revendication d'une certaine souplesse – autonomie – dans l'édiction des règles³²⁶. Selon le Professeur Mazeaud, « *deux modèles s'opposent : le dirigisme étatique, qui laisse peu de marge de manœuvre aux partenaires sociaux dans la détermination des règles relatives aux relations de travail, et qui est inadapté aux réalités économiques et la démocratie participative, qui permet aux partenaires sociaux de fixer eux-mêmes 'les règles du jeu social'. (...) Entre les deux, il existe des voies médianes, plus consultatives que négociatrices. Globalement, on peut observer un mouvement fort visant à promouvoir le dialogue social, à commencer par le droit communautaire, qui en a été pendant longtemps le plus éloigné* »³²⁷. Globalement, on pourrait dénombrer trois genres d'accords collectifs en droit du travail : ceux qui sont négociés pour sortir d'un conflit social ; ceux qui mettent en œuvre une loi en en prévoyant les conditions d'application ; ceux qui précèdent l'adoption d'une disposition législative. Les accords collectifs améliorent, adaptent ou complètent la loi pour constituer des garanties minimales aux salariés. Si ces statuts conventionnels restent spécifiques aux salariés, on remarque que la logique de protection des travailleurs dépasse de plus en plus le salariat.

88. **La protection sociale, logique statutaire en dehors du salariat.** Quand bien même pour les entrepreneurs, la dialectique propriétaire reste importante, le travailleur indépendant est protégé à titre personnel. S'il ne bénéficie pas de la protection propre au salariat, il bénéficie de la protection sociale. Le travailleur indépendant bénéficie aussi d'une protection communautaire, le droit communautaire entendant le terme « travailleur » dans une acception

³²⁶ Cette liberté de négociation est toutefois encadrée par les juges : la définition de la communauté de salariés par les partenaires sociaux eux-mêmes par exemple est remise en cause. Ainsi, les statuts particuliers applicables aux cadres semblent peu à peu remis en cause, si bien que l'on peut se demander si les salariés cadres peuvent encore constituer une communauté de salariés, pouvant négocier son statut collectif de travail de manière autonome : pour une illustration, à propos de l'octroi de jours de congés supplémentaires aux cadres, Cass. soc. 1^{er} juill. 2009, n^o pourvoi : 07-42675 : Bull. n^o 168. La loi reconnaît pourtant la possibilité pour l'employeur de constituer des avantages par exemple en matière de prévoyance au profit d'une catégorie de salariés (C. séc. soc., art. L.932-1 relatif aux opérations collectives à adhésion obligatoire des organismes de prévoyance, ces dispositifs bénéficient d'ailleurs d'un régime fiscal et social avantageux).

³²⁷ A. Mazeaud, *Droit du travail*, préc., n^o 289. V., établissant un constat identique quant à la critique du dirigisme étatique, d'une « *intervention législative trop tatillonne et trop versatile* », qui conduit à un droit inadapté et à l'insécurité juridique, F. Guionard, « L'intervention des juges dans la vie conventionnelle », in *La négociation à l'heure des révisions*, G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac et I. Vacarie (dir), Dalloz 2005, coll. thèmes et commentaires, actes du colloque du 11 juin 2004, p.33 : l'auteur note que même si la critique du dirigisme étatique n'était pas vérifiée par les chiffres, la nécessité de réformer le droit de la négociation collective paraissait impérieuse pour répondre à cette idée qu'il faut une loi supplétive, qui s'efface devant des accords collectifs. V. en ce sens, Rapport J.-P. Anciaux sur le projet de loi n^o 1233 relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, 9 déc. 2003 et M. de Virville, *Pour un Code du travail plus efficace*, rapport au ministre des affaires sociales et de la Solidarité, janv. 2004.

large. La protection communautaire des travailleurs consiste certes à harmoniser certaines dispositions applicables au contrat de travail ou aux conditions de travail des travailleurs³²⁸, mais aussi à garantir aux travailleurs une libre circulation au sein de la communauté. La liberté du travail est donc ici déclinée sous l'angle de la libre circulation des travailleurs et concerne les salariés comme les travailleurs indépendants. La propriété du travail, exclue en matière de salariat, n'exclut donc pas toute logique statutaire car la propriété ne confère qu'une protection insuffisante³²⁹. De la même manière, si la reconnaissance d'une propriété implique une certaine responsabilité, celle-ci peut être limitée.

³²⁸ V. par exemple l'importance du droit communautaire en matière de transfert d'entreprise et en matière de durée du travail, qui ont eu une influence essentielle sur le droit français.

³²⁹ C'est d'ailleurs l'une des raisons des critiques à l'égard du droit d'auteur qui procure une protection jugée insuffisante et trop peu rémunératrice par certains qui lui préféreraient une logique de salariat ou une logique plus médiane, comme c'est le cas des intermittents du spectacle. Cf. infra, n°172 et 175.

SECTION II.

ÉMERGENCE DE LA RÉFLEXION PERSONNALISTE

89. Les nouveaux fruits du travail (clientèle, image, renommée) reconnus comme objets de propriété par la jurisprudence démontrent la vigueur de l'exclusivisme propriétaire pour ce qui concerne les valeurs créées par l'activité humaine. On remarque que ces fruits du travail sont des fruits incorporels et personnels. L'exclusivisme est donc le corollaire d'un certain personnalisme. Le personnalisme collabore mal avec le salariat (I), ce qui explique sans doute l'intérêt de l'approche propriétaire pour la captation des valeurs personnelles, quitte à compléter la relation salariale par une seconde relation fondée sur la propriété ou à préférer le travail indépendant (II).

§ 1. PERSONNALISME ET SALARIAT

90. Si l'appropriation par le salarié des fruits de son travail prend corps dans la rémunération, le personnalisme devrait s'exprimer par une individualisation de la rémunération des salariés. Or, malgré les possibilités offertes par le droit, la pratique n'a que peu recours à cette individualisation (A). Par ailleurs, la capacité d'appropriation par l'entreprise des résultats les plus personnels de l'activité salariée semble être insuffisante, ce qui conduit à compléter les règles du droit du travail par d'autres approches (B).

A. Individualisation de la rémunération

91. **Rémunération de la prestation.** La rémunération n'est en principe, que la contrepartie de la mise à disposition de la force de travail et non la contrepartie de l'acquisition des fruits. La rémunération ne varie pas en fonction de la qualité de la prestation de travail réellement fournie³³⁰. Elle est fixée en fonction d'une quantité (temps de travail mensualisé) et

³³⁰ G. Couturier fait remarquer qu'avant la prohibition des sanctions pécuniaires, la jurisprudence énonçait que l'employeur n'est tenu de verser la rémunération convenue que pour un travail fourni dans des conditions normales d'exécution (Cass. soc. 14 avril 1983 : Bull. n°196). Il s'ensuivait que le salaire n'était pas dû ou pas intégralement, lorsque les salariés effectuaient leur prestation de manière volontairement défectueuse (notamment grève perlée ou grèves tournantes ou répétées et abusives). On admettait alors des abattements sur le salaire. Aujourd'hui, un tel comportement peut être sanctionné mais pas par des retenues de salaires. De telles retenues fondées sur une mauvaise exécution du travail (Cass. soc. 20 février 1991 : DS 1991 p.474, comm. Mazeaud p.469) ou une baisse de rendement seraient considérées par la Cour de cassation comme des sanctions pécuniaires illicites. V. aussi Cass. soc. 17 juillet 1996 : Defrénois 1997 p.974 : constitue une sanction pécuniaire illicite le non paiement d'une prime liée aux résultats de l'entreprise du fait de la mauvaise

de la valeur attribuée à la force de travail (qui détermine le taux horaire du salarié). La qualité insuffisante de la prestation de travail ne permet pas une réduction de rémunération mais peut permettre à l'employeur de résilier le contrat de travail. Pourtant, une individualisation des salaires serait possible et pourrait être justifiée par la différenciation objective des situations (par la mesure de la productivité individuelle) et la nécessaire motivation des salariés. Au-delà de l'intéressement collectif aux résultats de l'entreprise, que la loi rend obligatoire ou attractif, l'employeur peut octroyer des primes ayant vocation à récompenser l'atteinte des objectifs fixés ou les efforts fournis ou l'intéressement au chiffre d'affaires réalisé, primes qui permettent d'établir un lien entre la rémunération et les fruits du travail. Ces primes, si elles n'ont pas été rendues obligatoires par le statut collectif applicable au salarié, et tant qu'elles n'ont pas été contractualisées ou n'ont pas fait l'objet d'un usage, ne constituent pas un droit du salarié, qui ne dispose ni d'un droit sur les fruits de son travail, ni d'un droit aux fruits de son travail. Il s'agit en fait de gratifications volontaires et individuelles de l'employeur.

92. **Prime exceptionnelle.** Il convient de distinguer entre les gratifications qui constituent un élément de rémunération et les gratifications qui constituent une libéralité : les premières doivent être accordées à l'ensemble des salariés, les secondes ne sont accordées qu'à un salarié particulier pour des raisons spécifiques. Ces « primes exceptionnelles », versées en plus de ce qui est dû au salarié, n'ont pas la nature juridique de salaire³³¹ dès lors que la décision de versement est purement discrétionnaire. L'employeur est par ailleurs libre, dans l'exercice de son pouvoir de direction de l'entreprise de décider pour chaque salarié d'augmentations de rémunération plus favorables à la loi, aux conventions ou au contrat de travail, dès lors que ces décisions ne sont pas fondées sur une discrimination illicite³³². A moins d'interdire toute

qualité du travail du salarié. V. Cass. soc. 7 décembre 1995, à propos de la suppression de la prime du fait que le travail est mal effectué. V. Cass. soc. 12 avril 1995 : DS 1995 p.599, note J. Savatier : constitue aussi une sanction pécuniaire prohibée le fait d'invoquer une insuffisance de rendement alors que le salaire est calculé par rapport au temps de présence du salarié. Jean Savatier note que lorsqu'un salarié n'est pas rémunéré au rendement, la baisse de salaire pour baisse de la production s'analyse en une sanction pécuniaire.

³³¹ Il ne s'agit pas d'un élément de rémunération obligatoire. A ce titre, cette prime exceptionnelle est exclue de la base de calcul des congés payés par exemple. Il s'agit en revanche d'une rémunération accessoire et exceptionnelle, imposable et soumise à cotisations.

³³² Cass. soc. 9 juillet 1985 : Bull. n°419. V. aussi : Cass. soc. 29 mai 1990 : Bull. n°243 : Le seul fait d'accorder une augmentation de salaire à certains salariés, en fonction de leurs qualités professionnelles ne constitue pas à l'égard des autres salariés une sanction. Cass. soc. 23 octobre 1991 : DS 1991, p.955 : le fait de ne pas accorder une augmentation de salaire, qui est accordée à d'autres, à une salariée du fait de son insuffisance professionnelle ne constitue pas une sanction. Cette augmentation exceptionnelle reste en effet à la libre appréciation de l'employeur qui n'a pas à se justifier, sauf à démontrer qu'il ne s'agit pas d'une discrimination illicite. Dans le même sens : cass. soc. 29 mai 1990 : Bull. n°243 et Cass. crim. 26 avril 1988 : Bull. crim. n°180. Cass. soc. 16 mars 1989 : Bull. n°222 : la cour admet que l'employeur puisse valoriser le zèle, l'investissement supplémentaire, le mérite de certains salariés.

individualisation des salaires, on ne saurait reprocher à une gratification bénévole de léser ceux qui ne sont pas gratifiés, puisque c'est la raison d'être de la libéralité d'être individuelle et discrétionnaire. Les primes qui sont accordées discrétionnairement, à des dates différentes, à titre de récompense et sans aucune règle précise ne constituent donc pas un usage dans l'entreprise. Les autres salariés ne peuvent y prétendre. Ce n'est qu'en cas de pratique constante, générale et fixe, que ces avantages peuvent être qualifiés d'usage et que leur versement s'impose à l'employeur³³³. De « prime exceptionnelle », ces avantages deviennent, du fait de l'usage ou de leur prévision au contrat ou dans un accord collectif, des compléments de salaire. D'où l'importance du comportement de l'employeur qui pourrait par sa pratique constituer un usage au bénéfice des salariés, constituant par là même un droit à récompense pour les salariés dépassant les résultats normalement attendus par exemple. Une telle analyse risque néanmoins d'inciter l'employeur à ne pas valoriser finalement les comportements exemplaires et individualiser les salaires : en accordant régulièrement des primes liées aux résultats, les salariés pourraient croire en un droit à cette prime. Le Professeur Karaquillo semble néanmoins considérer que dès lors que le montant de la prime n'est pas calculé en fonction d'un critère fixe mais est laissé au moins pour partie à la discrétion de l'employeur, la gratification doit être qualifiée de libéralité. Selon lui, *« quand l'attribution ou l'étendue d'une gratification est fonction de facteurs qualitatifs et est concrètement instituée, serait-ce en partie seulement, pour récompenser les responsabilités ou les mérites des salariés, les juges sont réticents à assimiler le versement d'une telle gratification à un usage obligatoire »*³³⁴. La suppression ou la réduction de la prime paraît dès lors incontestable.

93. **Rémunération à la tâche.** L'employeur peut également faire dépendre tout ou partie de la rémunération des fruits du travail. Tel est le cas notamment quand le salarié est payé « à la tâche » ou « au rendement ». Le travail à la tâche est un mode différent d'évaluation de la rémunération due au salarié : la quantité de travail fournie n'est plus évaluée en temps mais en

³³³ La définition jurisprudentielle de l'usage et de son régime est constante. Pour une illustration, V. Cass. soc. 19 mai 1988 : Bull. n°298 : dès lors qu'une prime de fin d'année est constante, fixe et générale, l'employeur ne peut décider d'en soumettre le versement à l'absence de sanction disciplinaire pendant l'année. L'employeur ne peut pas non plus supprimer un avantage en nature (véhicule de fonction) prévu par le contrat de travail sans tomber sous le coup de la prohibition des sanctions pécuniaires (Soc. 12 décembre 2000 : Bull. n°416).

³³⁴ J.-P. Karaquillo, note sous Cass. soc. 4 juin 1986 : D.1986 p.607. V. également pour illustration Cass. soc. 22 janvier 1981 : Bull. n°56 et 57. On notera néanmoins que la note était critique car la Cour de cassation, le 4 juin 1986, avait considéré que l'appréciation du comportement du salarié relevait du régime même du complément de salaire. Ce complément de salaire étant par hypothèse déjà une faveur accordée au salarié, l'employeur peut l'assortir des conditions qu'il souhaite du moment que ce n'est pas une discrimination illicite. Sous cette seule réserve, ces conditions s'imposent au salarié : le comportement du salarié peut donc être une condition de versement de la prime.

quantité physique d'éléments distribués ou ramassés ou cueillis. Par ailleurs, même payé à la tâche, le salarié reste soumis à la législation relative au SMIC³³⁵ : le salarié ne peut être payé moins que ce que le temps qu'il a consacré à son activité lui aurait rapporté dans le système usuel d'évaluation de la rémunération. Cette méthode peu classique subsiste dans certains secteurs, notamment la distribution de journaux ou la pêche maritime. Dans la plupart des autres secteurs, la rémunération est principalement assurée par un salaire et accessoirement par des primes, dont la nature, le régime et le mode de calcul varie au gré de l'imagination des partenaires sociaux.

94. **Diversité des primes et individualisation des salaires.** Certaines primes constituent la contrepartie d'un travail déterminé ; d'autres la contrepartie d'une sujétion particulière ; d'autres enfin la récompense d'un certain comportement³³⁶. Les primes peuvent donc être un moyen de récompenser le salarié pour son travail. En principe, les primes ne peuvent permettre de sanctionner le comportement des salariés, les sanctions pécuniaires étant par principe interdites³³⁷. Certaines primes peuvent néanmoins présenter une certaine ambiguïté³³⁸ en permettant à l'employeur de récompenser un comportement exemplaire : le comportement non exemplaire des autres salariés interdit à ceux-ci de bénéficier de la prime en cause. Tel est le cas de la prime d'assiduité, définie par la jurisprudence comme celle qui tend à encourager et à récompenser la présence régulière des salariés³³⁹. Il en est de même de la prime d'objectifs. Ces clauses sont valides : l'employeur peut toujours soumettre le versement d'une prime à condition lorsqu'il l'institue, dès lors qu'il applique cette condition à l'ensemble des salariés, cette condition faisant partie intégrante du régime de la prime. L'individualisation ainsi réalisée peut conduire à associer indirectement le salarié aux résultats de son travail mais ce n'est pas son principe même : la plupart des primes (paniers, salissure, assiduité, ancienneté, naissance) permettent une individualisation du salaire alors même que leur montant ou leur versement n'ont pas rien à voir avec les résultats individuels de la prestation de travail. Par ailleurs, l'individualisation du salaire ne permet pas de raisonner en termes de propriété et de considérer que le salarié a droit aux fruits de son travail dès lors que l'individualisation du salaire reste exceptionnelle et versée selon des éléments subjectifs, à la

³³⁵ V. pour illustration : Cass. soc. 25 mai 2005 : Bull. n°179 ; Cass. soc. 13 mai 2009, n°pourvoi 08-41399.

³³⁶ V. par exemple la prime d'ancienneté, C. Javillier, « Fidélité et rémunération », DS 1991 p.386. Pour un inventaire des différents types de prime, J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, préc., n°887.

³³⁷ Ctrav., art. L.1331-2.

³³⁸ J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, préc., n°894.

³³⁹ Pour une validation jurisprudentielle de ces primes : Cass. soc. 3 octobre 1980 : Bull. n°705. V. aussi Cass. soc. 10 juin 1992 : Bull. n°376, à propos d'une prime de 13^e mois versée à défaut d'absence.

discrétion de l'employeur. En l'état actuel de la jurisprudence et des pratiques, aucune généralisation ne semble possible. De la même manière, si la mise en place de différents systèmes d'épargne salariale, de participation ou d'actionnariat salariés permet une association des salariés aux résultats de l'entreprise, il ne paraît pas possible d'en déduire une quelconque propriété.

95. **Association collective aux résultats de l'entreprise.** Ces dernières années, de nombreuses lois sont venues augmenter ou modifier les mécanismes permettant la mise en place d'une véritable participation des salariés aux résultats de l'entreprise. Les mécanismes mis en place, quasiment avec frénésie³⁴⁰, vont globalement dans le même sens : une association pécuniaire des salariés aux résultats de l'entreprise qui ne va pas pour autant jusqu'à un partage des pouvoirs dans l'entreprise³⁴¹. Le Professeur Vatinet note à propos de la loi du 30 décembre 2006 qu'« à l'envisager dans une perspective historique, sans doute la loi nouvelle peut-elle s'inscrire dans le projet gaulliste d'association du capital et du travail, souvent évoqué au cours des débats. Malheureusement, ce rappel historique paraît un peu dérisoire lorsqu'il (...) trouve comme prolongement l'adoption d'une disposition sans portée réelle, qui consacre un prétendu 'dividende du travail'. Au demeurant cette référence gaulliste explique sans doute que le terme 'participation', ait été systématiquement préféré à celui 'd'épargne salariale' qui était utilisé dans les lois récentes »³⁴². Et le Professeur de noter que la participation couvre dans cette loi tous les modes de constitution et de gestion d'une épargne salariale. Le législateur français, jusqu'à présent ne choisissait pas vraiment entre le

³⁴⁰ Pour un rappel historique de l'activité législative en la matière et le rappel des sept textes intervenus entre 2001 et 2006 et ayant précédé l'adoption de la loi du 30 décembre 2006, *Rapport n°3339* en date du 26 septembre 2006, fait par Jean-Michel Dubernard, Député, à l'Assemblée Nationale au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié. V. également pour une présentation historique, et notamment la description de l'inspiration gaulliste des premiers projets, C. Poncelet, « intervention en ouverture du colloque », in *Actionnariat salarié, Participation et intéressement dans les Entreprises, quel avenir ?*, Journée d'étude organisée par la FAS, Palais du Luxembourg, Paris, 18 mars 2010, Aumage éditions, 2010, p.15. V. également les lois intervenues depuis et notamment loi n°2008-776 du 4 août 2008 relative à la modernisation de l'économie ; loi n°2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail.

³⁴¹ Considérés isolément les salariés actionnaires ne bénéficient pas d'un réel pouvoir dans l'entreprise si le nombre d'actions qu'ils possèdent est trop faible par rapport au capital social. On exclut le cas particulier des salariés dirigeants associés à l'entreprise qui, par le nombre de parts ou d'actions dont ils seraient propriétaires, auraient un véritable pouvoir dans l'entreprise. Sauf à ce que les salariés actionnaires soient regroupés et représentés en tant que tel, l'actionnariat salarié ne confère pas beaucoup plus de pouvoir de gestion que celui que la communauté de salariés peut déjà avoir par le biais du comité d'entreprise (notamment droit d'information en matière comptable et financière). Pour une analyse des « droits politiques » des actionnaires : M. Germain, « Les droits politiques des actionnaires », in *Le salarié, sujet de droit des sociétés*, Actes du colloque de la Faculté de droit de Caen, 20 novembre 2004, *Bull. Joly Sociétés*, n°spécial, juill. 2005, p.39.

³⁴² R. Vatinet, « Développement de la participation des salariés (L.n°2006-1770, 30 déc. 2006, Titre I) », *JCP S* 2007, 1001.

modèle anglo-saxon, très favorable à l'épargne salariale, sans pour autant donner de pouvoir décisionnel aux salariés, conformément au modèle de la *corporate governance*³⁴³, et le modèle allemand, associant réellement les salariés à la direction de l'entreprise³⁴⁴. Toutefois, on constate l'abandon progressif par l'Allemagne de son modèle, jugé trop contraignant économiquement et au niveau international³⁴⁵, et le législateur français semble désormais « avoir choisi son camp ». Or peut-on parler d'appropriation de l'entreprise, lorsque la détention d'un actif n'emporte aucun pouvoir réel sur la société ? Le salarié est sans doute propriétaire d'une valeur, encore qu'il n'est pas toujours libre d'en disposer³⁴⁶, mais ne peut revendiquer de droit sur la société tant sa propriété est diluée. Ici l'association aux résultats de l'entreprise est une forme particulière de rémunération mais n'est pas synonyme d'appropriation³⁴⁷. Les seuls pouvoirs que les salariés peuvent exercer sur l'entreprise ne leur sont pas conférés par la détention de titres mais découlent de la qualité de salarié au sein d'une communauté de travail et relèvent des relations collectives de travail. Ainsi pour être représentés au conseil d'administration est-il nécessaire que la « communauté de salariés actionnaires » possèdent plus de 3% du capital social de la société « dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé »³⁴⁸. Ici encore, c'est le statut de salarié et non une appropriation du travail qui assure la protection des salariés. Tel n'est pas le cas en revanche lorsque les actions que possède le salarié lui confèrent un véritable pouvoir sur la société. Mais

³⁴³ Pour une présentation du modèle anglo-saxon et des différentes théories qui le fondent : A. Autenne, *Analyse économique du droit de l'actionnariat salarié, apports et limites des approches contractualiste, néo-institutionnaliste et comparativiste de la gouvernance d'entreprise*, Bruylant, 2005, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, T.44.

³⁴⁴ Pour une présentation du modèle allemand de la cogestion et des fondements de sa contestation : C. Weber, « Le salarié, organe de direction, le modèle allemand », in *Le salarié, sujet de droit des sociétés*, Actes du colloque de la Faculté de droit de Caen, 20 novembre 2004, *Bull. Joly Sociétés*, n°spécial, juill. 2005, p.54.

³⁴⁵ R. Vatinet, « Développement de l'actionnariat salarié (L.n°2006-1770, 30 déc. 2006, Titre II) », *JCP S* 2007, étude 1032.

³⁴⁶ L'attribution gratuite d'actions par exemple s'accompagne d'une certaine indisponibilité (pendant la période d'acquisition puis la période d'obligation de conservation). On peut noter avec le professeur Hallouin que si les stock-options ne sont pas soumis par principe à une indisponibilité, celle-ci existe en pratique du fait de la possibilité de prévoir une certaine indisponibilité dans le plan de stock-option, option que l'entreprise retiendra si la mise en place d'un tel plan a été motivée essentiellement par un souci de fidélisation des salariés ; et par le régime social et fiscal attachés à ces actions : J.-C. Hallouin, « l'exercice des prérogatives par les salariés actionnaires, droits financiers et patrimoniaux », in *Le salarié, sujet de droit des sociétés*, Actes du colloque de la Faculté de droit de Caen, 20 novembre 2004, *Bull. Joly Sociétés*, n°spécial, juill. 2005, p.44, spéc. p.49.

³⁴⁷ La rémunération est par ailleurs différée et aléatoire. Pour une analyse des réticences et freins liés à l'actionnariat salarié, malgré son inspiration généreuse, J. Rojot, « L'actionnariat salarié, une solution ou un problème », in P.-E. Tixier (dir.), *Ressources humaines pour sortie de crise*, éd. Sciences Po Les Presses, 2010, p.171.

³⁴⁸ Ccom., art. L.225-23.

en ce cas, c'est sa qualité d'associé ou d'actionnaire et non celle de salarié qui lui donne vocation à la propriété de l'entreprise, *via* la participation à la société. Certes, on peut noter avec le Professeur Dockès que « *l'actionnariat salarié peut être conçu comme une voie de renforcement de la dignité humaine du salarié. Devenu actionnaire, celui-ci est un créateur et un copropriétaire de son entreprise. Comme tel, il est un peu moins subordonné, un peu plus libre, un peu plus égal dans sa vie professionnelle. On sort un peu de l'opposition caricaturale entre travail et capital qu'a stigmatisé (...) Jean-Claude Mothié. Et, les pratiques décrites au sein des entreprises qui mettent en œuvre l'actionnariat salarié, montrent bien comment cet actionnariat a pu conduire, dans certains cas, à un plus grand respect du personnel, à sa meilleure considération* »³⁴⁹. Mais comme lui, on peut noter qu'appréhendé dans sa dimension technique et financière, l'actionnariat salarié ne convainc pas de son utilité et de son efficacité, en tout cas pour le plus grand nombre des salariés, sauf à ce que l'actionnariat salarié soit accompagné d'un véritable pouvoir de gestion de l'entreprise³⁵⁰. On remarquera au passage la dialectique et la terminologie employées par le Professeur Dockès qui oppose à la subordination, au travail, au salariat, le surcroît de dignité offert aux salariés par la propriété, la liberté, le pouvoir, la création.

96. La pratique des rémunérations variables : les réticences à l'individualisation.

On notera que si l'individualisation des salaires semble avoir le vent en poupes, dans la pratique, les réticences à sa mise en place sont encore nombreuses. Selon les enquêtes et les statistiques, la rémunération variable progresse en France. Une personne sur deux est désormais concernée. Pourtant, il apparaît que rémunération variable ne signifie pas rémunération individualisée : si la rémunération varie, c'est moins en fonction des fruits du travail individuel que des fruits du travail collectif. La rémunération du travail individuel fait peur. On est donc loin d'une association aux fruits du travail individuel. Une enquête réalisée par MCR Consultants et Excentive, dont les résultats ont été publiés dans *Le Monde* sous la plume de Nathalie Quérue, pointe ainsi la contradiction : « 86% des entreprises sondées qui mettent en place ce type de rémunération disent le faire pour « différencier les salariés », donc gratifier une performance

³⁴⁹ E. Dockès, « Rapport de synthèse », in *Actionnaires salariés pour un partage des profits et projets de l'entreprise*, Actes du colloque FAS, Faculté de Droit de Lille, 27 juin 2005, Aumage éditions, 2006, p.149, spéc. p.151.

³⁵⁰ E. Dockès, *Ibidem*, p.151 : « Toute la difficulté est de lier cet aspect à la technique financière. En quoi la captation par l'entreprise de l'épargne des salariés et le transfert sur leur dos d'une partie des risques financiers peut-elle permettre d'améliorer les conditions du travail dans le sens d'un plus grand respect de la dignité des salariés ? La réponse à cette question se trouve sans doute dans la troisième approche de l'actionnariat salarié, celle qui voit d'abord, dans cette technique un partage du pouvoir ». V. également M. Caramelli, *L'Actionnariat salarié, ses effets sur la performance des entreprises et les attitudes des salariés au travail dans le contexte des grands groupes*, Aumage éditions, 2008, spéc. p.40 où l'auteur note que toutes les études concordent à reconnaître que la participation aux décisions de l'entreprise emporte des « effets attitudeaux positifs » alors que de tels effets ne découlent pas de l'actionnariat salarié en soi, et notamment lorsqu'il est dépourvu de toute participation à la gestion et au pouvoir dans l'entreprise.

individuelle. Or, le montant des bonus versés sur des critères personnels ne représente que 35% des primes. Non seulement les deux tiers des bonus sont distribués de façon collective, mais ceux-ci ne représentent que la moitié de la rémunération variable : l'intéressement, la participation, l'épargne salariale constituent l'autre moitié, précise Frédéric Bonneton, associé au cabinet de conseil en rémunération MCR Consultants. La rémunération variable apparaît davantage comme un outil de flexibilisation de la masse salariale que d'individualisation de la rétribution'. (...) La paie au mérite rencontre toujours des réticences. C'est ce que remarque Sylvain Gros-Désirs, président de l'Association française des crédits managers et conseils (AFDCC). Pour ces professionnels de la gestion du risque client, fonction financière qui se développe aujourd'hui dans les entreprises, la part variable individualisée de la rémunération est peu répandue, contrairement aux commerciaux : 'Pourtant, l'évaluation personnelle est facilement réalisable, avec des objectifs quantifiables – suivi des encaissements, taux d'impayés, optimisation des fonds de roulement, juge M. Gros-Désirs. J'ai le sentiment que les employeurs n'adaptent pas les rémunérations, par crainte des tensions et des jalousies qui pourraient naître entre les salariés'. (...) Philippe Alloing, DRH, reconnaît que ce dispositif est à manier avec doigté : 'Jusqu'à quel degré d'émulation interne peut-on aller sans affecter la coopération entre les gens ? Nous nous sommes dits qu'il fallait être équilibrés dans la différenciation : l'écart entre les bonus perçus doit être suffisamment significatif pour motiver les collaborateurs, mais pas exagéré afin d'éviter une concurrence impitoyable au sein des équipes. Ainsi, chez nous, la prime maximale n'excède pas le double de la moyenne des bonus' »³⁵¹. En termes de gestion des ressources humaines, l'intéressement reste néanmoins important, notamment pour motiver et fidéliser les salariés³⁵². S'il y a intéressement des salariés et participation aux fruits du travail, il s'agit moins d'une appropriation des fruits individuels du travail que des résultats du travail collectif. L'idée d'entreprise, à laquelle participe la communauté de salariés, est ici importante³⁵³ et ne doit pas être remise en cause par une trop grande individualisation. A

³⁵¹ Nathalie Quérue, « La rémunération variable, un outil très délicat à manier », *Le Monde, suppl. Economie*, 27 fév. 2007, p.X.

³⁵² Nathalie. Quérue, « Attention à ne pas briser la dynamique collective », *Le Monde, suppl. Economie*, 27 fév. 2007, p.X. V. aussi, pour une analyse théorique du salaire au mérite et de l'individualisation des salaires (recensement des études sur la question, fondements théoriques, études expliquant les motivations et les réticences à la mise en place du salaire au mérite, étude sur la réalité de l'individualisation des salaires en France dans les années 1990, V. P. Roussel, « Salaire individualisé – Rémunération au mérite : impasse ou avenir ? », in J.-M. Peretti et P. Roussel (coord.), *Les rémunérations, politiques et pratiques pour les années 2000*, Vuibert, coll. Entreprendre, Série Vital Roux, 2000.

³⁵³ V. déjà la doctrine sociale de l'entreprise : M. Despax, « L'entreprise en Droit du travail », Rapport français, *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, 1965, T. XIII, fasc. 2, p. 127, allant jusqu'à considérer que le droit du travail consacre une « conception unitaire de l'Entreprise, entité autonome, dont l'intérêt se distingue et va parfois jusqu'à s'opposer à celui de l'entrepreneur » et que « l'Entreprise a été essentiellement conçue comme le cadre privilégié d'une transformation profonde de la condition du salarié. C'est dans le cadre de l'Entreprise que vont être poursuivis et graduellement atteints les objectifs premiers assignés à l'époque moderne au droit du travail : la protection du salarié en tant qu'individu mais aussi la promotion de la collectivité des salariés au sein de l'Entreprise ». La doctrine sociale de l'entreprise, telle qu'elle est développée par M. Despax, espère par cette conception de l'entreprise « résorber les luttes sociales, éviter les conflits d'intérêts » pour mettre « l'accent sur la solidarité qui existe dans l'Entreprise entre les dirigeants et les

l'inverse, toute information, tout savoir-faire, toute expérience est perçue comme devant être appropriée par l'entreprise. Les mécanismes généraux du droit du travail sont, à ce titre, parfois insuffisants et doivent être complétés contractuellement.

B. Insuffisance de l'appropriation du travail

97. **Fruits indirects du travail.** L'expérience et le savoir-faire individuels acquis par le salarié à l'occasion de son activité professionnelle sont indéniablement sources de gains de productivité et de plus-value pour l'entreprise. Par ailleurs, l'accumulation de certaines informations peut également constituer une valeur intéressant l'entreprise (fichier client, informations clients, tours de main). Sans même parler ici de procédés brevetables ou de savoir-faire au sens juridique du terme, l'entreprise a intérêt à pérenniser ces connaissances plus ou moins informelles et individuelles pour garantir l'efficacité de sa production. C'est tout le rôle du management et des procédures de qualité que de rationaliser la récupération et la transmission de ces informations. La maîtrise factuelle de la circulation de l'information permet ainsi la réservation des fruits incorporels du travail ne bénéficiant pas d'un statut juridique particulier. L'information peut en effet inspirer une création, être l'objet d'une exploitation sans pour autant être nécessairement considérée comme un objet de droit. Ainsi, l'invention peut être protégée par le brevet mais pas son résultat. Ainsi, un résultat peut être exploité sans être en lui-même approprié. Ce n'est donc pas tant l'information que le procédé qui vise à la contrôler qu'il convient d'étudier. *« Quelques dispositions pénales, le droit de la responsabilité civile et les stipulations des contrats assurent une certaine réservation des valeurs non appropriées. Extérieurs à la propriété, ces procédés constituent le mode de réservation de droit commun des créations immatérielles de l'homme »*³⁵⁴. Ces procédés visent le contrôle de l'information par l'organisation du secret vis-à-vis des tiers et par l'organisation de la circulation de l'information à l'intérieur de l'entreprise. L'exclusivité factuelle due au secret ou le transfert matériel de l'information organisés par les contrats permettent de valoriser l'information et de se la réserver. C'est à ce titre que l'on peut parler d'appropriation, même lorsque les qualifications de bien et de propriété peuvent faire débat³⁵⁵.

Travailleurs ». Sur « l'importance du 'facteur humain' » dans l'appréhension de la notion d'entreprise par le juge constitutionnel : G. Drago, « De quelques apports du droit constitutionnel à une définition de l'entreprise », in *Mélanges Champaud, Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1997, p.299, spéc. p.305.

³⁵⁴ J. M. Mousseron, J. Raynard et T. Revet, « De la propriété comme modèle », préc., p.281.

³⁵⁵ Sur la question de la propriété de l'information, V. P. Berlioz, « Quelle protection pour les informations économiques secrètes de l'entreprise », RTDcom. 2012, p.263, rappelant les diverses propositions de loi présentées par le député Bernard Carayon, et notamment celle du 13 janvier 2011, évoquant la nécessité de

98. **Valorisation par le secret.** L'information ne bénéficie pas en tant que telle d'un véritable statut juridique. En droit pénal notamment, les condamnations de l'espionnage industriel, de la divulgation des secrets de fabriques, ou de la violation du secret professionnel³⁵⁶ sont insuffisantes à « réserver » l'information. Ne sont condamnés que les moyens frauduleux d'obtenir ou de divulguer l'information détenue par autrui³⁵⁷. La contrefaçon ne condamne que la reproduction ou la représentation d'une forme originale, distinctive ou technique. L'incorporité de l'information en fait un élément inappropriable par nature. Sa réservation suppose donc la mise en place d'un dispositif permettant son accaparement de fait : l'organisation du secret. L'information est libre juridiquement ; seule la difficulté pour y accéder nuit à sa circulation. En permettant la préservation du secret, le droit permet au titulaire de l'information de l'accaparer en fait. L'exclusivité est précaire puisqu'elle n'est garantie ni en droit, ni par l'unicité d'un corps. Toutefois, le droit des obligations interdit la concurrence déloyale et le parasitisme, notamment en ce qui concerne l'exploitation des informations³⁵⁸. De la même manière, le nouvel employeur d'un salarié est solidairement responsable du dommage causé à l'ancien employeur en cas de débauchage du salarié ou d'embauche d'un salarié qu'il savait être encore lié par un contrat de travail³⁵⁹. Le droit des obligations permet également d'augmenter contractuellement les garanties accordées à l'employeur ou au partenaire contractuel par des clauses de secret ou confidentialité, des clauses de non-concurrence ou de clauses pénales en cas de rupture de pourparlers. Le droit commun des obligations permet aussi de sanctionner la rupture abusive du contrat ou l'absence d'exécution de bonne foi du contrat. Cette protection semble néanmoins exiger l'existence d'un contrat, la rupture abusive avant la conclusion du contrat étant limitée à des cas très particuliers. Dès lors, en cas de négociation avant contrat de communication de savoir-faire, comme la négociation d'un tel contrat implique la définition de son objet et la communication d'un certain nombre d'informations permettant de préciser les termes du

« construire une protection juridique efficace et globale de l'ensemble des informations et des connaissances de l'entreprise ». Le professeur Berlioz, considérant que l'appropriation de l'information est certaine, s'interroge également sur la qualification de chose et la portée de la qualification de propriété.

³⁵⁶ Condamnés respectivement par la loi n°68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, et par l'article L.226-13 du Code pénal.

³⁵⁷ Pour des exemples : Cass. crim. 12 janvier 1989 : Bull. crim. n°14 ; RDIT 1989, n°3, p.34, note J. Devezé ; JCP E 1990 II 15761, obs. M. Vivant et A. Lucas ; Cass. crim. 29 avril 1986 : Bull. n°148 ; JCP 1987 II 20788, note H. Croze ; Cass. crim. 1^{er} mars 1989 : Bull. n°100 ; JCP E 1990 II 15761.

³⁵⁸ P. Leclercq, « L'information est-elle un bien ? », avec le concours de Pierre Catala, in *Droit et informatique : L'hermine et la puce*, éd. Masson, 1992, coll. F. R. Bull, Préf. J. Carbonnier, p.91.

³⁵⁹ Ctrav., art. L.1237-3.

contrat, et notamment le prix, les résultats ou les modes de délivrance, il est préférable pour réserver l'information de conclure un avant-contrat comprenant au moins une clause de confidentialité, voire une clause de non-exploitation des informations données ou une clause pénale en cas de rupture des pourparlers. Quant aux clauses de non-concurrence, leur régime varie selon qu'elles sont conclues entre un employeur et son salarié ou non. En effet, les clauses de non-concurrence sont très strictement réglementées en droit du travail : renforçant le droit commun – notamment les obligations générales de loyauté et de non-concurrence traditionnellement comprises dans le contrat – par l'introduction d'une clause spéciale au contrat du salarié, l'employeur ne peut prétendre au bénéfice de cette clause qu'à la condition que celle-ci soit indispensable à la préservation de son activité. Les principes de libre concurrence mais aussi de liberté du travail et de liberté d'entreprendre admettent des restrictions limitées, qui doivent être justifiées et proportionnées à l'objectif social à protéger. L'appréciation de la validité de la clause de non-concurrence implique donc premièrement la mise en œuvre d'un principe de proportionnalité : proportionnalité entre la préservation de l'activité de l'entreprise et le danger que représente l'activité postérieure du salarié chez un concurrent. L'activité de l'entreprise mais aussi l'activité du salarié en son sein sont donc à prendre en considération. Cette clause, restrictive de la liberté de travail du salarié, doit aussi être proportionnée dans ses effets : elle ne doit pas priver le salarié de sa faculté de travailler, et surtout de travailler selon ses compétences. Elle doit donc être limitée géographiquement et temporellement, et reste de toute évidence restreinte au domaine d'activité de l'entreprise, celui-ci pouvant comprendre outre les concurrents directs de l'entreprise, ses clients et ses fournisseurs, l'information de l'activité de l'entreprise, de ses pratiques, de ses difficultés ou de ses perspectives pouvant les intéresser particulièrement. Enfin, depuis le 10 juillet 2002³⁶⁰, la clause de non-concurrence n'est licite qu'à la condition de prévoir une contrepartie financière significative, que l'employeur peut racheter s'il le souhaite. Cette dernière exigence semble signifier que le contrat de travail peut avoir pour objet autant l'activité que l'inactivité du salarié³⁶¹. On ne peut nier qu'après le licenciement ou la démission du salarié, le contrat se poursuive pendant une durée déterminée par le contrat (la période de non-concurrence), à

³⁶⁰ Soc. 10 juillet 2002 : D. 2002, jur. p.2491, note Y. Serra. V. aussi : Soc. 29 janv. 2003 : Bull. n°27 et Soc. 4 nov. 2003, Soc. 14 janv. 2004, Soc. 8 déc. 2004 et Soc. 30 mars 2005 : inédits.

³⁶¹ En ce sens : G. Couturier, *Droit du travail, relations individuelles*, préc., n°194 et aussi note sous Soc. 8 oct. 1996 : DS 1996, p.1095 ; V. Lebe-Dessard, « La clause de non concurrence et la concurrence déloyale, Clauses spéciales du contrat de travail, Utilité – Validité – Sanction, Actes du colloque organisé à Louvain-la-neuve, le 30 avr. 2003, par la Conférence du Jeune Barreau de Nivelles, Bruylant, 2003, p.217, cité in J. Séchier-Dechevrens, « Vers un déséquilibre contractuel de la clause de non-concurrence », note sous Soc. 13 sept. 2005, D. 2006, p.1357.

moins que le salarié ne trouve un emploi dans un autre secteur d'activité : chacune des parties continue d'être liée à l'autre par des obligations contractuelles, non-concurrence pour l'un, versement de la contrepartie financière pour l'autre³⁶². On notera qu'il paraît logique que la contrepartie financière ne soit pas égale au salaire versé, l'entreprise devant certes rémunérer la mainmise qu'il continue d'exercer sur la force de travail (par l'interdiction de proposition à un concurrent) mais ne bénéficiant d'aucun effet de l'activité par hypothèse non sollicitée : le prix de cette mise à disposition peut donc être moins élevé que celui de la mise à disposition de l'activité donnant lieu à acquisition des fruits. La pratique a développé des clauses de non-concurrence plus limitées, interdisant au salarié de travailler après rupture du contrat de travail, de manière directe ou indirecte, avec un ou plusieurs clients de l'entreprise. Ces clauses ont également été qualifiées de clause de non-concurrence par la Cour de cassation³⁶³ et leur validité impose le versement d'une contrepartie financière, alors même que le salarié n'est pas privé de sa liberté de travail en tant que telle. Entre professionnels, la clause de non-concurrence consiste le plus souvent en une interdiction de réinstallation, de démarchage de la

³⁶² V., d'ailleurs, la jurisprudence de la Cour de cassation écartant la qualification de clause pénale (notamment Soc. 4 juillet 1983 : Bull. n°380), mais aussi celle d'indemnisation d'un préjudice subi par le salarié (Soc. 15 déc. 1982 : Bull. n°701, et plus récemment Soc. 15 juillet 1998 : D. 1999, jur. p.237, note C. Puigelier). Le juge n'a donc pas de pouvoir modérateur et la contrepartie est due même si le salarié retrouve un emploi dans un autre secteur d'activité. Notons néanmoins que la contrepartie financière n'est due que tant que le salarié respecte la clause de non-concurrence : Soc. 13 sept. 2005 : D. 2006, p.1357, note J. Séchier-Dechevrens, préc.. Dans cette espèce, la renonciation tardive de l'employeur à la clause de non-concurrence était reconnue tant par la cour d'appel que par la Cour de cassation inopérante : l'employeur était donc condamné à payer la contrepartie financière. En revanche, la Cour de cassation reproche à la cour d'appel d'avoir condamné l'employeur à payer l'intégralité de cette contrepartie alors que le salarié avait, avant la fin de la période de non-concurrence prévue au contrat, trouvé un nouvel emploi chez un concurrent. Cet arrêt est intéressant à plus d'un titre. D'abord, il est intéressant de noter que la Cour de cassation considère que la rémunération de la clause de non-concurrence est bien la contrepartie de l'inactivité du salarié : dès lors que l'inactivité cesse, la contrepartie n'est plus due. Ensuite, on pourrait, comme Mme Séchier-Dechevrens, s'interroger sur la pertinence de la solution qui finalement ne sanctionne pas vraiment la violation par le salarié lui-même de la clause de non-concurrence, puisqu'il conserve, certes en partie seulement, son droit à rémunération, alors que la violation de la clause aurait dû, selon elle, dispenser l'employeur du versement de l'indemnité, voire lui donner droit à dommages-intérêts, et conclure à la méconnaissance de la loi des parties. Toutefois, si l'on retient que la contrepartie financière rémunère l'inactivité du salarié, et non plus un préjudice, on met l'accent sur le fait que l'engagement du salarié est à exécution successive et que l'inexécution de ses obligations par le salarié se traduira par la seule résiliation du contrat, éventuellement assortie de dommages-intérêts, la restitution des prestations réciproques étant impossible. Autrement dit, la rémunération de l'inactivité du salarié reste due tant que le salarié a respecté ses engagements et n'est plus due pour l'avenir. Si le non-respect des obligations par le salarié cause un préjudice supplémentaire à l'employeur, celui-ci doit être indemnisé mais dans la seule mesure du préjudice subi, qui ne couvre pas nécessairement le montant des indemnités perçues par le salarié pendant toute la durée de la période de non-concurrence. Si l'employeur a versé par avance, au moment de la rupture du contrat, la contrepartie financière correspondant à l'intégralité de la période de non-concurrence contractuellement prévue, il devrait avoir droit à remboursement partiel de ladite somme.

³⁶³ Cass. soc., 27 oct. 2009 : Bull. n°232 ; DS 2010, p.210, obs. J. Mouly.

clientèle, ou une interdiction de travailler directement ou indirectement pour une clientèle définie ou la réservation d'une exclusivité sur un secteur géographique ou pour un produit ou service déterminé. Une telle clause ne doit pas porter atteinte aux principes de la libre concurrence et constituer un cloisonnement ou plus généralement une entente prohibée. Le droit interne et le droit communautaire condamneraient en effet de telles pratiques³⁶⁴. Ces clauses sont courantes en cas de rachat d'une activité (fonds de commerce, cabinet). La clientèle étant un élément essentiel et déterminant de la vente, tout en étant « volatile », il importe de garantir au cessionnaire que le cédant ne se réinstallera pas dans des conditions susceptibles de nuire au cessionnaire, et notamment qu'il « n'emporte pas » la clientèle lors de son départ. Par ailleurs, si le principe est la libre concurrence, les États peuvent instaurer certaines restrictions, notamment pour la protection des industries innovantes. Ce n'est plus le fruit de l'activité mais l'activité elle-même qui est alors protégée. La protection n'est plus juridique mais économique. Le contrôle est d'autant plus strict s'il s'agit non plus de réservation de l'information mais de fourniture d'informations.

99. **Organisation de la circulation de l'information.** Concernant l'organisation de la circulation de l'information, on pense *a priori* à la circulation de l'information entre entreprises, aux contrats de communication de savoir-faire notamment, permettant de transférer une information suscitée par l'activité de l'entreprise. Il faut aussi envisager l'organisation de l'information au sein de l'entreprise, et notamment entre salarié et employeur ou entre salariés. Les informations susceptibles d'intéresser l'employeur peuvent concerner l'organisation de l'activité de l'entreprise ou du salarié (en ce sens d'ailleurs, le salarié doit informer l'employeur d'une invention dont l'objet pourrait intéresser l'entreprise, quand bien même la création ne relevait pas des missions du salarié³⁶⁵) mais aussi des clients ou des fournisseurs de l'entreprise. Aussi le salarié doit-il donner à son employeur toute information permettant à celui-ci de continuer l'activité de son salarié pendant suspension ou après rupture du contrat. Cette obligation d'information, relevant traditionnellement de l'obligation générale de loyauté envers l'employeur, peut être renforcée par une clause spéciale d'information. Celle-ci permet notamment d'imposer au salarié d'informer l'employeur de la création d'un logiciel³⁶⁶, d'une

³⁶⁴ Ccom., art. L.420-1 ; Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, art. 101.

³⁶⁵ CPI, art. L.611-7, 3°.

³⁶⁶ La lettre de la loi ne permet la dévolution des droits sur le logiciel à l'employeur qu'à la condition que celui-ci ait été créé à l'occasion des missions du salarié ou sur instructions de l'employeur, l'analyse de la jurisprudence démontre néanmoins qu'elle étend cette dévolution aux créations à l'occasion de l'emploi, transposant *contra legem*, la dévolution des droits à l'employeur en cas d'invention hors mission attribuable au droit d'auteur relatif aux logiciels. Pour illustration, CA Nancy, 13 sept. 1994 : JCP E 1996, I, 559, n°2 obs. M. Vivant et C. Le Stanc, admettant la propriété de l'employeur dès lors que le salarié a créé le logiciel

méthode ou d'un outil de travail. Encore faut-il qu'elle soit suffisamment précise pour être valable. La seule mention de « toute information intéressant l'entreprise » paraît insuffisante à satisfaire l'exigence d'objet déterminé, indispensable à la validité d'une telle clause³⁶⁷. Ces clauses générales ont toutefois le mérite d'être informationnelles et permettent à l'employeur de manifester sans équivoque de son désir d'être averti de l'existence d'informations, d'innovations ou techniques susceptibles d'être détenues ou créées par le salarié. Si elles n'ont pas de vertu juridique, elles ont une utilité en termes de management. Pour avoir une réelle portée juridique, les clauses doivent être plus précises. Clauses d'information à l'occasion du contrat de travail ou contrat de communication de savoir-faire, l'organisation de la circulation de l'information s'opère par contrat. En principe, ces clauses impliquent d'une part une obligation de transfert de l'information et d'autre part, une obligation de ne pas communiquer l'information à un tiers. Selon l'activité de l'entreprise, et notamment son caractère innovant ou non ou le caractère plus ou moins stratégique de sa politique commerciale, ces clauses sont plus ou moins précises et prévoient ou non un dispositif de circulation de l'information, de rémunération et/ou de sanction. On peut également envisager le plein recours aux mécanismes du droit du travail : par l'organisation d'un processus qualité impliquant le transfert d'informations, l'employeur indique que la mutualisation de l'information fait partie intégrante des conditions normales d'exécution du contrat de travail ; la sanction du non-respect de la procédure qualité peut par ailleurs être prévue dans le règlement intérieur de l'entreprise ; le respect du processus qualité (qui relève des conditions d'exécution du contrat de travail) relevant de la bonne exécution du contrat, des manquements graves ou répétés pourraient constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. Si la circulation de l'information est particulièrement stratégique pour l'employeur, il peut également par

avec le matériel de l'entreprise, même si celui-ci a été réalisé en dehors du temps de travail du salarié et d'une mission inventive ; CA Paris, 29 oct. 1987 : JCP E 1988, II, 15297, n°6, 2°, obs. M. Vivant et A. Lucas, admettant que le salaire d'un cadre était une rémunération « forfaitaire » incluant « le travail accompli à son domicile » !, ce qui justifie l'attribution de la propriété du logiciel à l'employeur. On notera que si les annotateurs de la décision font justement observer que « la qualité de cadre ne permet pas à elle seule d'inférer une quelconque présomption en faveur de l'employeur, pas plus que l'existence d'une rémunération forfaitaire », ils admettent en revanche, que le logiciel ayant été créé pour « faciliter l'exercice des fonctions », ce lien avec le travail justifiait l'attribution de la propriété à l'employeur, quand bien même le logiciel aurait été développé à l'initiative du salarié et en dehors du temps et du lieu de travail et des moyens de production de l'entreprise. Le lien avec les fonctions est selon eux « l'élément déterminant » et « la circonstance que la création avait été réalisée en dehors du lieu de travail est, comme le dit justement la cour de Paris, indifférente ». Les mêmes annotateurs critiquent dès lors l'arrêt de la cour d'appel d'Amiens, statuant sur renvoi dans l'affaire Pachot, et admettant que le salarié qui a développé seul un logiciel pour les besoins de l'entreprise en est le propriétaire et pouvait légitimement refuser de mettre le logiciel à disposition de l'employeur dès lors que l'employeur refusait une quelconque négociation sur une contrepartie financière à cette mise à disposition, considérant qu'il avait vocation à en être le seul propriétaire, et ce sans contrepartie (CA Amiens, 16 mai 1988 : JCP E 1988, II, 15297, n°6, 3°)

³⁶⁷ Cciv., art. 1108.

engagement unilatéral ou accord collectif mettre en place un système de primes permettant de valoriser cette circulation de l'information. S'il y a transfert d'information, il ne s'agit pas pour autant d'une vente, puisqu'il n'y a pas en tant que tel transfert de la propriété d'un bien. Le salarié n'a d'ailleurs pas droit à rémunération spécifique. En effet, de la même manière, en dehors de toute relation subordonnée, le contrat de communication de savoir-faire ne constitue pas une vente. Le prestataire (comme le salarié) confiant son savoir-faire à un tiers ne se dépossède pas pour autant de l'information. Il peut certes s'engager à une communication exclusive du savoir-faire, voire à ne plus utiliser le savoir-faire (ce qui est plus rare ; le salarié peut en revanche se voir interdire une telle exploitation ou toute autre communication par une obligation de confidentialité ou de secret professionnel, qu'il sera parfois utile de renforcer contractuellement, notamment concernant l'après-contrat de travail, la distinction de la clause de non-concurrence pourra parfois être ambiguë, il conviendra donc de prêter attention à la rédaction et de s'interroger sur la nécessité d'introduire ou non une contrepartie financière à cette obligation). Même en de tels cas, le détenteur de l'information ne se dépossède pas pour autant de la connaissance qu'il a de l'information. Il se contente de s'engager à ne pas l'exploiter. Cet engagement de faire (porter l'information à la connaissance du cocontractant) et de ne pas faire (ne pas porter l'information à la connaissance d'autrui et ne pas user de l'information) à la fois ne peut constitutif ni d'une vente, ni d'un louage. Le titulaire initial possèdera toujours l'information. La possession exclusive de l'information par le tiers contractant, si elle est souhaitée, impliquera nécessairement que le titulaire initial de l'information s'engage à ne pas l'exploiter lui-même ou la communiquer à autrui. L'information ne donne donc lieu qu'à droits personnels et ne peut faire l'objet d'une propriété directe. Contrairement à la clientèle ou à l'image, fruits incorporels de l'activité humaine, l'information ne donne pas lieu à monopole d'exploitation assimilable à une propriété. Elle se distingue par sa liberté de circulation de principe. Elle fait d'ailleurs l'objet d'un droit fondamental pour le public lorsqu'elle relève du domaine culturel, social, politique ou économique, qui reste certes à concilier avec les autres droits fondamentaux que sont notamment le droit de propriété ou le droit au respect de la vie privée. Ne faisant pas l'objet d'un droit de propriété, l'information bénéficie donc d'un statut amoindri vis-à-vis du principe de libre circulation. Seule l'accaparement de fait, organisable contractuellement, confère à son titulaire des droits – personnels – sur elle. Elle est donc sans aucun doute le fruit du travail dont la réservation est la plus précaire, hormis peut-être en cas de contrat de travail, celui-ci permettant facilement à l'entreprise de bénéficier des informations détenues par ses salariés, encore que le maintien du secret reste à long terme difficilement exigible en cas de rupture du contrat. On remarque d'ailleurs que, concernant les fruits les plus personnels du travail (image,

renommée notamment) la tendance est à dépasser le salariat. Le personnelisme conduisant à l'exclusivisme permet ainsi le dépassement du droit du travail pour une relation contractuelle plus sûre.

§ 2. PERSONNALISME ET APPROPRIATION DES FRUITS DU TRAVAIL : AU-DELÀ DU SALARIAT

100. L'appropriation des fruits incorporels du travail, notamment lorsqu'ils sont des fruits indirects ou accessoires de l'activité exercée, étant parfois incertaine quant à la titularité des droits ou consacrant la propriété du salarié, les entreprises recourent en plus du contrat de travail à des conventions de transfert de propriété pour affermir leurs droits. Tels est particulièrement le cas des fruits personnels du travail (A). On constate également un regain du travail indépendant (B) qui, s'il ne modifie pas les principes d'appropriation en eux-mêmes, invite à penser que l'exercice du travail sous la forme salariée mais aussi indépendante connaît une certaine mutation.

A. Appropriation des fruits personnels du travail : intérêt de l'approche propriétaire

101. **L'exemple des droits sur l'image.** C'est en matière d'image que la montée du concept de propriété est la plus flagrante³⁶⁸. Il convient toutefois d'être précis et de distinguer le droit sur une image de la personne et le droit sur l'image de la personne. En effet, dans la pratique, il existe plusieurs sortes de contrats sur l'image : 1°) une image ou une série d'images particulières de la personne, définies en leurs formes, à l'occasion d'une fixation (photographies ou enregistrements audiovisuels) et qui seront exploitées de manière exclusive ou non mais qui n'emporte pas interdiction pour la personne dont l'image a été fixée d'exploiter par ailleurs d'autres formes de son image ; et 2°) l'image de la personne indépendamment de la forme fixée (il s'agit ici de réserver l'exploitation, exclusive, de l'image d'une personne quelle qu'en soit la forme, donc de son potentiel médiatique, de sa renommée). Les régimes sont distincts car dans le premier cas, la personne n'est pas privée de la possibilité d'exploitation de son image, elle peut poursuivre son activité professionnelle (tel

³⁶⁸ V. J.-M. Bruguière, « Le droit à l'image possible objet de contrat », note sous CA Versailles, 22 sept. 2005 : *Legipresse*, juin 2006, p.109 ; « Contrat sur l'image : la première chambre civile persiste et signe », note sous Cass. 1^{re} civ., 28 janvier 2010 : *Legipresse*, mai 2010, p.27 ; « La patrimonialisation de l'image : état des lieux » : *Legicom* 2009/2 p.19. V. également les analyses de T. Roussineau, « Droit patrimonial à l'image : encore un rendez-vous manqué », *Legipresse*, 2009, 262, III, 109. Contra contestant l'existence de droits patrimoniaux de la personnalité et contestant l'utilité de la reconnaissance de tels droits, J. Antippas, « Propos dissidents sur les droits dits « patrimoniaux » de la personnalité », *RTDcom*. 2012, p.35.

est notamment le cas des mannequins³⁶⁹ mais aussi des personnes célèbres) et en reste maîtresse ; dans le second cas, elle n'en est plus maîtresse, puisqu'elle a consenti une exclusivité sur cette exploitation. Dans le premier cas, la jurisprudence considère que le contrat de cession de droits relève du droit commun, c'est-à-dire de la liberté contractuelle, et admet la validité du contrat qualifié le plus souvent par la jurisprudence d'autorisation et non de cession, comme c'est souvent le cas en pratique, dès lors qu'il est délimité quant à sa durée, son domaine géographique, la nature des supports et l'exclusion de certains contextes³⁷⁰. Les mannequins sont spécialement concernés par ce type de contrats. On observe régulièrement en jurisprudence des demandes portant sur ces contrats, les mannequins réclamant soit une rémunération proportionnelle au vu du succès des photographies, soit contestant la validité du contrat pour insuffisance de la délimitation. Si la jurisprudence admet que l'autorisation doit être délimitée, elle refuse de réviser la rémunération due au mannequin, dès lors que le contrat a prévu une rémunération forfaitaire et qu'aucun vice du consentement n'est démontré. La Cour de cassation a ainsi régulièrement réaffirmé l'inapplicabilité des dispositions du code de la propriété intellectuelle à ce contrat, la protection de l'image ne relevant que de l'article 9 du Code civil. On remarquera par ailleurs qu'au contraire, le Code du travail prévoit expressément en ce qui concerne les mannequins la possibilité de verser une rémunération proportionnelle ou forfaitaire³⁷¹. La rémunération forfaitaire a la nature de salaire, la rémunération proportionnelle aux résultats de la vente ou de l'exploitation de l'image (le texte évoque l'enregistrement), si elle est contractuellement adoptée par les parties, n'a pas la nature de salaire. Ainsi, le Code du travail admet indirectement la possibilité d'un intéressement proportionnel aux résultats d'exploitation de l'image des mannequins au profit des mannequins et admet que cette rémunération n'est pas la rémunération d'un travail mais la contrepartie à l'exploitation d'un attribut de la personnalité du mannequin, son image, son potentiel médiatique³⁷². Le second cas est plus complexe. Mais les juges du fond n'hésitent

³⁶⁹ L'exploitation de leur image pour la présentation des produits est en effet le but de la convention ; la convention n'en demeure pas moins un contrat de travail, conformément à la présomption de salariat édictée par le Code du travail (Ctrav., art. L.7123-3).

³⁷⁰ Pour une illustration, Cass. civ. 1^{re}, 11 déc. 2008 : *Legipresse* 2009, 262, III, 109, note T. Roussineau (on notera qu'ici le contrat valait pour le monde entier, toute destination et tous procédés, pendant quinze ans renouvelables et n'excluait que l'exploitation pornographique).

³⁷¹ Ctrav., art. L.7123-6.

³⁷² Le critère retenu n'est pas la célébrité de la personne, l'existence d'un potentiel médiatique qui pourrait être difficile à évaluer par les juges mais le caractère forfaitaire de la rémunération (quand bien même il serait manifeste que la personne est une personne célèbre au potentiel médiatique certain et que la somme déterminée par les parties tenait compte de cette notoriété), ce qui conduit à la qualification de salaire (donc à la soumission aux cotisations URSSAF) de la somme de 167.694 euros versés à Johnny Halliday au titre

plus à reconnaître aux personnes célèbres un droit exclusif d'exploitation de leur image qui n'est que la consécration d'une pratique visant à la fois de la part des entreprises à s'accaparer l'intégralité du potentiel médiatique de leurs collaborateurs et à préférer une logique propriétaire à celle du salariat, la première permettant en effet la poursuite des effets du contrat même après sa rupture³⁷³. Au-delà de la signature du contrat de travail (recrutement d'une célébrité en qualité d'artiste-interprète, d'animateur de télévision ou de journaliste), les entreprises de production prévoient régulièrement la cession des droits d'exploitation de l'image de la personne employée. Ainsi, la cour d'appel de Versailles, le 22 septembre 2005, dans une affaire Johnny Hallyday a-t-elle reconnu la licéité de la cession à titre exclusif du droit d'autoriser l'usage commercial du nom, pseudonyme et de l'image de Johnny Hallyday³⁷⁴. La cour admet en effet qu'il existe un droit sur l'image et l'utilisation qui en est faite, que ce droit est un droit exclusif qui permet à la personne de s'opposer à la diffusion de son image sans son autorisation expresse et spéciale. Ce droit est donc un droit exclusif d'autoriser et d'interdire. L'image est donc promue au rang de « *source nouvelle de propriété incorporelle* »³⁷⁵. La reconnaissance à ce droit de la qualité de droit patrimonial emporte selon la cour qu'il peut valablement donner lieu à l'établissement de contrats, soumis au régime général des obligations. Un contrat de cession est donc possible. En dehors des cas spécialement réglementés, mannequinat et interprétation, le contrat de cession n'est pas soumis à un droit spécial mais au droit commun. En l'espèce, aucun régime spécial n'était en cause car Johnny Halliday n'avait pas posé pour la photographie en qualité de mannequin et, si la photographie litigieuse était bien extraite d'un film, ce n'était pas l'interprétation de Johnny Hallyday qui était ici exploitée mais bien l'image de Johnny Halliday. Sans remettre en cause la reconnaissance d'un droit exclusif librement cessible sur l'image des personnes, on peut s'interroger sur l'éviction lapidaire de l'exploitation de l'interprétation : d'abord, l'image est extraite du film ; ensuite, l'image était diffusée avec une photographie de Sylvie Vartan, partenaire de Johnny Halliday dans le film en cause, la référence au film était donc certaine. La cour veut ici exclure l'application du droit spécial des artistes-interprètes : le contrat entre Johnny Hallyday et Universal Music n'était pas un contrat emportant fixation aux fins d'exploitation d'une

de l'exploitation de son image et de sa signature sur un paquet de café : Cass. civ. 2^e, 3 juin 2010, n°09-15496 et sur renvoi CA Caen, 9 sept. 2011 : RLDI 2012, n°81, p.80, n°2724, obs. T. Hassler.

³⁷³ Comp. le cas des artistes-interprètes et de la cession des droits voisins : la résiliation du contrat d'enregistrement exclusif avec le producteur ne remet pas en cause les cessions de droit antérieures : Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2006 : Bull. n°361.

³⁷⁴ CA Paris, 12^e ch. 2^e sect., 22 sept. 2005 : Légipresse, 2006, III, p.109, note J.-M. Bruguière, « le droit à l'image, possible objet de contrat ».

³⁷⁵ J.-M. Bruguière, « Le droit à l'image possible objet de contrat », préc.

interprétation et n'est donc pas soumis aux dispositions du Code de la propriété intellectuelle. Mais lorsqu'elle considère que la reproduction de la photographie de Johnny Hallyday sur un calendrier, même extraite d'un film, constitue l'exploitation de l'image et non une prestation d'artiste, elle constate certes que la société de calendrier entend profiter du potentiel médiatique de la star, potentiel dont il a cédé l'exclusivité de l'exploitation à Universal Music mais elle va plus loin car elle est consacre un droit de propriété sur l'image d'un tiers. Or ce droit de propriété est opposable à tous et le transfert de propriété peut notamment être opposé au cédant, qui doit respecter les effets du contrat. Dès lors, Johnny Hallyday peut certes jouer dans d'autres films puisqu'il n'a pas cédé son droit à l'image par rapport à une telle exploitation mais le producteur du film ne pourra exploiter l'image de l'acteur principal de son film sans demander l'autorisation d'Universal Music. En se faisant céder l'exclusivité de l'exploitation commerciale, notamment à des fins publicitaires, de l'image de Johnny Hallyday, Universal Music interdit l'exploitation par d'autres producteurs de Johnny Hallyday de l'image de ce dernier. Sans constituer à proprement parler une atteinte à la liberté du travail, encore que souvent la promotion fasse partie des obligations contractuelles d'un artiste-interprète et d'un auteur, un tel accord confère à Universal Music un avantage concurrentiel important que ne lui aurait pas accordé par principe le contrat de production ou le contrat de travail. Certes, le contrat de travail emporte obligation de loyauté du salarié envers son employeur, obligation qui peut être renforcée par la prévision d'une clause d'exclusivité, ou prolongée par la prévision d'une clause de non-concurrence³⁷⁶. Toutefois, la validité de telles clauses doit être justifiée par un intérêt légitime de l'entreprise et proportionnée à la nécessité pour l'entreprise de protéger cet intérêt. La cession du droit exclusif emporte des effets comparables à ceux d'une clause d'exclusivité et d'une clause de non-concurrence en ce qui concerne non l'activité du salarié mais son potentiel médiatique. Un employeur ou un producteur qui voudrait traiter postérieurement avec Johnny Hallyday est obligé de contracter avec Universal Music quant à l'exploitation commerciale de son image. Un tel pouvoir, qui peut engendrer un droit à redevance au profit d'Universal Music, peut indirectement nuire à la liberté du travail du chanteur. La cour d'appel en admettant que la cession du droit exclusif d'exploitation de l'image d'une personne puisse n'être soumise à aucune condition, notamment restriction dans le temps et dans l'espace, et obligation à une contrepartie financière pendant le temps de l'exécution du contrat, évince l'application du droit du travail et d'un statut protecteur de la personne, au profit d'une analyse purement propriétaire, qui emporte des droits plus importants au profit de l'exploitant.

³⁷⁶ Pour une description de ces clauses, J. Péliissier, G. Auzéro et E. Dockès, *Droit du travail*, préc. n°178 et s.

102. **Auto-exploitation de l'image.** Une affaire traitée par le Tribunal de grande instance de Paris³⁷⁷ est intéressante à étudier car elle présente un exemple de dispositif particulier mis en place par les parties pour s'abstraire du droit du travail et préférer une approche fondée sur la propriété et l'indépendance. Evelyne Thomas avait conclu avec la société réservoir Prod un contrat de travail assorti d'une autorisation de fixation et exploitation de son image et de sa voix. Elle y reconnaissait n'avoir aucun droit sur les concepts et les programmes de l'émission. En plus de son salaire, Evelyne Thomas percevait une rémunération proportionnelle égale à 5% des recettes nettes perçues par la société Réservoir Prod au titre de la revente des émissions. Cette rémunération proportionnelle constituait selon l'interprétation du contrat établie par le tribunal la contrepartie de l'autorisation d'exploitation de son image ou de sa voix. Le montage contractuel alliait donc contrat de travail et cession du droit d'exploiter l'image du salarié. Cet accord a été remplacé en 2003 par un nouveau montage contractuel : Evelyne Thomas crée une société, 2secondes production (2SP), qui a pour objet la promotion et l'exploitation de son image, cette société gère désormais l'exploitation commerciale de son image, notamment par Réservoir prod à l'occasion de l'émission '*c'est mon choix*'. Le contrat de travail initialement conclu entre Réservoir prod et Evelyne Thomas est donc remplacé par un contrat entre Réservoir prod et la société 2SP : le contrat n'est plus un contrat de travail, puisqu'il est conclu entre deux sociétés et qu'il n'y a plus de lien de subordination entre la société Réservoir prod et Evelyne Thomas, celle-ci étant en relation avec la société 2SP ; la rémunération n'est plus un salaire mais un prix, contrepartie de l'autorisation d'exploiter, on remarque néanmoins que l'objet de la cession étant un droit d'exploiter, le prix est proportionnel au résultat de l'exploitation, 8% du chiffre d'affaires net HT produit par la vente des émissions à France 3, 50% du produit de la vente à l'étranger et 50% des opérations de 'call' et 'best of'. L'analyse en termes de contrat de travail, qui engendrait un statut particulier, est donc remplacée par une analyse en termes de cession de droits patrimoniaux et de contrats d'exploitation, qui exclut l'application du statut protecteur inhérent à la qualification de contrat de travail. Le tribunal de grande instance valide ce montage contractuel, admettant qu'il existe un droit patrimonial sur l'image, indépendamment d'ailleurs de l'article 9 du Code civil, qui n'a vocation qu'à protéger la vie privée des personnes et non leur image dans le cadre professionnel et donc public, et que les activités professionnelles de Mme Thomas s'exercent dans le domaine audiovisuel. On assiste donc à un glissement du statut de salarié à celui d'entrepreneur, éventuellement sous forme de société, la création de l'entreprise permettant

³⁷⁷ TGI Paris, 3^e ch, 2^e section, 28 sept. 2006, affaire Evelyne Thomas : Légipresse 2007, n°239, III, p.54, note J.-M. Bruguière.

une auto-exploitation de l'image par la célébrité-entrepreneur, évinçant à la fois les règles protectrices du droit civil et du droit du travail. Cette pratique d'auto-exploitation de l'image par la création de sociétés intermédiaire, précurseur de l'auto-exploitation de la force de travail par le régime de l'auto-entrepreneur, régime qui ne laisse de poser question par les professions qui sont ainsi exercées, démontre comment les logiques du travail salarié et du travail indépendant tendent, de nos jours, si ce n'est à converger, du moins à se rapprocher et s'entremêler.

B. Plébiscite de l'indépendance

103. **L'entreprise, remplaçant le salariat.** L'entreprise est un des moyens les plus efficaces d'appropriation des fruits du travail. Or, aujourd'hui, la politique de l'emploi est une politique en faveur de l'entreprise : le développement des petites et moyennes entreprises et le développement de l'emploi sont deux objectifs inséparables³⁷⁸, la lutte contre le chômage passe d'ailleurs en partie par la création et la reprise d'entreprises³⁷⁹, c'est-à-dire la création par chacun de son propre emploi. Si le modèle d'exercice de l'activité professionnelle reste le travail salarié³⁸⁰, l'entreprise est donc de plus en plus valorisée. Or l'entreprise ou le travail indépendant concourent à la création d'un modèle qui met la propriété au cœur de l'activité professionnelle en ce que le professionnel a vocation à acquérir les fruits de son travail, dont l'entreprise est une forme de capitalisation. Le rétablissement de la présomption de travail

³⁷⁸ V. discours de M. Renaud Dutreil, Ministre des PME, présentant le projet de loi PME au Sénat, le 13 juin 2005, disponible sur www.senat.fr : « Comme l'a indiqué le Premier ministre dans son discours de politique générale, l'emploi et la priorité absolue du gouvernement. Or, les PME sont le fer de lance de la création d'emplois dans notre pays (ne perdons pas de vue que les PME représentent 99% des entreprises et 63% de l'emploi total). (...) Pour lutter contre le chômage, nous devons revenir à la racine de la croissance et de l'emploi : l'innovateur, le créateur, son contrat avec un employé, sa volonté d'en prendre un deuxième, puis un troisième. Et lever, une à une, toutes les barrières qui empêchent les entreprises de se créer, d'embaucher, de se développer, de se transmettre ». Selon le Ministre, les calculs sont simples : « Il existe en France plus d'un million d'entreprises unipersonnelles ; il suffirait que chacune d'elles embauche un employé pour que le chômage recule de manière significative. Autre chiffre : si nous avions dans les services d'hôtellerie-restauration le même taux d'emplois que certains pays européens, nous aurions 1,2 millions de chômeurs en moins ».

³⁷⁹ D'après le rapport de la commission aux affaires sociales du sénat, 30 % des créations d'entreprises sont aujourd'hui le fait de demandeurs d'emploi. La création d'entreprise a permis la création ou le maintien de 631 000 emplois en 2004. V. également le plébiscite et le succès du statut d'autoentrepreneur, même si la pérennité des entreprises et emplois créés ainsi reste à démontrer.

³⁸⁰ Pour une analyse sociologique et juridique de la transfiguration du « travailleur », V. les actes du colloque Les périmètres du droit du travail, Lyon, 16 et 17 octobre 2009, publié in Semaine sociale Lamy, 30 mai 2011, notamment les contributions du Professeur Patrick Rozenblatt, « regard d'un sociologue sur les transfigurations du travail » ; Cécile Nicod et Jean-François Paulin, « La subordination en cause » ; B. Géniaut « Les rapports appréhendés par le droit du travail, branche du droit », Emmanuelle Mazuyer, « Les mutations de la figure du travailleur dans le droit de l'Union européenne » et C. Giraudet, « La protection du travailleur économiquement dépendant ».

indépendant³⁸¹ et les encouragements à la création ou reprise d'entreprise ne sont donc pas neutres quant à la promotion d'un modèle qui ne serait plus centré sur la protection des travailleurs mais sur un système propriétaire. Si la propriété exige la liberté, la propriété du travail exige la liberté de l'initiative économique, donc la suppression des contraintes à la création d'entreprise³⁸². La propriété implique également une responsabilité. Pour inciter à entreprendre, il faut donc rassurer. Rassurer en limitant les risques, rassurer en créant un statut de l'entrepreneur. Loin d'opposer statut et propriété, le modèle entrepreneurial, pour séduire, est obligé de combiner. Aussi les lois récentes, favorables à l'initiative économique et aux petites et moyennes entreprises³⁸³, créent-elles un véritable statut d'entrepreneur individuel : les lois Dutreil mettent en place un statut fiscal³⁸⁴ de l'entrepreneur facilitant la création et la reprise d'entreprise. Le statut comporte aussi des dispositions d'ordre personnel et familial : l'entrepreneur individuel peut protéger ses biens personnels depuis 2003³⁸⁵ ; le statut du conjoint a été amélioré en 2005 ; le régime de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée adopté en 2010 permet finalement l'affectation par l'entrepreneur de seulement certains de ses biens à son activité professionnelle. Si l'institution des biens de famille était relativement peu utilisée, étant donné le faible montant des biens qui pouvaient être protégés³⁸⁶, l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel avait séduit beaucoup plus. Prenant acte du réel engouement des créateurs d'entreprise pour la forme individuelle, et ce malgré les réformes ayant successivement simplifié le régime des sociétés, le Gouvernement a mis en

³⁸¹ Par la loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, dite « loi Madelin », V. Ctrav., art. L.8221-6.

³⁸² Suppression des exigences de capital social minimum pour la création d'une société et simplification des formalités administratives dans la loi pour l'initiative économique précitée ; nombreux dispositifs d'exonération de charges sociales ; prêts participatifs, micro-crédit mais aussi suppression du taux d'usure ; etc. V. aussi la jurisprudence relative aux clauses dites de non-sollicitation : ces clauses, qu'elles soient insérées dans le contrat de travail (elles s'analysent alors en une clause de non-concurrence) ou dans les contrats conclus entre l'employeur et le client, portent atteinte à la liberté du travail du salarié, notamment en ce qu'elle le prive indirectement de la liberté de s'installer et de démarcher la clientèle, il a donc droit à une indemnisation : Cass. com. 10 mai 2006 : Bull. n°116, confirmé par Cass. soc. 2 mars 2011, n°09-40547.

³⁸³ Loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, et loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

³⁸⁴ Réforme de l'impôt sur la fortune, réduction d'impôt en cas de reprise d'entreprise ou d'investissement dans une PME ; prime à la transmission d'entreprise mais aussi, exonération des droits de donations sur les dons familiaux jusqu'à 30000 €. La loi de finances pour 2003 a par ailleurs prévu une baisse de la taxe professionnelle pour les entreprises employant moins de 5 salariés ; etc.

³⁸⁵ D. Antem, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », *Deffrénois*, 2004, p.327. P. Rubellin, « L'étrange protection des biens non nécessaires à l'exploitation d'un entrepreneur individuel », *JCP G* 1994, I, 3856.

³⁸⁶ M. Boudot, « Biens de famille », *Rép.Civ. Dalloz*.

place un dispositif permettant à l'entrepreneur de protéger son patrimoine personnel³⁸⁷. Le jeune entrepreneur est aussi accompagné dans sa démarche de reconversion professionnelle grâce au contrat d'appui au projet d'entreprise, au tutorat en entreprise et à la formation des créateurs et repreneurs d'entreprise. Les mesures d'accompagnement au changement de statut ne sont d'ailleurs pas réservées aux seuls chômeurs : les lois récentes aménagent des solutions facilitant la transition entre le statut de salarié et celui d'entrepreneur ; tel est le cas de la création de congé 'création d'entreprise'³⁸⁸. L'indépendance est donc favorisée mais l'engouement pour le statut conduit à l'introduction d'une logique statutaire³⁸⁹.

³⁸⁷ L'exposé des motifs du projet de loi n°2265 relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée commence par ces termes : « *En cas d'échec, les entrepreneurs en nom propre doivent répondre de leurs engagements professionnels sur la totalité de leur patrimoine. Malgré les efforts du législateur pour simplifier les modalités de création et de fonctionnement de la société unipersonnelle, plus de la moitié des entreprises créées en 2008 l'ont été en nom propre : cette statistique montre l'attachement des entrepreneurs à ce statut. La présente loi institue l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, qui permet la création d'un patrimoine professionnel séparé. Le nouveau dispositif proposé s'adresse à tout entrepreneur individuel, sur simple déclaration au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers. L'affectation d'un patrimoine à une activité constitue un facteur de sécurité et de limitation du risque entrepreneurial et permet de séparer le patrimoine de l'entrepreneur, sans création d'une personne morale. L'entrepreneur reste propriétaire des biens, quels qu'ils soient, affectés à son activité professionnelle. Ces biens constitueront la garantie des créanciers intervenant dans le cadre professionnel et la responsabilité de l'entrepreneur sera limitée à l'actif ainsi affecté* » (texte complet disponible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl2265.asp>).

³⁸⁸ Ctrav., art. L.3142-78 et s.

³⁸⁹ Sur la question de la protection du travailleur « économiquement dépendant », V. C. Giraudet, « L'aprotection du travailleur économiquement dépendant », Semaine sociale Lamy, 30 mai 2011, p. 80. V. également P.-H. Antonmattei et J.-C. Sciberras, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, Rapport à M ; le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, nov. 2008, disponible sur <http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport-Antonmattei-Sciberras-07NOV08.pdf>.

CONCLUSION

104. Le travailleur a évidemment droit à rétribution de ses efforts : l'appropriation de son travail passe par la valorisation de celui-ci et le droit à rémunération qu'il détient du fait de son activité. En effet, le travailleur a vocation à obtenir la valeur du travail qu'il a fourni car « *tout travail mérite salaire* ». Dès lors, le travailleur bénéficie d'un droit à la propriété de la somme qui lui est due, en contrepartie de son travail. Cette contrepartie prend effectivement la forme d'un salaire lorsque le travailleur fournit une prestation dans le cadre d'un contrat de travail, donc s'il est salarié, d'un traitement lorsqu'il est fonctionnaire, d'honoraires quand il exerce une activité libérale, d'un prix s'il exerce comme artisan ou commerçant, d'une plus-value lorsque le travailleur a modifié son bien et en a augmenté d'autant la valeur, ou d'une indemnisation lorsque le travailleur a modifié le bien d'autrui et que ce tiers bénéficie de la plus-value ainsi réalisée. L'appropriation des fruits du travail, corporels ou incorporels, n'est au contraire qu'incidente et n'intervient qu'en cas de modification de la valeur de son propre bien par le travailleur (le travail étant alors approprié par incorporation), de création d'un bien nouveau (le travail est réifié par la reconnaissance de l'existence d'un bien susceptible d'être approprié : clientèle, fonds de commerce, image, renommée) ou de spécification (la valeur du travail surpassant « de beaucoup » celle de la matière, la matière devient accessoire par rapport au travail ; le rapport de valeurs manifestement inverse au rapport « normal » d'obligations – valeur de la propriété manifestement et quantitativement très inférieure à la valeur du droit de créance du travailleur – conduit à l'inversion du rapport de propriété : la matière est fictivement appropriée comme accessoire du bien nouveau, créé par le travail).

105. En ce qu'il ne permet que de manière incidente l'appropriation des fruits du travail par le travailleur (en cas de création d'un bien incorporel nouveau ou d'un bien corporel tellement transformé qu'on peut fictivement le considérer comme nouveau), le modèle d'appropriation du travail n'est pas un modèle personnaliste. Il est au contraire fondé sur l'analyse de la propriété des facteurs de production : matière première, bien à transformer, moyens de productions (outils et capital) et des rapports d'obligation établis entre les parties. Obligation de donner, obligation de faire, de fournir ou de *praestare* : de l'objet de l'obligation qu'elles ont acceptée découle la vocation propriétaire des parties.

106. En revanche, ce modèle organise la protection des travailleurs en dehors de l'analyse propriétaire par l'organisation d'un statut social et professionnel, et ce, aussi bien pour ce qui concerne les salariés et fonctionnaires que pour ce qui concerne les travailleurs indépendants. Les garanties, collectives et individuelles, dont bénéficie le travailleur, sont alors détachées de sa personne et liées à son statut. C'est concernant les salariés et les fonctionnaires que le statut

est le plus développé, la protection statutaire étant la contrepartie de la subordination acceptée par ces travailleurs. Ils bénéficient d'ailleurs de garanties individuelles et collectives, garanties légales, conventionnelles et procédurales, concernant les *minima* de rémunération, les conditions de travail, le respect de leurs libertés individuelles et collectives. Le contrat de travail ne permet à ce titre que la négociation de dispositions plus favorables. Le travailleur indépendant est protégé en sa qualité de travailleur et bénéficie à ce titre d'un régime de sécurité sociale. Il ne bénéficie en revanche d'aucune garantie de rémunération ou de conditions de travail puisqu'il exploite lui-même sa force de travail et n'est pas soumis à la volonté d'autrui. Et si l'exercice de sa profession est réglementée, c'est moins pour le protéger, lui, contre la concurrence d'autrui (sauf à ce que la concurrence soit déloyale), que pour le contraindre à respecter des règles professionnelles de nature à protéger le consommateur. Ces logiques statutaires et professionnelles évincent donc la personnalité des travailleurs au profit d'une organisation collective – et d'une défense collective des droits et intérêts – de la profession.

107. La logique propriétaire est, au contraire, une logique de propriété privée, individuelle, réticente aux hypothèses de propriétés collectives ou indivises. Aussi l'appropriation bénéficie-t-elle à l'entreprise, personne fictive, incarnée par la personne de l'entrepreneur individuel ou de la société. L'appropriation est ici dynamique : elle revient à l'acteur principal de la vie économique, celui qui prend l'initiative de l'activité économique, dirige l'activité de l'entreprise et la force de travail de ses éventuels salariés, celui qui assume les risques de l'exploitation. La propriété est à la fois le fondement et la conséquence de la liberté et de la responsabilité. L'appropriation des fruits du travail n'a donc lieu qu'en dehors de la subordination et qu'en abandonnant le statut protecteur du salariat. Même le représentant de commerce, qui bénéficie d'une présomption légale de salariat et d'un statut particulier tout en s'appropriant personnellement les fruits de son travail (sa clientèle), renonce pour une part aux dispositions statutaires applicables aux salariés (temps de travail, convention collective de la branche à laquelle appartient l'entreprise notamment) et n'a pas de droit à conserver sa clientèle en cas de départ de l'entreprise. S'il occupe une place particulière entre les hypothèses classiques de salariat et d'indépendance, celle-ci n'est pas pour autant exceptionnelle, en tout cas dérogatoire au système général. Le seul moyen pour le travailleur de bénéficier de l'appropriation des fruits de son travail, est bien d'opter pour l'indépendance, prendre l'initiative de son activité et renoncer au statut de salarié, rejoignant ici le créateur : le créateur a acquis la vocation à la propriété avec la fin des privilèges, des rentes et du statut ; la problématique propriétaire est

tout aussi liée à celle de liberté et de responsabilité ; s’il est parfois salarié, la figure de l’artiste indépendant est aujourd’hui celle d’un travailleur³⁹⁰.

³⁹⁰ Sur ce point, V. P.-M. Menger, *Portrait de l’artiste en travailleur*, préc.

CHAPITRE II.

L'APPROPRIATION DES CRÉATIONS

108. **Appropriation et légitimation.** La question de l'appropriation des créations a historiquement été une question de la légitimité de la réservation. Cette question traverse les siècles et prend des formes diverses : appropriation collective des œuvres attribuées à un créateur mythique, contestation de l'appropriation des idées, critique de la légitimité du *copyright* par certains mouvements dits libres. À l'inverse, nombreux sont les discours justifiant par le droit naturel ou la recherche d'une efficacité économique la reconnaissance des propriétés intellectuelles. La question renvoie inévitablement à la dialectique de la paternité et de la titularité.

109. Historiquement, la protection des œuvres littéraires, et, de manière subsidiaire, artistiques, a été reconnue parallèlement au contrôle du contenu des œuvres. Selon Michel Foucault, la propriété littéraire et artistique « a été historiquement seconde par rapport à ce qu'on pourrait appeler l'appropriation pénale. Les textes, les livres, les discours ont commencé à avoir réellement des auteurs (autres que des personnages mythiques, autres que de grandes figures sacralisées et sacralisantes) dans la mesure où l'auteur pouvait être puni, c'est-à-dire dans la mesure où les discours pouvaient être transgressifs. Le discours, dans notre culture (et dans bien d'autres sans doute), n'était pas, à l'origine, un produit, une chose, un bien ; c'était essentiellement un acte – un acte qui était placé dans le champ bipolaire du sacré et du profane, du licite et de l'illicite, du religieux et du blasphématoire. Il a été historiquement un geste chargé de risques avant d'être un bien pris dans un circuit de propriétés »³⁹¹. Dès lors, la détermination de la paternité de l'œuvre était primordiale, ainsi que le contrôle des éditeurs. L'octroi des privilèges, justifiés par la nécessité des affaires et l'incitation à la diffusion de la culture, permettait d'organiser ce contrôle. La contestation des privilèges, fondée sur le droit naturel et la diffusion de la culture, a conduit à mettre en exergue l'auteur. Propriété et paternité ne se distinguent plus : la paternité engendre la propriété ; le « père » de l'œuvre, son auteur, est son propriétaire et son responsable.

110. L'intérêt industriel des créations (techniques d'abord, littéraires et artistiques ensuite) grandissant, la question de l'efficacité économique du modèle d'appropriation a repris vigueur. L'appropriation s'est étendue : la durée de la protection a été prolongée, de nouveaux objets sont entrés dans le champ de la propriété intellectuelle, les conditions d'accès à la protection sont assouplies pour permettre l'appropriation de l'apport intellectuel, la protection a été affermie et renforcée par des dispositifs plus efficaces ; jusqu'à engendrer de nouvelles critiques quant aux excès de l'appropriation et à sa légitimité. La recherche d'une efficacité

³⁹¹ M. Foucault, « Qu'est-ce qu'un auteur ? », in *Dits et Ecrits*, Gallimard, 1994, p.789, spec. p.799

économique invite aussi à poser les questions des modalités d'exercice des droits et de la titularité.

111. Si la loi a reconnu depuis longtemps la propriété des créateurs (Section I), on assiste à une remise en cause de l'exclusivisme et du personnalisme qui tend à modifier le modèle d'appropriation des créations (Section II).

SECTION I.

CONSÉCRATION DE L'INDIVIDUALISME PROPRIÉTAIRE PAR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

112. L'appropriation est un rapport unissant un objet et un sujet. La consécration de la propriété sur les créations passe donc par la définition de la personne propriétaire et du bien, objet de propriété. L'appropriation des créations a exigé d'abord la contestation du mécanisme des privilèges, celui-ci ne s'appliquant qu'à des objets précis, individuels : le privilège était octroyé, à titre de récompense, et d'autorisation d'exploitation, pour telle œuvre à telle personne, indépendamment d'une réflexion en termes de catégories juridiques ou de règles générales, objectives et impersonnelles. Ce n'est qu'en 1777³⁹² qu'est consacrée la vocation propriétaire du créateur, ensuite très rapidement consacrée par loi (I), prélude à la définition des principes généraux du modèle d'appropriation (II).

§ 1. CONSÉCRATION LÉGALE ANCIENNE DE LA PROPRIÉTÉ DES CRÉATEURS

113. Il paraît essentiel de s'intéresser aux textes fondateurs de la propriété intellectuelle qui marquent encore de nos jours les régimes de droit positif et les interprétations qui en sont faites dès lors que les « principes généraux » de la matière sont nés à cette époque. À l'origine, l'affirmation de la propriété (A) s'accompagnait largement de réflexions relatives à la légitimité d'une telle propriété (B), le législateur de l'époque étant empreint de la Philosophie des Lumières et du droit naturel, et ce d'une manière sans doute d'autant plus prégnante en la

³⁹² Arrêt du Conseil en date du 30 août 1777 portant règlement sur la durée des privilèges en librairie :

« Article 1. Aucuns libraires et imprimeurs ne pourront imprimer ou faire imprimer aucuns livres nouveaux, sans en avoir préalablement obtenu le privilège ou lettres scellées du grand sceau.

Article 2 : Défend Sa Majesté à tous libraires, imprimeurs ou autres qui auront obtenu des lettres de privilège pour imprimer un livre nouveau, de solliciter aucune continuation de ce privilège, à moins qu'il n'y ait dans le livre augmentation au moins d'un quart, sans que pour ce sujet on puisse refuser aux autres la permission d'imprimer les anciennes éditions non augmentées.

Article 3 : Les privilèges qui seront accordés à l'avenir, pour imprimer des livres nouveaux, ne pourront être d'une moindre durée que de dix années.

Article 4 : ceux qui auront obtenu des privilèges, en jouiront non seulement pendant tout le temps qui y sera porté, mais encore pendant la vie des auteurs, en cas que ceux-ci survivent à l'expiration des privilèges.

Article 5 : Tout auteur qui obtiendra en son nom le privilège de son ouvrage, aura le droit de le vendre chez lui, sans qu'il puisse, sous aucun prétexte, vendre ou négocier d'autres livres ; et jouira de son privilège, pour lui et ses héritiers, à perpétuité, pourvu qu'il ne le rétrocède à aucun libraire, auquel cas la durée du privilège sera, par le fait seul de la cession, réduite à celle de la vie de l'auteur ».

matière qu'il s'agissait de dénoncer encore une fois le régime des privilèges qui prévalait sous l'Ancien Régime.

A. Affirmation de la propriété

114. La propriété des créations est d'abord proclamée en tant que propriété « naturelle », la nature désignant comme « propriétaire » l'« auteur » de la création, au sens de celui qui en a la paternité, le créateur. Quand les privilèges fort critiqués étaient exclusivité illégitime, réservation privative excluant autrui du marché sans cause autre que le bon vouloir du souverain, l'appropriation du créateur devient naturelle³⁹³ (1) : comme les fruits de l'arbre sont une prolongation de l'arbre et appartiennent au propriétaire de l'arbre, la création, fruit du travail, des efforts, de la créativité du créateur lui appartient, comme prolongation de sa personne. L'appropriation n'est pas une exclusivité octroyée mais une conséquence légitime de la création. Si les régimes ont beaucoup évolué, se sont complexifiés et précisés, les principes généraux proclamés au XIXe siècle restent sous-jacents aux régimes de droit positif (2).

1. Une propriété naturelle

115. La comparaison des premiers textes relatifs à l'appropriation des œuvres de l'esprit (a) et des inventions (b) démontre la similitude de conception initiale de ces deux branches de la propriété intellectuelle.

a. Propriété des œuvres de l'esprit

116. **La propriété naturelle dans le discours de Le Chapelier.** La reconnaissance d'une propriété au créateur apparaît comme naturelle au législateur révolutionnaire. Selon Le Chapelier, « *la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain ; cependant c'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés* » car « *quand un auteur a livré son ouvrage au public, quand cet ouvrage est dans les mains de tout le monde, que tous les hommes instruits le connoissent (sic), qu'ils se sont emparés des beautés qu'il contient, qu'ils ont confié à leur mémoire les traits les plus heureux ; il semble que dès ce moment,*

³⁹³ V. sur ces débats déjà la controverse entre les libraires parisiens et les libraires de province, particulièrement lyonnais, représentés respectivement par D'héricourt et Diderot d'une part, Malesherbes, Linguet, Gaultier, Condorcet, d'autre part. V. pour une présentation générale, B. Edelman, *Le sacre de l'auteur*, Le Seuil, Essai, 2004. V. aussi F. Rideau, *La formation du droit de la propriété littéraire et artistique en France et en Grande-Bretagne, une convergence oubliée*, PUAM, 2004, coll. Histoire du droit et M.-C. Dock, *Contribution historique à l'étude des droits d'auteur*, Thèse Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, L. Pfister, *L'auteur, propriétaire de son œuvre. La formation du droit d'auteur du XV^e siècle à la loi de 1957*, Thèse Strasbourg III, 1999.

*l'écrivain a associé le public à la propriété, ou plutôt la lui a transmise toutes entières. Cependant, comme il est extrêmement juste que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée, tirent quelque fruit de leur travail, il faut que pendant toute leur vie & quelques années après leur mort, personne ne puisse, sans leur consentement, disposer du produit de leur génie. Mais aussi, après le délai fixé, la propriété du public commence, & tout le monde doit pouvoir imprimer, publier des ouvrages qui ont contribué à éclairer l'esprit humain »³⁹⁴. L'emploi du terme propriété est ambigu puisque la propriété est à la fois individuelle et publique : il y a à la fois propriété de l'auteur qui a droit aux fruits de son travail et propriété du public qui « s'empare » de l'œuvre quand il en prend connaissance, confondant ainsi droit exclusif sur la valeur économique de l'œuvre et droit d'accès au contenu intellectuel. On notera que ces ambiguïtés ont nourri et nourrissent encore les principales problématiques du droit d'auteur (définition du droit patrimonial et de ses limites ; relation entre exclusivité et domaine public ; dualisme du droit d'auteur du fait de sa nature économique d'une part, morale et intellectuelle d'autre part). Le décret adopté à la suite de ce discours, le 13 janvier 1791 consacre en son article 3 un droit de représentation des ouvrages au profit de l'auteur : « *les ouvrages des auteurs vivans (sic) ne pourront être représentés sur aucun théâtre public, dans toute l'étendue de la France, sans le consentement formel & par écrit des auteurs, sous peine de confiscation du produit total des représentations au profit de l'auteur* ». Mais ce n'est qu'à propos des héritiers que le terme propriété apparaît dans le corps du texte du décret : selon l'article 5, « *les héritiers ou les cessionnaires des auteurs, seront propriétaires de leurs ouvrages durant l'espace de cinq années après la mort des Auteurs* ». Les héritiers et les cessionnaires ne peuvent cependant être propriétaires qu'à condition que l'auteur l'ait lui-même été. La propriété de l'auteur est sans doute si évidente qu'elle n'a pas à être proclamée solennellement par l'Assemblée. A moins que l'Assemblée soit réticente à l'idée d'une propriété privée, exclusive donc, et préfère ne proclamer qu'un droit spécial et temporaire, et qui n'est qu'incidemment qualifié de propriété pour les héritiers. Au contraire de la « propriété publique », consacrée à l'article 2 en même temps que l'abolition des privilèges, qui n'est plus ici présentée comme le droit du public sur la connaissance, intrinsèque à la transmission de l'œuvre mais est bien définie comme un domaine public, libre d'exploitation et naissant à l'expiration du monopole de représentation de l'auteur ou de ses ayants droit : « *les ouvrages des Auteurs morts depuis cinq ans & plus, sont une propriété publique, & peuvent, nonobstant tous anciens privilèges, qui sont abolis, être représentés sur tous les théâtres indistinctement* ».*

³⁹⁴ Le Chapelier, *Rapport au nom du comité de Constitution sur la Pétition des Auteurs dramatiques*, dans la séance du Jeudi 13 janvier 1791, avec le Décret rendu en cette séance, consacrant la liberté d'installation des théâtres et de représentation des pièces, sous réserve de déclaration à la Municipalité, abolissant les privilèges portant sur les ouvrages, déclarant tombés dans le domaine public les ouvrages des auteurs morts depuis plus de 5 ans, consacrant le droit de représentation et interdisant la censure et la présence de la force publique à l'intérieur des théâtres. Imprimé par l'Assemblée Nationale, disponible sur www.gallica.bnf.fr.

117. **La propriété naturelle dans le discours de Lakanal.** Si la nécessité de la diffusion des Arts et des Lettres paraît tout aussi importante aux yeux de Lakanal³⁹⁵, son rapport présenté le 19 juillet 1793 à la Convention nationale, n'évoque plus que la propriété, nécessaire, des auteurs : « *citoyens, de toutes les propriétés, la moins susceptible de contestation, celle dont l'accroissement ne peut ni blesser l'égalité républicaine, ni donner d'ombrage à la liberté, c'est sans contredit celle des productions du génie ; et si quelque chose doit étonner, c'est qu'il ait fallu reconnaître cette propriété, assurer son libre exercice par une loi positive* »³⁹⁶. Comme Le Chapelier critiquait le règlement permettant aux Comédiens français de considérer comme leur propriété l'œuvre qui n'avait pas produit 1500 livres pendant la saison d'hiver et 1000 livres pendant la saison d'été, règlement injuste qui « asservissait » les auteurs au bon vouloir des interprètes, Lakanal, condamnant les pirates littéraires, insiste sur l'indigence des auteurs : « *le génie a-t-il ordonné, dans le silence, un ouvrage qui recule les bornes des connaissances humaines : des pirates littéraires s'en emparent aussitôt, et l'auteur ne marche à l'immortalité qu'à travers les horreurs de la misère. Eh ! ses enfants !... Citoyens, la postérité du grand Corneille s'est éteinte dans l'indigence !...* »³⁹⁷. La communication de l'œuvre au public n'est plus source de propriété publique, au contraire : « *L'impression peut d'autant moins faire des productions d'un écrivain une propriété publique, dans le sens où les corsaires littéraires l'entendent, que l'exercice utile de la propriété de l'auteur ne pouvant se faire que par ce moyen, il s'ensuivrait qu'il ne pourrait en user, sans la perdre à l'instant même. Par quelle fatalité faudrait-il que l'homme de génie, qui consacre ses veilles à l'instruction de ses concitoyens, n'eût à se promettre qu'une gloire stérile, et ne pût revendiquer le tribut légitime d'un si noble travail* »³⁹⁸ et de proposer l'adoption du décret consacrant le droit de reproduction, qualifié de « *déclaration des droits du génie* »³⁹⁹. Lakanal ne s'explique pas sur les différents sens dans lesquels on peut entendre le terme propriété publique. On peut toutefois songer aux deux sens déjà remarqués : la propriété publique invoquée par Le Chapelier s'entend du partage commun de la connaissance permis par la diffusion de l'œuvre, la propriété publique peut aussi s'entendre du droit de tous à exploiter l'œuvre

³⁹⁵ V. Lakanal, *Projet d'éducation du peuple français* le 26 juin 1793, an II de la République, présenté à la Convention nationale, au nom du Comité d'instruction publique. Imprimé par ordre de la Convention nationale, disponible sur www.gallica.bnf.fr. V. aussi la distribution de récompense aux artistes et inventeurs, par exemple, Grégoire, *Rapport au nom du comité d'instruction publique*, décret sur la récompense à décerner au citoyen Clareton, inventeur de mécaniques propres à enseigner simultanément la musique à plusieurs élèves à la fois et les débats qu'il soulève, 19 juillet 1793, notamment l'intervention de Sergent : « *il faut encourager le génie et les arts (...). En accordant cette récompense, la Convention prouvera que le législateur protège un art dont les anciens surent bien apprécier l'influence, même en politique* ».

³⁹⁶ Lakanal, *Rapport au nom du comité d'instruction publique*, 19 juillet 1793.

³⁹⁷ *Ibidem*.

³⁹⁸ *Ibidem*.

³⁹⁹ *Ibidem*.

commerciallement, en en reproduisant et vendant des exemplaires. On distingue donc l'œuvre des idées. Les idées, les connaissances sont communes, l'exploitation de l'œuvre ne l'est que dix ans après la mort de l'auteur.

b. Propriété des inventions

118. **La propriété dans le discours de Boufflers.** La propriété des créateurs est consacrée avec la même éloquence par Boufflers en matière de brevet : *« S'il existe pour un homme une véritable propriété, c'est sa pensée ; celle-là du moins paraît hors d'atteinte, elle est personnelle, elle est indépendante, elle est antérieure à toutes les transactions ; et l'arbre qui naît dans un champ n'appartient pas aussi incontestablement au maître de ce champ, que l'idée qui vient dans l'esprit d'un homme n'appartient à son auteur. L'invention qui est la source des arts, est encore celle de la propriété ; elle est la propriété primitive, toutes les autres ne sont que des conventions ; et ce qui rapproche et ce qui distingue en même temps ces deux genres de propriété, c'est que les unes sont des concessions de la société, et que l'autre est une véritable concession de la nature : peut-être même la seule étymologie du mot suffirait-elle pour nous prouver que dans l'origine des choses la propriété a été regardée comme le partage du premier, et par conséquent comme le droit de l'inventeur »*⁴⁰⁰. Cette propriété de l'inventeur comprend tant le droit de tenir cachée l'invention que de fixer les conditions auxquelles il consent à la révéler. Boufflers se réfère alors au contrat social conclu entre l'inventeur et la société : l'inventeur est libre de conclure un contrat avec la société ; *« le contrat une fois passé, elle est engagée envers lui comme il est engagé envers elle ; et tant qu'il est fidèle à ses engagements, elle ne lui doit pas moins de protection dans les moyens qu'il prend pour le développement de sa nouvelle idée, qu'elle ne lui en accorderait pour l'exploitation de son patrimoine »*⁴⁰¹. Ainsi, les inventeurs *« demandent seulement que ce genre de propriété leur soit garanti par le corps social, afin d'être défendus contre tous les préjugés et tous les intérêts privés qui pourraient tenter de les troubler, de les supplanter ou de les rivaliser dans l'exercice de leurs droits les plus sacrés ; et leur ambition se borne à percevoir exclusivement les fruits d'une faveur que la nature leur a faite exclusivement »*⁴⁰². On remarque que bien qu'il invoque la faveur que la nature a faite à l'inventeur et le droit sacré de l'inventeur, Boufflers se réfère à la doctrine du contrat social⁴⁰³ ; d'où l'idée que l'inventeur a aussi des

⁴⁰⁰ Boufflers, au nom du comité d'agriculture et de commerce, *Rapport relatif aux encouragements et aux privilèges à accorder aux inventeurs de machines et de découvertes industrielles*, 30 décembre 1790, Archives parlementaires, disponible sur www.gallica.bnf.fr.

⁴⁰¹ *Ibidem*.

⁴⁰² Boufflers, rapport du 30 déc. 1790, préc.

⁴⁰³ V. remarquant les mêmes tiraillements philosophiques au sujet du droit de propriété lors de l'adoption de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, J. Poumarede, « De la difficulté de penser la propriété (1789-1793) », in *Propriété et Révolution*, Actes du colloque de Toulouse du 12 au 14 octobre 1989, textes réunis par G. Koubi, éd. CNRS, Toulouse, 1990, p.27. L'auteur analyse les travaux préparatoires de la DDHC pour

obligations envers la société (la reconnaissance de la propriété par le corps social impliquera des obligations et, par-là même, une responsabilité). Cette idée transparait de nos jours dans le régime du brevet : le dépôt est nécessaire à la protection et intéresse la société par la divulgation qu'il constitue, alors que le droit d'auteur naît du fait de la création ; la revendication fixe l'étendue – donc les limites – de la propriété et de son objet aux frontières impalpables ; l'obligation d'exploiter et de payer des redevances conditionnent l'exclusivité (donc l'existence) et le maintien de la propriété. Chacun de ces principes étaient déjà évoqués par Boufflers dans son rapport⁴⁰⁴. Boufflers vérifie ensuite qu'un tel contrat ne lèse aucun intérêt et qu'il est donc compatible avec le droit naturel : les droits de la société ne sont pas offensés puisqu'elle acquiert des « *jouissances nouvelles sans avoir rien perdu des anciennes* », l'inventeur « *jouit des fruits de son génie sous une sauvegarde qu'il a lui-même invoquée* » ; les autres agents de l'industrie nationale « *ne se trouvent gênés ni dans leur travail, ni dans leur commerce*⁴⁰⁵. Ils ne sont privés de rien, ils restent comme ils étaient ; ils jouiront un jour de la découverte qui vient d'éclore ». S'ils s'opposaient à une telle disposition, ils se rendraient coupables ou d'un acte de tyrannie, en dépouillant l'inventeur du « *droit naturel qu'il a sur son idée, ou d'un attentat contre la société, en faisant avorter les avantages qu'elle pouvait attendre de la publicité de l'invention* »⁴⁰⁶. Ainsi, Boufflers estime que le droit naturel exige que l'inventeur bénéficie d'une exclusivité sur son invention, que cette exclusivité intervient dans l'intérêt de la société puisqu'elle incite à la divulgation et n'est pas une entrave au développement de l'industrie puisque celle-ci est libre de créer et donc d'obtenir une propriété, et libre d'exploiter l'invention après l'expiration de la protection.

démontrer que le concept de propriété n'était pas univoque à l'époque, au contraire. La protection des propriétés ne choisit pas entre les conceptions naturaliste (incarnée par Locke mais aussi l'école du droit naturel et les physiocrates, et à l'assemblée par Sieyès ou Mounier) et volontariste (qui admet le partage de ce qui en commun par le contrat social et s'exprime principalement par la voix de Rousseau, mais aussi celles de Grotius, Jurieu et Barbeyrac, et à l'Assemblée par celles de Morelly ou de l'Abbé Mably). A noter la référence au travail dans le projet de nouvelle déclaration des droits d'avril 1793 : après de nombreuses discussions sur la propriété (pour certains, la méfiance est de mise : la propriété ne doit pas pouvoir s'exercer contre autrui. La volonté de borner la propriété est ici en opposition avec les libéraux qui veulent au contraire interdire les restrictions à la propriété), l'article 16 est finalement adopté en ces termes : « *le droit de propriété est celui qui appartient à tout citoyen de jouir à son gré de ses biens et de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie* ».

⁴⁰⁴ L'analyse pourrait être contemporaine : Comp. M.-A. Frison-Roche (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, contribution de MM. Sueur et Combeau, qui évoque un « deal » et contribution de Tran Wasescha qui évoque un contrat social entre trois acteurs : le titulaire du brevet, le concurrent loyal et le consommateur ou la société en général.

⁴⁰⁵ On remarquera l'opposition entre les fruits du génie et ceux du travail et du commerce.

⁴⁰⁶ Boufflers, rapport du 30 déc. 1790, préc.

2. Une propriété nécessaire

119. **Propriété et privilège.** Boufflers distingue propriété et privilège : la propriété est la protection assurée à tout inventeur, le « *privilège exclusif d'entreprise* » est un « *monopole dans les objets actuellement connus d'industrie et de commerce* »⁴⁰⁷. Le privilège est « *une concession qu'on ne pouvait pas faire* », « *un titre d'invention, au contraire, est une autorisation qu'on ne pouvait pas refuser : l'un attaque les droits de la grande communauté, l'autre les étend ; l'un donne à un particulier ce qui appartient à tous, l'autre assure au particulier, ce qui n'appartient qu'à lui et, en protégeant sa propriété contre l'invasion, il l'excite à la mettre en valeur au profit de la société* »⁴⁰⁸. Cette phrase démontre le changement de paradigme permis par le recours à la notion de propriété. On remarque également que la propriété n'est pas entendue ici comme une exclusivité mais comme une technique de protection par la loi de la personne du propriétaire. Cette idée est intéressante à comparer avec les doctrines contemporaines de la propriété⁴⁰⁹, qui, en droit privé, mettent en exergue l'exclusivisme propriétaire ou l'absolutisme de ce droit, ce qui n'est pas le cas ici. La propriété, après avoir été un instrument de responsabilisation, devient ici une technique de protection et une invitation à l'exploitation. On peut se demander si ce n'est pas dans une démarche similaire que les juges font intervenir (ou ont fait intervenir) le concept de propriété dans le régime de protection de l'image des personnes, voire des biens⁴¹⁰.

120. Au-delà du caractère incitatif de la propriété, Boufflers met également en exergue l'exigence de divulgation dans les conditions prévues par le droit des brevets : toute divulgation n'est pas créatrice de droit, car la divulgation en dehors du dépôt fait naître un droit commun sur l'invention⁴¹¹, l'invention ne pourra plus ensuite faire l'objet d'un titre, si ce n'est d'un privilège, ce qui n'est pas acceptable. C'est le fait de la création qui légitime la propriété ; c'est la divulgation à la société qui donne droit à la propriété, la reconnaissance de

⁴⁰⁷ Boufflers, rapport du 30 déc. 1790, préc

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

⁴⁰⁹ Cf. infra n°217 et s.

⁴¹⁰ En ce qui concerne l'image des biens, la protection du propriétaire par le droit de propriété a toutefois été abandonnée depuis. Le propriétaire est protégé contre les troubles anormaux à sa vie privée ou à la jouissance de son bien, à travers les dispositions générales de la responsabilité délictuelle. V. Cass. plén., 7 mai 2004 : Bull. n°10 ; D. 2004, p.1545, notes J.-M. Bruguière et E. Dreyer ; JCP 2004, II, 10085, note C. Caron ; RTDciv. 2004, p.528, obs. T. Revet ; Defrénois 2004, p.1554, note S. Piedelièvre et A. Tenenbaum. V. aussi : C. Atias, « Les biens en propre et au figuré : destitution du propriétaire et disqualification de la propriété », D. 2004, p.1459 ; F. Zenati, « Du droit de reproduire les biens », D. 2004, chron. p.962 ; E. Dreyer, « L'énigme du trouble anormal causé par l'image d'une chose », CCE 2006, étude n°20.

⁴¹¹ On retrouve ici le principe d'appropriation des idées par le public : toute information divulguée est publique.

la propriété étant la contrepartie de la divulgation⁴¹². Mais ce que l'inventeur a donné à la communauté, ni l'inventeur, ni un tiers ne peut le reprendre. En effet, si l'inventeur divulgue en dehors de la procédure de dépôt, il est difficile pour les tiers de déduire de ce comportement le fait que l'inventeur ait eu l'intention de donner l'invention à la communauté ou de divulguer aux fins de voir proclamer sa propriété. D'où la nécessité de l'encadrement de la divulgation. La légitimité de la propriété, qui la distingue du privilège, dépend de la contrepartie dont elle fait l'objet (l'enrichissement social dû à l'invention, dès lors qu'elle est divulguée) et de sa conformité au droit naturel de l'inventeur sur l'invention : « *Toute préférence personnelle, lorsqu'elle est gratuitement donnée par les hommes est arbitraire, et par conséquent absurde, et dès lors elle est révocable, mais elle est respectable, quand elle est donnée par la nature*⁴¹³ ». Le Professeur Gaudrat développe aussi cette idée lorsqu'il distingue propriété et monopole⁴¹⁴ : « *contrairement à la propriété intellectuelle, dont la source unique (l'acte créatif) engendre naturellement tous les concepts constitutifs (l'auteur, l'originalité de la forme et le contenu des droits), le monopole légal est, lui, un artifice juridique ; son existence comme son contenu ne dépendent que de la volonté du législateur* »⁴¹⁵. « *L'objet du monopole ne consiste que dans les activités économiques soustraites à la concurrence ; la chose incorporelle n'est prise en compte qu'au titre des multiples limites dont il convient que soit encadré le monopole lorsqu'il est conféré à une personne privée pour la satisfaction d'intérêts personnels et non à un service public pour la satisfaction de l'intérêt général. La chose prend donc place parmi les limites définitoires, le monopole ayant, quant à lui, pour objet les activités économiques sous contrôle* »⁴¹⁶. Comme Boufflers, en matière d'invention, distingue le privilège, droit arbitraire, conférant une exclusivité dont le contenu et le titulaire dépendent de la volonté du souverain, et la propriété, qui dérive de la nature des choses et des nécessités du contrat social, qui en déterminent les tenants et aboutissants, le Professeur Gaudrat

⁴¹² On voit déjà ici apparaître la différence entre droit d'auteur et droit des brevets : la création suffit à faire naître le droit d'auteur, alors qu'en droit des brevets, il faut demander un titre car le brevet est la récompense de la divulgation sous une certaine forme. Boufflers met en exergue le contrat social entre l'inventeur et la société : la divulgation au moment de la demande du titre est analysée comme des « arrhes » que l'inventeur verse au corps social pour démontrer qu'il dispose d'un « bien actuel et réel » que celui-ci mérite la protection accordée puisqu'il présente une utilité pour la société qui en bénéficiera après l'extinction de la protection.

⁴¹³ Boufflers admet ici l'idée d'absence d'interchangeabilité des êtres humains et que la création découle d'une part de génie et d'une part de nature, de fait.

⁴¹⁴ P. Gaudrat, V^o Propriété littéraire et artistique, 2^o Droits des exploitants, préc., n^o1 à 7 et n^o208 à 211. V. aussi P. Gaudrat, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la 'société de l'information' // L'inversion du paradigme propriétaire », RTDCom 2003, p.285.

⁴¹⁵ P. Gaudrat, Rép.Civ. Dalloz, V^o Propriété littéraire et artistique, 2^o Droits des exploitants, n^o211.

⁴¹⁶ *Ibidem*.

distingue la propriété des créateurs, qui relève des droits de l'Homme⁴¹⁷, et le monopole d'exploitation accordé aux producteurs ou, du moins, à des exploitants, qui ne vise que la protection des investissements, au même titre que les privilèges de l'Ancien régime.

121. **Intérêt économique de la propriété.** La propriété des créateurs n'est pas dépourvue de connotations économiques. Au contraire, la propriété est le moyen d'assurer la subsistance des auteurs et des inventeurs : comme Lakanal souligne que la descendance de Corneille s'est éteinte dans l'indigence⁴¹⁸, Boufflers insiste sur la situation patrimoniale des inventeurs qui ont « *négligé le soin de leur fortune, pendant les plus belles années d'une vie consacrée en études, en recherches, en méditations, (...) épuisé leur patrimoine en fabrications, en frais inutiles, en essais infructueux, et surtout en vaines démarches* », qui ont été contraints de mendier des recommandations et récompenses arbitraires, ou qui ont été traînés dans les prisons par des « *créanciers inexorables* »⁴¹⁹. Il remarque aussi que la propriété est le meilleur moyen de conserver en France les inventeurs⁴²⁰. Il note que l'attribution de la propriété à l'inventeur, plutôt que la vente de l'invention à l'État, est plus pertinente économiquement : l'utilité de l'invention ne peut être déterminée au moment de la cession mais après développement et exploitation⁴²¹. Aussi pour éviter que l'État ne paie un prix exorbitant ou dérisoire au regard de l'intérêt de l'invention, il convient de laisser la propriété à l'inventeur, qui sera soit associé au succès de sa création, soit responsable de son inutilité⁴²² : « *la chose peut être utile ou ne l'être point ; car l'usage est le véritable indicateur de l'utilité, et l'utilité le véritable indicateur du prix : mais un prix indéterminé est la mesure exacte de la propriété de l'inventeur ; puisqu'il est essentiellement renfermé dans son idée. C'est au propriétaire de cette idée à la faire valoir ; il en a le droit, il ne lui faut plus que la sécurité. Protégez-le donc, et ne le payez point : en ne le protégeant point, vous lui refuseriez ce qui lui est dû ; en le payant, vous lui donneriez autre chose que ce qui lui est dû ; en un mot point de marché, car ce marché sera libre ou forcé ; s'il est forcé, vous êtes tyrans ; s'il est libre*

⁴¹⁷ P. Gaudrat, Rép.Civ. Dalloz, V° Propriété littéraire et artistique, 1° Propriété des créateurs, n°9. V. aussi P. Gaudrat, Encyclopédie Juris-Classeur, Droit civil, annexes, V° Propriété littéraire et artistique, fasc. 1210, « Théorie générale du droit moral », 2001, n°7 à 19.

⁴¹⁸ V. l'affaire des petites-filles de Lafontaine, citée notamment par M.-C. Dock, préc., p. 119.

⁴¹⁹ Boufflers, rapport du 30 décembre 1790, préc.

⁴²⁰ On soulignera la contemporanéité de la remarque.

⁴²¹ Boufflers met déjà en exergue l'éternel débat sur la valeur des créations et les difficultés à en évaluer le prix de cession.

⁴²² On notera que la question de la vente à l'État vient de l'alternative à la propriété consistant à offrir une récompense à l'inventeur (prix honorifique, rente), comme cela pouvait être le cas sous l'Ancien régime. Pour une même critique, contemporaine et en matière culturelle, rejetant la rémunération des créateurs par l'attribution de prix, variant en fonction de la qualité des œuvres : M. Fumarolli, *L'État culturel, Essai sur une religion moderne*, Librairie Générale Française, coll. Livre de poche, Biblio essais, 1992.

vous êtes téméraires »⁴²³. Boufflers exprime ici les principes essentiels de la propriété intellectuelle : la propriété est à la fois une récompense et une incitation à la création ; la propriété est la récompense la plus juste car elle ne fixe pas un prix arbitraire mais réserve la réelle valeur de la création au créateur, la valeur de la création est mesurée par l'utilité qu'elle présente et qui est déterminée par le prix que le public est prêt à payer pour accéder à la création, cette utilité et cette valeur ne peuvent être mesurées qu'à l'occasion de l'exploitation ; le créateur, la société et le public ont tous intérêt à l'exploitation et la propriété est une incitation à l'exploitation ; le créateur doit être associé à l'exploitation de sa création : il est responsable de l'utilité ou de l'inutilité de sa création, il n'a droit qu'aux fruits de sa création, l'association à l'exploitation le responsabilise et l'encourage à la création.

122. L'analyse de ces textes à la fois anciens et d'actualité dans les problématiques qu'ils développent permet de mettre d'ores et déjà en exergue les principes généraux de la propriété intellectuelle. La qualité de créateur appartient à celui qui est à l'origine intellectuelle de la création et le créateur bénéficie d'un droit à la reconnaissance de la paternité de la création : le droit à la paternité est l'attribut premier du droit moral du créateur, seul reconnu aujourd'hui au profit de l'inventeur, le seul à ne pas subir d'exception en droit d'auteur. La création a vocation à la communication au public, c'est-à-dire à l'exploitation : la mise en œuvre de cette exploitation est au cœur des régimes de propriétés intellectuelles, les attributs étant définis par les nécessités de l'exploitation, qui en justifient également les limites. La propriété assure au propriétaire des revenus ; le créateur a donc vocation à bénéficier des fruits économiques de sa création et doit être associé à son succès et son insuccès. La propriété intellectuelle a vocation à protéger le créateur contre la contrefaçon mais c'est une propriété limitée, par nature temporaire, ces limites étant nécessaires à la conciliation des impératifs de protection du créateur et de la société.

B. Justifications de la propriété

123. La reconnaissance de la propriété du créateur, si elle est légitimée par la « nature » et le fait de la création, est, comme on l'a vu, conforté par la double dialectique qu'entretient la propriété avec la liberté et la responsabilité.

⁴²³ Boufflers, rapport du 30 décembre 1790, préc.

1. Propriété et liberté de création

124. **Les termes du débat.** Il s'agit ici de savoir si la propriété intellectuelle favorise ou nuit à la liberté d'entreprise : le débat existe déjà à l'époque révolutionnaire mais est tranché rapidement par Boufflers, préluant déjà à la consécration de la propriété privée. Boufflers, dès l'introduction de son rapport relatif aux encouragements et privilèges à accorder aux inventeurs de machines et de découvertes industrielles, met directement en lien la loi et la liberté, le besoin d'une loi protégeant les inventions relève du besoin de liberté. Il s'adresse ainsi à l'assemblée des députés : « *il entrerait dans vos desseins paternels de vivifier, ou, pour mieux dire, de ressusciter l'industrie française, car les arts ont partout un droit de cité, partout leurs intérêts sont les mêmes que ceux des citoyens ; comme eux, ils ont besoin de liberté et de lois ; comme eux, ils sont fondés à vous demander une constitution* »⁴²⁴. Les relations entre propriété et liberté sont doubles : la loi est vecteur de liberté en ce qu'elle résulte du contrat social et qu'elle est donc l'expression de la volonté commune de sortir de la communauté en opérant un partage, c'est donc la liberté qui permet la propriété ; la propriété est un moyen de garantir la liberté des individus puisqu'elle leur garantit des moyens de subsistance, les individus sont désormais autonomes, donc libres, c'est ici la propriété qui permet la liberté⁴²⁵. La propriété des créateurs poursuit clairement, au regard des discours introductifs des rapporteurs aux premières lois en la matière, cet objectif de garantir l'indépendance économique des créateurs. Cet objectif nuit-il pour autant à la liberté du commerce et de l'industrie ? La création devrait-elle au nom de la libre circulation des idées, de la connaissance et de la culture, de la liberté du commerce et de l'industrie ou de la liberté de la recherche relever par nature du domaine public ? La propriété de la création est-elle illégitime ? On peut noter avec les Professeurs Frison-Roche et Terré-Fornacciari⁴²⁶, d'une

⁴²⁴ Boufflers, au nom du comité d'agriculture et de commerce, rapport relatif aux encouragements et aux privilèges à accorder aux inventeurs de machines et de découvertes industrielles, 30 décembre 1790, Archives parlementaires, disponible sur www.gallica.bnf.fr

⁴²⁵ V. G. Morange, *Contribution à la Théorie générale des libertés publiques*, thèse, Nancy, 1940, p.132 : « *car procurant à l'individu des moyens de subsistance, il [le droit de propriété] lui assure par là même une certaine indépendance. (...) En ce sens, il nous apparaît que la généralisation de la propriété foncière, qui est un des phénomènes les plus caractéristiques de la période contemporaine, constitue peut-être l'un des éléments qui permettent le mieux de prévoir la stabilité du régime de liberté sous lequel nous vivons* ». V. aussi C. Mouly, « La propriété », in *Droits et libertés fondamentaux*, dir. Cabrillac, Frison-Roche et Revet, 4e éd., Dalloz 1997, p.415, n°722-2 : « *la protection de la liberté est traditionnellement associée à celle de la propriété. Les biens matériels permettent en effet à chacun de mettre en œuvre ses choix économiques, religieux ou moraux* ». M.-A. Frison-Roche et D. Terré-Fornacciari, préc., p.237 : « *le droit de propriété est donc avant tout un droit politique, qui mesure la place de l'individu dans la cité et dans l'État, fondement qui permettrait de légitimer l'appropriation. Ce droit politique peut prendre le détour d'un droit économique ; en effet, le droit de propriété est lié à la liberté d'entreprendre, c'est-à-dire d'agir, directement sur les choses ou à partir d'elles. Le droit de propriété unit l'être, l'avoir, et le faire. (...) Cette liberté économique est ainsi le rempart de la liberté politique.* »

⁴²⁶ M.-A. Frison-Roche et D. Terré-Fornacciari, préc., présentant les différents points de vue philosophico-sociologiques. Ainsi, selon Weber, l'appropriation ne peut naître de la possession car le droit ne peut naître de la force : seul l'État détient le monopole de la contrainte légitime. Rousseau « *maudit cet instant de*

part, que, dès le XVIII^e siècle, dans l'esprit du législateur, la propriété, loin de la contredire, relève de la liberté d'entreprendre, et, d'autre part, que, s'il y a débat philosophique sur la légitimité de l'appropriation privée, il dépasse la question de l'appropriation des créations pour concerner l'appropriation privée en elle-même. Celle-ci a pu être vécue d'un point de vue philosophique comme « illégitime et catastrophique », notamment par Rousseau. La dialectique, qui persiste aujourd'hui en matière de création, ne lui était pas propre, à l'époque. La propriété intellectuelle apparaissait contestable aux motifs que les idées relèvent du domaine public, ainsi que la culture⁴²⁷. Ne pouvant contester le droit à rémunération des créateurs, certains ont proposé plutôt que la propriété un domaine public payant⁴²⁸. C'est d'ailleurs ce qu'exprime Proudhon dans sa célèbre apostrophe, « *la propriété, c'est le vol* »⁴²⁹ parodiée pour devenir « *la propriété intellectuelle, c'est le vol* »⁴³⁰. Pourtant, loin de nuire à la liberté d'entreprise, la propriété contribue à la garantir. La propriété est d'ailleurs un des piliers des théories économiques⁴³¹. Par ailleurs, l'indépendance, économique, des créateurs à l'égard des

l'appropriation privée de ce qui fut à tous ». Mais Marx, comme Louis XIV, rejette l'idée du vol de bois, qui n'est que l'appropriation légitime d'un bien négligé de la nature et Hobbes trouve dans la possession « *le fondement du contrat social adopté librement par tous pour éviter l'état de guerre impliqué par cette appropriation de fait, état de guerre qui met en danger notre premier souci, celui de la conservation* ».

⁴²⁷ Pour une illustration de ces discours, J. Proudhon, « Les majorats littéraires, Examen d'un projet de loi ayant pour but de créer, au profit des auteurs, inventeurs et artistes, un monopole perpétuel », in *Le Combat du droit d'auteur, Anthologie historique, suivie d'un entretien avec A. Berenboom*, textes réunis et présentés par Jan Baetens, Les impressions nouvelles, 2001 p.141, spéc. p.152.

⁴²⁸ V. notamment Victor Hugo, discours rassemblés in *Le Combat du droit d'auteur*, préc., p.155 et s.

⁴²⁹ J. Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété ? ou recherches sur le principe du droit et du gouvernement, premier mémoire*, Garnier Flammarion, 1966, chronologie et introduction par E. James. Proudhon présente notamment en dix propositions que la propriété est impossible.

⁴³⁰ J. Smiers, « la propriété intellectuelle, c'est le vol. Pladoyer pour l'abolition des droits d'auteur », *Le Monde diplomatique*, septembre 2001.

⁴³¹ Les théories de la croissance, néo-classiques ou nouvelles, sont d'abord fondées sur la propriété et le travail comme facteurs principaux de la croissance, la propriété étant entendue sous toutes ses formes, capital physique ou investissement, capital technologique, capital humain, voire capital public (infrastructures publiques participant indirectement à l'organisation de la production, à la productivité et à la rentabilité de l'entreprise). Pour une présentation synthétique, V. D. Guellec et P. Ralle, *Les nouvelles théories de la croissance*, La Découverte, 5^e éd., 2003. V. également, B. Coriat et O. Weinstein, *Les nouvelles théories de l'entreprise*, Le livre de poche, coll. Références, 2004, spéc. p.79 : « *La théorie économique standard considère implicitement comme données la répartition de la propriété et l'existence d'un certain système de droits de propriété (privé). La théorie des droits de propriété s'est constituée quand est apparue la nécessité de s'interroger sur l'effet des formes de propriété, et plus généralement des formes institutionnelles, sur le fonctionnement de l'économie. Elle s'est construite notamment pour montrer la supériorité des systèmes de propriété privée sur toutes les formes de propriété collective (cf. Furubotn et Pejovich [1972]), de même que pour répondre aux thèses de Berle et Means sur la séparation entre propriété et contrôle des entreprises et ses implications (...). Située au cœur des nouvelles approches néoclassiques des institutions, la théorie des droits de propriété se propose de montrer comment différents types et systèmes de droit de propriété agissent sur le comportement des agents individuels et par là sur le fonctionnement et l'efficacité du système économique, et comment dans une économie où les rapports contractuels entre agents sont libres, le type et la répartition des droits de propriété qui assurent l'efficacité la plus grande tendent à s'imposer* ».

pouvoirs publics, garantie par la propriété privée, stimule la création et la créativité⁴³². Libérés de la censure et des privilèges, les créateurs ne sont plus contraints de plaire aux pouvoirs publics. Ils peuvent plaire même hors de la « culture officielle » et susciter l'émergence d'un nouveau marché.

125. **Absence de contradiction entre propriété privée et libertés fondamentales.** En matière de création, la propriété reconnue aux créateurs entretient aussi des relations privilégiées avec d'autres libertés publiques, notamment la liberté de création pour le droit d'auteur, la liberté de la recherche pour le droit des brevets. Ainsi, comme le démontre Alexandre Zollinger dans la thèse qu'il a consacrée au rapport entre droit d'auteur et droits de l'Homme, si droit d'auteur et liberté de création ne peuvent être confondus « *car ces droits ont un objet distinct et conservent une relative indépendance : comme le souligne Valérie-Laure Bénabou, une œuvre censurée pour des motifs afférents aux bonnes mœurs ne sera pas pour autant exclue de la protection par le droit d'auteur. Toutefois, force est de constater que ces deux droits, exercés par la même personne, s'entretiennent mutuellement et poursuivent des objectifs très similaires. Les relations sont, là encore, multiples : d'un côté, la liberté artistique apparaît comme le support indispensable du droit d'auteur, de l'autre, ce dernier se présente comme une garantie incontournable de la liberté de l'artiste. Plus généralement, les questions de liberté artistique et de droit moral d'auteur semblent participer d'une seule et même problématique, celle du statut de la création* »⁴³³. En matière d'invention, le droit des brevets garantit la liberté de la recherche, à la fois par l'attribution d'une propriété à l'inventeur et par les limites fixées à cette propriété. En effet, la propriété permet la réservation des fruits de la recherche, accroissant ainsi la valeur de l'invention en en organisant la rareté, conférant donc les moyens matériels d'exploiter l'invention pour qu'elle ne reste pas stérile et permettant aussi de poursuivre la recherche. En cela, la propriété participe de la liberté d'entreprendre. En excluant du monopole du breveté les actes accomplis à titre d'expérimentation ou en vue de créer ou de découvrir et développer

⁴³² R. Charvin et J-J Sueur, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, 2^e éd., Litec, 1997, n°13 : « *l'artiste ou le savant 'installé' dans les structures étatiques, bénéficiaire d'un statut officiel, exprime un système méfiant à l'égard des idées neuves, parce que critiques de l'ordre existant. Le peintre officiel des Princes d'Ancien Régime, condamné aux portraits de commande et à la reproduction de l'imagerie des religions d'État n'est en mesure de manifester sa liberté que dans le style et la forme. L'inexistence juridique du créateur dans les sociétés libérales contemporaines, comme la France d'aujourd'hui, tend à favoriser sa créativité qui est sans limite, mais restreint sa capacité matérielle à innover librement. Pour des raisons extra-juridiques, telles que les problèmes économiques qu'il doit surmonter, les modes, les exigences de promotion sociale, l'innovateur peut être conduit vers l'académisme et le conformisme. Dans aucun régime n'existe de 'prime à l'innovation', sauf lorsque celle-ci est 'rentable' pour son développement ou sa légitimité. Or, nombre d'innovations déstabilisent plus qu'elles ne confortent l'ordre établi. (...) La liberté du créateur est partout reconnue comme vitale. Nulle part, elle n'est garantie : un droit à la résistance critique à l'oppression intellectuelle est à intégrer dans le droit positif, si du moins la chose est possible et ne risque pas d'aboutir à son contraire* »

⁴³³ A. Zollinger, *Droit d'auteur et droits de l'Homme*, préc., n°692. Sur le droit d'auteur comme garantie de la liberté artistique, V. spec. n°714 et s.

d'autres variétés végétales, comme en excluant en matière de droit d'auteur du logiciel le *reverse engineering*, la propriété intellectuelle n'interdit pas la recherche sur les créations protégées. En cas de création dérivée, le créateur de l'œuvre première peut autoriser ou non l'exploitation de l'œuvre dérivée ; le créateur de l'invention seconde ne peut exploiter qu'avec l'autorisation du titulaire du brevet antérieur. On notera qu'en matière d'invention, la liberté de la recherche et la liberté d'entreprendre sont des limites à la propriété : si l'invention seconde présente un progrès technique important et un intérêt économique considérable, le titulaire du brevet portant sur l'invention seconde peut obtenir du tribunal de grande instance une licence de dépendance ; et une licence portant sur le brevet postérieur peut être accordée réciproquement au titulaire du brevet antérieur⁴³⁴. Un dispositif similaire est applicable en cas de dépendance entre un brevet et un certificat d'obtention végétale⁴³⁵. La propriété n'est donc pas un frein à la liberté d'entreprise : elle la garantit et ne peut lui nuire. L'«abus de propriété» serait également sanctionné. La théorie des facilités essentielles permet cela⁴³⁶. Un raisonnement en terme de propriété (et notamment de définition du champ de la propriété et des limites à la propriété) pourrait parfois aboutir aux mêmes résultats. L'application de la théorie des facilités essentielles pose de vraies difficultés, notamment en matière de propriété intellectuelle⁴³⁷. Par définition, la propriété intellectuelle réserve une avancée technologique donc un avantage concurrentiel. L'approche pragmatique de la théorie des facilités essentielles permet certes la souplesse mais contredit l'approche française de définition des catégories et régimes juridiques.

⁴³⁴ CPI, art. L.613-15.

⁴³⁵ CPI, art. L.613-15-1.

⁴³⁶ Pour une présentation succincte, M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 1^{re} éd., 2006, coll. Précis, droit privé, n°267 et s.

⁴³⁷ C. Maréchal, *Concurrence et propriété intellectuelle*, Litec, 2008, coll. IRPI, n°32, Préf. G. Bonet, étudiant comment le droit de la concurrence permet d'étendre indûment le monopole du titulaire de droits de propriété intellectuelle, comment le droit de la concurrence induit au contraire une érosion du droit privatif, d'où la nécessité de conciliations et de renouveler les approches tant du droit de propriété intellectuelle que du droit de la concurrence. V. aussi les commentaires des affaires Magill et IMS : CJCE, 6 avr. 1995, Radio Telefis Eireann et a. c/ Commission, aff. Jointes C-241/91 P et C-242/91 P, Rec. I-743 : J.-B. Blaise, « L'arrêt Magill : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des facilités essentielles », D. Aff. 1996, p.859 et CJCE, 29 avr. 2004, IMS Health GmbH, aff. C-418/01, Rec. I-5039 : G. Bonet, RTDeur. 2004, p.692 ; J. Peyre, « Droit de la propriété intellectuelle/droit de la concurrence : attente d'un dénouement dans les Affaires IMS et Microsoft » revue Lamy Concurrence, nov. 2004, n°9, p.26. V. aussi : F. Siirainen « « Droit d'auteur » contra « droit de la concurrence » : versus « droit de la régulation » », *Revue internationale de droit économique* 4/2001, p.413 ; E. Claudel, « Les droits de propriété intellectuelle confrontés au droit communautaire de la concurrence : l'histoire d'une soumission croissante », RTDeur. 2004, p.458 ; G. Bonet, « Abus de position dominante et droits sur les créations : une évolution inquiétante de la jurisprudence communautaire ? », in *Mélanges Colomer*, Litec 1993, p.87 ; J. Tirole, « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », in M.-A. Frison-Roche et A. Abello (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, coll. Droit et économie, p.3. V. aussi CSPLA, avis n°2004-2 du 2 mars 2004 relatif à la propriété littéraire et artistique et au droit de la concurrence.

Par ailleurs, le droit détermine que la liberté d'entreprise ne peut être assimilée ni à la liberté de contrefaire ni de profiter des investissements d'autrui. Le droit de la responsabilité prend parfois ici le relais de la propriété, le parasitisme engageant ainsi la responsabilité de son auteur⁴³⁸. N'y a-t-il pas contradiction à considérer que le droit de la concurrence a vocation à aller au-delà de la propriété mais aussi à la contredire ? La problématique ne vient-elle pas d'une mauvaise définition des limites de la propriété ? La solution doit-elle alors venir de l'extérieur ou de l'intérieur, du droit de la concurrence ou de la définition de l'étendue de la propriété ? En matière de propriété intellectuelle, le débat pourrait être interne⁴³⁹ car la dialectique propriété-liberté d'entreprendre et d'exploiter est au cœur de la propriété intellectuelle et notamment dans la définition du contenu du droit, c'est-à-dire de son contenu et de ses limites, contenu qui varie certes en fonction des objets et des exploitations qu'ils sont susceptibles de connaître. Et c'est au travers du prisme de la garantie de liberté de création et de la vocation à l'exploitation des créations (principe qui contribue à la mise en œuvre de la liberté d'entreprendre) que se construisent les régimes de propriété de la création et que pourraient être trouvés les équilibres. Et ce d'autant plus que le principe de responsabilité sous-tend la réflexion propriétaire.

2. Propriété du créateur et responsabilité

126. **La responsabilité du propriétaire.** Dans son fondement même, la propriété est liée à l'idée de responsabilité. Selon le Professeur Christian Mouly, « *la propriété permet au propriétaire de gérer son bien selon ses propres prévisions, le protégeant de l'interférence des tiers, des voisins ou de l'État. Son régime incite le propriétaire à utiliser efficacement les ressources, en lui affectant les résultats de son exploitation, qu'ils soient positifs (profits) ou négatifs (responsabilités). Pour ces raisons, la propriété est fondamentale. (...) Elle est le fondement des relations sociales et des activités économiques, ainsi qu'une procédure de protection de la plupart des droits de l'homme* »⁴⁴⁰. Il rappelle que « *l'accent est mis d'autre part sur la canalisation vers le propriétaire de toutes les conséquences de son choix, ou de leur plus large part. Les conséquences bénéfiques, dites profits, sont la preuve que le choix était bon, que le produit ou le service a donné satisfaction aux consommateurs, que l'entreprise est bien gérée ; ils doivent être laissés au propriétaire, sans spoliation fiscale* ».

⁴³⁸ Pour une présentation historique de la théorie du parasitisme : P. Le Tourneau, *Le parasitisme*, Litec, 1998, et concernant l'utilisation des efforts intellectuels et des investissements d'un concurrent spéc. n°80 et s. puis n°120 et s. V. aussi n°210 : « *comme toujours, la responsabilité civile supplée à l'absence de régime spécifique, en l'espèce sous la forme de la concurrence parasitaire en cas de concurrence entre les intéressés, sinon des agissements parasitaires* ». Il salue ensuite la jurisprudence pour avoir « *effectivement et opportunément* » élargi le parasitisme pour protéger « *toute valeur économique* ».

⁴³⁹ Cf. infra n°154 et s. ; n°179.

⁴⁴⁰ C. Mouly, « La propriété », préc., n°710.

abusive, sans vol, sans privation. A défaut disparaîtra l'incitation à servir les autres. Les conséquences néfastes, dites aussi dommages, sont la preuve de l'erreur dans le choix ou dans l'exécution. Par le mécanisme de la responsabilité individuelle, les conséquences dommageables doivent être canalisées vers le propriétaire »⁴⁴¹. Ainsi, pour des biens particuliers dont la valeur est, au moins pour partie, fonction de l'exploitation qui en est faite, la valeur du bien varie selon la pertinence de l'exploitation. Ici la propriété est juste en ce qu'elle reflète la réelle valeur du bien. C'est ce qu'exprime Boufflers en récusant la pertinence d'une indemnisation de l'inventeur en contrepartie de la divulgation⁴⁴². D'autre part, le propriétaire est responsable du fait des choses, à moins d'en avoir confié la garde à un tiers⁴⁴³. La propriété de l'œuvre n'est pas sans lien avec la responsabilité du fait de l'œuvre : selon Michel Foucault, la fonction auteur émerge en même temps que la responsabilité de l'écrivain⁴⁴⁴. De nos jours toutefois, l'assertion est moins vraie : c'est moins le fait de la création que celui de la diffusion qui rend responsable. L'écrivain est responsable⁴⁴⁵ mais l'auteur des délits de presse est d'abord le responsable de la publication, l'auteur n'étant responsable qu'à titre subsidiaire ou de complice⁴⁴⁶. La mise en évidence du lien entre propriété et responsabilité conduit d'ailleurs parfois en pratique à la renonciation à la propriété.

127. **Responsabilité de l'exploitation.** La propriété intellectuelle n'est pas une propriété oisive. Dans l'esprit du législateur, elle est une récompense à la création et une incitation à la communication de la création au public. Le public a en effet intérêt à l'augmentation du champ de la connaissance (scientifique, technique et culturelle). La propriété instaure une exclusivité de l'exploitation en ce qu'elle réserve au créateur le droit patrimonial d'exploitation de la création pendant une certaine durée. Le créateur peut exploiter lui-même. En ce cas, l'exclusivité de l'exploitation lui permet de bénéficier des fruits civils de la création sans concurrence de tiers non créateurs. Cette exclusivité sur l'exploitation de la création est également négociable par le créateur auprès d'un exploitant et lui permet d'obtenir la

⁴⁴¹ *Ibidem*, n°733. V. déjà une dialectique identique dans les travaux parlementaires révolutionnaires, notamment les discussions relatives aux contributions sur les patentes. Pour exemple, Rapport du comité des contributions publiques sur les patentes, présenté par d'Allarde, le 15 février 1791, disponible sur www.gallica.bnf.fr. V. aussi les discussions qui suivirent le 1^{er} et le 2 mars 1791, et le texte du décret finalement adopté le 2 mars 1791, avec modèles de déclaration, récépissé et patentes permettant l'application du texte.

⁴⁴² Cf. supra n°120.

⁴⁴³ Cciv., art. 1384 ; V. sur l'exigence de preuve du transfert de la garde : Cass. civ. 2^e, 14 juin 1995 : Bull. n°185.

⁴⁴⁴ M. Foucault, « Qu'est-ce qu'un auteur ? », préc.

⁴⁴⁵ V. P. Mbomgo, « Réflexions sur l'impunité de l'écrivain et de l'artiste », in *Légipresse*, 2004, n°213, II, p.85.

⁴⁴⁶ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, art. 42 et 43.

rémunération de sa création. Le coût de création et/ou de rémunération du créateur peut ainsi être imputé sur le prix de vente au consommateur final, dès lors que l'exploitation n'est pas concurrencée par l'exploitation par un tiers qui n'aurait pas à subir ce coût de création. En matière de droit d'auteur, la rémunération est, sauf exceptions, proportionnelle au prix de vente au public⁴⁴⁷ : l'auteur est ainsi associé directement aux fruits civils de l'exploitation de sa création. Il bénéficie pleinement de la propriété de sa création. Il en assume également pleinement la responsabilité : l'insuccès de l'œuvre diminue d'autant sa rémunération. Les modalités d'exercice de la propriété, si elles sont légalement contraintes, mettent en exergue la responsabilité de l'auteur dans le succès de la création : il est responsable de son succès ou de son insuccès et y participe. On comprend ici que cette propriété est fondamentalement personnaliste : l'auteur est considéré comme personnellement responsable du succès et de l'insuccès de la création, au même titre que l'exploitant. Tel n'est pas le cas en matière de brevet, qui ne prévoit pas de dispositions spécifiques concernant la rémunération des inventeurs par leurs cessionnaires et ne prévoit qu'un principe générique de rémunération dans les rapports entre inventeurs salariés et employeurs. Ceci s'explique toutefois par le fait qu'en droit des brevets, c'est moins l'acte créatif que la divulgation de l'invention qui est récompensée. Ce n'est donc pas tant la création en elle-même que la communication au public de l'information scientifique et technique qui est récompensée. C'est à celui qui opère cette communication (dès lors qu'il avait droit de le faire) que revient l'exclusivité de l'exploitation. En revanche, le breveté bénéficie clairement de l'exclusivité de l'exploitation et est responsable de cette exploitation. Il est responsable du succès de l'exploitation par le droit exclusif aux fruits de l'invention. Il est aussi responsable de son insuccès : en cas d'insuffisance d'exploitation, voire de défaut d'exploitation, il peut perdre son exclusivité et n'obtenir qu'un droit à redevances dans le cadre de licences obligatoires⁴⁴⁸.

128. **Responsabilité du fait de l'exploitation.** C'est celui qui est maître de l'exploitation qui en est responsable. Aussi cette responsabilité repose-t-elle moins sur le créateur que sur l'exploitant. Celui-ci peut éventuellement être le créateur mais c'est le plus souvent un professionnel distinct, dont l'exploitation est le métier principal (producteur, éditeur). Le fait de l'exploitation rend responsable vis-à-vis des tiers de ce qui est publié, vendu, loué ou, de manière plus générale, « mis en circulation », c'est-à-dire dont le producteur s'est « dessaisi volontairement »⁴⁴⁹. En droit civil, concernant la responsabilité du fait des produits

⁴⁴⁷ CPI, art. L.131-3, al. 4.

⁴⁴⁸ CPI, art. L.613-11 et s.

⁴⁴⁹ Cciv., art. 1386-5.

défectueux, le producteur est défini comme « *le fabricant d'un produit fini, le producteur d'une matière première, le fabricant d'une partie composante* », dès lors qu'il agit à titre professionnel⁴⁵⁰. C'est le producteur en premier lieu, le distributeur (vendeur ou loueur, à l'exception du crédit-bailleur) n'intervenant qu'en second lieu et à défaut d'identification du producteur, qui est responsable du caractère défectueux du produit mis en circulation⁴⁵¹. Et ce, même en l'absence de rapport contractuel avec la victime⁴⁵². C'est donc le fait de la mise en circulation, de la mise sur le marché, de l'offre au public du produit qui rend responsable. A ce titre, si le produit fini consistait en une invention ou contenait ou avait recours à une invention, le producteur serait responsable du défaut de sécurité dû au produit. L'exploitant de l'invention est responsable en cas de défaut de l'invention. Il n'est responsable toutefois que du défaut de sécurité et non de l'insuffisance de résultat de l'invention ou du produit, notamment en cas de produit concurrent plus performant⁴⁵³. C'est donc bien le fait de l'exploitation et non la création en soi qui rend responsable. Tel est le cas par exemple pour les médicaments : le médicament doit non seulement produire l'effet escompté mais également ne pas produire d'effets secondaires nocifs même lorsqu'il est prescrit en dehors des pathologies qu'il visait à soigner. De la même manière, c'est le fait de la communication au public, de la publication de l'œuvre de l'esprit qui rend l'éditeur responsable des délits de presse éventuellement commis⁴⁵⁴ et des éventuels dommages causés aux tiers par la publication (atteinte à l'intimité de la vie privée, au droit à l'image, au droit de marque, plagiat ou contrefaçon, etc.). L'auteur n'est responsable qu'à défaut de publicateur responsable. La responsabilité du producteur-exploitant (entendu au sens large de celui qui a mis originairement en circulation le produit ou l'œuvre, quelle qu'en soit la nature) est la contrepartie de la propriété dont il bénéficie. L'exploitant est en principe le cessionnaire des droits sur l'œuvre ou l'invention, et à ce titre, le propriétaire du droit d'exploiter. S'il n'est cessionnaire, l'exploitation sous son nom emporte présomption de titularité des droits en matière de droit d'auteur⁴⁵⁵. On notera qu'en droit commun est assimilé

⁴⁵⁰ Cciv., art. 1386-6.

⁴⁵¹ Cciv., art. 1386-7.

⁴⁵² Cciv., art. 1386-1.

⁴⁵³ Cciv., art. 1386-4.

⁴⁵⁴ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, art. 42.

⁴⁵⁵ CPI, art. L.113-1 : « *La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* ». Si la qualité d'auteur ne peut être revendiquée par les personnes morales, en revanche, l'exploitation de l'œuvre, en l'absence de revendication du ou des auteurs, sous le nom d'une personne morale fait présumer que cette personne morale est titulaire des droits de propriété incorporelle portant sur cette œuvre : Cass. civ. 1^{re}, 24 mars 1993 : JCP 1993, II, 22085, note F. Greffe ; RTDcom 1995, p.418, obs. A. Françon.

au producteur celui qui « *agissant à titre professionnel (...) se présente comme producteur en apposant sur le produit son nom, sa marque ou un autre signe distinctif* »⁴⁵⁶, autrement dit celui qui se comporte comme le propriétaire ou, du moins, le titulaire du droit d'exploiter. Le fait d'agir en propriétaire emporte donc responsabilité de propriétaire.

129. L'analyse des fondements des droits de propriété intellectuelle a permis de démontrer l'importance philosophique de la référence propriétaire et le contexte intellectuel de l'appropriation des créations, elle a d'ores et déjà permis de mettre en exergue les principes généraux de cette appropriation, à savoir le caractère personnaliste et l'intérêt économique de l'appropriation.

§ 2. PRINCIPES GÉNÉRAUX DU MODÈLE D'APPROPRIATION DES CRÉATIONS

130. L'appropriation des créations oscille entre deux principes à la fois contradictoires et complémentaires par les contrepoids qu'ils opèrent : la protection de l'acte créatif, conçu comme un acte personnel particulier (A) et la protection de l'intérêt économique et social de la création (B).

A. Caractère personnaliste de l'appropriation

131. Le caractère personnaliste de l'appropriation ressort tant du mode d'acquisition (1) que du contenu du droit des créateurs (2).

1. Mode d'acquisition personnaliste

132. **L'acte créatif comme fait générateur de l'appropriation.** Le droit de la propriété intellectuelle affirme le fait créatif comme fait générateur de l'appropriation. Ainsi, selon l'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle, c'est « *du seul fait de sa création* » que « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre (...) d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ». De la même manière, selon l'article L.611-1 du même code, « *toute invention peut faire l'objet d'un titre de propriété industrielle* », ce droit revenant, d'après l'article L.611-6 « *à l'inventeur ou à son ayant cause* ». Dans chacune des branches de la propriété intellectuelle, c'est donc bien le fait de la création qui confère la vocation à la propriété (directe en matière de droit d'auteur, directe ou indirecte pour ce qui concerne le droit de brevet). Par ailleurs, le droit d'auteur définit l'acte créatif au second article de Code de la propriété intellectuelle : « *l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même*

⁴⁵⁶ Cciv., art. 1386-6.

inachevée, de la conception de l'auteur »⁴⁵⁷. La protection de l'œuvre est donc indépendante de toute divulgation, contrairement à la protection des inventions et l'œuvre est considérée comme créée du fait de la réalisation de la conception de l'auteur. Deux critères sont essentiels à la création : la création est le fruit de la conception d'un auteur, il s'agit ici d'une conception personnelle, originale, issue de l'intelligence humaine, forme littéraire ou artistique abstraite qui pour être communiquée à autrui doit s'incarner en une réalisation, une forme concrète, sensible ou intelligible, car l'œuvre ne peut se résumer à une idée personnelle non réalisée, elle doit prendre forme car elle a vocation à être communiquée⁴⁵⁸. Cette définition mettant en exergue les exigences tant de conception que de réalisation de l'œuvre aboutit à une définition personnaliste de l'acte créatif en matière littéraire et artistique. Or elle dessine les contours de la protection, puisqu'elle définit l'objet de l'appropriation, contribuant ainsi à la dimension personnaliste de l'appropriation.

133. Le droit des brevets procède différemment : il définit des conditions de brevetabilité de l'invention à l'article L.611-10 du Code de la propriété intellectuelle et complète ces conditions par une liste d'exclusions de la brevetabilité. Ainsi « *sont brevetables, dans tous les domaines technologiques, les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle* [et] *ne sont pas considérées comme des inventions* [du moins en tant que tel] (...) *notamment : (...) les découvertes ainsi que les théories scientifiques et les méthodes mathématiques ; (...) les créations esthétiques ; (...) les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateurs ; (...) les présentations d'informations* ». La définition positive proposée par le droit d'auteur peut toutefois s'appliquer à l'invention, dans la mesure où les exclusions prévues mettent en évidence l'absence de réalisation et/ou l'absence de conception personnelle au créateur. Dès lors, la réalisation de la conception du créateur⁴⁵⁹ s'impose comme définition de la création. Une telle définition semble *a priori* plus mettre en exergue une activité qu'un objet. Il convient pourtant de comprendre ici le terme réalisation non comme une activité (bien que celle-ci existe et soit nécessaire, et, en principe, personnelle) mais surtout comme l'objet qu'a produit cette activité.

⁴⁵⁷ CPI, art. L.111-2.

⁴⁵⁸ Pour une analyse approfondie de la notion de forme et la mise en exergue de la nécessité d'une forme externe communicable, P. Gaudrat, « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », *préc.*, p.195.

⁴⁵⁹ Le terme créateur est à entendre au singulier et au pluriel, nous n'entendons pas discriminer la création plurielle. L'œuvre originale porte le sceau de la personnalité de chacun des coauteurs ayant participé à sa réalisation. A défaut, on ne reconnaîtrait pas la création comme plurielle. De la même manière, le succès scientifique d'une équipe de recherche est au moins aussi marqué par les différentes personnalités de ses membres.

L'objet de la protection n'est pas en effet une activité mais son « résultat », la forme technique ou littéraire et artistique⁴⁶⁰, qui seule peut être appropriée et faire l'objet d'un droit subjectif. Le processus créatif n'est pas indifférent à la protection car, comme on vient de le voir, c'est l'activité créatrice qui légitime l'appropriation. Par ailleurs, l'objet-crédation est intrinsèquement lié au processus créatif puisqu'il en est le résultat. L'existence d'un processus créatif est donc indirectement recherchée par le fait que pour revendiquer la protection, le créateur doit prouver la qualité de l'objet qu'il présente (objet créatif, c'est-à-dire une forme, une réalisation qui exprime une conception, technique ou littéraire et artistique) et la paternité de la création, c'est-à-dire le fait qu'il en est à l'origine par sa conception et sa réalisation. Toutefois, la protection s'applique à un objet juridique et cet objet est un « résultat », un fruit de l'activité créatrice : la création, une œuvre de l'esprit ou une invention, c'est-à-dire une forme littéraire et artistique ou technique. C'est la réalisation (l'objet réalisé) qui est l'objet de la protection. La conception est une qualité non moins essentielle à cet objet puisqu'elle est consubstantielle à la réalisation, qui en est la mise en œuvre concrète. Cette exigence de conception est tout aussi essentielle à la création car c'est cette exigence qui la distingue du travail. La réalisation permet le détachement entre le sujet et l'objet, élément essentiel à la reconnaissance d'une propriété (pour qu'il y ait propriété, il faut qu'il y ait un bien à approprier ; les limites du bien permettent par ailleurs de déterminer les limites de la propriété) ; la conception permet le rattachement de l'objet au sujet, élément essentiel à l'appropriation (puisque'il détermine la titularité du droit, ou du moins y contribue, et la nature de la propriété). La définition de l'objet est donc essentielle à l'analyse du modèle d'appropriation de la création.

134. Définition de l'acte créatif en matière littéraire et artistique. Par la généralité de ses termes mêmes, l'article L.111-2 du Code de la propriété intellectuelle propose une définition de la création qui rejoint finalement l'analyse philosophique de ce phénomène. Hegel notamment désignait la création comme la « révélation de l'Esprit s'incarnant dans des

⁴⁶⁰ S'inspirant de l'analyse philosophique des choses faite par Aristote, le professeur Dross réserve aux seules œuvres de l'esprit la qualification de forme car il distingue au sein des objets de propriété intellectuelle les formes des fonctions. C'est à partir de cette distinction qu'il divise les biens intellectuels en deux catégories : les formes, « choses subjectives » font l'objet d'un droit d'auteur, et demeurent dépendantes du créateur du fait de la conception « romantique » de la création littéraire et artistique ; les fonctions (techniques, esthétiques, évocatrices ou communicatrices) font l'objet d'un droit de propriété industrielle (réciproquement : brevets, dessins et modèles, marques, bases de données). V. W. Dross, *Droit des biens*, Montchrestien, 2012, coll. Domat droit privé, n°431 et s. ; W. Dross, *Droit civil, Les choses*, LGDJ, 2012, n°429 et s., spéc. n°437 pour la définition de la notion de fonction et n°439 et s. pour l'analyse des biens intellectuels pouvant cumuler la qualification de forme et de fonction, où l'auteur analyse spécifiquement la question du logiciel.

formes extérieures ». Bernard Edelman pour définir le champ du droit d'auteur rappelle que « dans le rapport entre l'idée et sa réalisation, on peut, logiquement, distinguer trois hypothèses :

1° L'idée n'est rien et la réalisation est tout ;

2° L'idée est tout et la réalisation n'est rien ;

3° L'idée et la réalisation collaborent.

Dans ces trois cas de figure, les deux premiers consomment un divorce entre la main et l'esprit ; le troisième cas les réunit »⁴⁶¹. C'est cette dernière hypothèse qui nous semble effectivement la plus judicieuse : si la conception est avec évidence au cœur du concept de création protégée, puisqu'elle la détermine, la réalisation ne l'est pas moins⁴⁶² car c'est elle qui permet l'objectivation de la création. L'exigence de conception peut paraître élémentaire, elle est pourtant un critère important de protégeabilité. Ce critère est souvent invoqué pour vérifier la protégeabilité d'œuvres relevant d'un art nouveau dont la protection n'est pas évidente. Ce fut le cas lorsque les photographes prétendirent à la protection, ce fut le cas lors de l'introduction de l'interactivité dans l'art. Cette condition de conception ne doit pas être assimilée à un jugement de valeur fondé sur l'évaluation du mérite de l'œuvre. Celui-ci serait évidemment censuré, le mérite n'étant définitivement pas un critère d'accès à la protection. Pour autant, il ne serait pas opportun de renoncer à la condition de conception de l'œuvre par l'auteur. C'est elle qui témoigne premièrement de l'existence d'une création. Avant même la loi du 11 mars 1957, la jurisprudence mettait en évidence l'effort « intellectuel » ou « créateur »⁴⁶³ à l'origine des « productions de l'esprit »⁴⁶⁴. L'œuvre protégeable

⁴⁶¹ B. Edelman, « La main et l'esprit », D.1980, chronique p.43.

⁴⁶² H. Desbois, *Le droit d'auteur, Droit français, Convention de Berne révisée*, Dalloz, 1950, p.18 : « la création ne réside pas dans l'acte de conception ; elle comporte l'exécution personnelle ». Pour une application jurisprudentielle, CA Paris, 4^e ch., 23 novembre 1979, Annales 1981 p.165, à propos d'un modèle de remorque: le juge met bien en évidence la liaison de la conception et de l'expression qui doit conférer une physionomie propre à l'œuvre de l'esprit, il met aussi en exergue les exigences de forme esthétique et d'originalité, spécifiques à la protection du droit d'auteur.

⁴⁶³ CA Nancy, 1^{re} ch., 14 mars 1903, Gaz. Pal. I jur. p.800 ; à propos d'un « effort de création personnelle, si modeste qu'en soit le résultat », CA Rouen, 21 octobre 1930, Annales 1931 p.167 ; CA Rennes, 1^{re} ch., 10 avril 1933, Annales 1935 p.222 à propos d'un « opuscule sur les curiosités d'une ville » : le juge met en évidence « l'effort créateur » et « l'œuvre personnelle » contenus dans l'ouvrage et reconnaît la contrefaçon par un autre opuscule qui présente, malgré certains remaniements, « la même individualité et la même originalité » ; dans le même sens : CA Paris, 4^e ch., 7 octobre 1966, Annales 1967 p.282 ; CA Paris, 4^e ch. A, 22 janvier 1985, Gaz. Pal. 1985 II. Somm. p.259.

⁴⁶⁴ CA Nancy, 1^{re} ch., 14 mars 1903 : Gaz. Pal. I jur. p.800, à propos de photographies, reprenant tant les termes de « productions de l'Esprit qui appartiennent aux Beaux-Arts », « effort intellectuel de l'auteur », « marque de son talent personnel » pour qualifier les œuvres protégeables ; dans le même sens : Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 1959, Veuve Chaldjian : D.1959 jur. p.384 ; RIDA 4/1959 p.163 ; CA Paris 17 novembre 1900 : DS 1901 II p.336 ; Tciv de la Seine, 19 novembre 1930 : Annales 1931 p.277, à propos d'un ballet de Prokofiev.

est bien le fruit de la « *conception* », de « *l'imagination* »⁴⁶⁵, voire du « *génie* »⁴⁶⁶ de l'auteur. Elle « *révèle sa pensée* »⁴⁶⁷. Si on parle aussi de « *talent créateur* »⁴⁶⁸, de « *goût* »⁴⁶⁹, d'« *habileté* »⁴⁷⁰ de l'auteur, ou si l'effort intellectuel se mue parfois en un simple « *effort personnel* »⁴⁷¹, c'est pour mieux mettre en évidence le caractère éminemment personnel de l'acte créatif⁴⁷². La conception, premier critère de l'acte créatif, ne s'isole pas nécessairement de la réalisation dans le processus de création⁴⁷³. Les auteurs témoignent de la relative spontanéité de l'acte créatif. Certains auteurs revendiquent même l'absence de prédétermination intellectuelle de l'œuvre. L'œuvre se révélerait plus à eux qu'ils ne la concevraient. Ceci ne disqualifie pas la définition juridique de la création qui n'a pas vocation à refléter avec exactitude et exhaustivité la, ou plutôt, les réalités du processus psychique, voire métaphysique, de création. La définition juridique met en évidence les éléments fondamentaux qui composent nécessairement la création-objet d'un droit de propriété intellectuelle : la matérialité de la création, qui suppose une réalisation, mais aussi la spiritualité relevant de l'acte créatif, qui suppose donc une conception. Cette exigence de conception n'est pas réalisée dès lors que la forme présente un caractère évident, qui s'impose à l'esprit⁴⁷⁴ ou

⁴⁶⁵ TCom La Seine, 3^e ch., 27 octobre 1926 : Gaz. Pal. 1927 I jur. p.120 ; pour une espèce admettant le travail sérieux et intelligent du metteur en scène mais refusant la protection du fait de l'absence « *d'ingéniosité, d'initiative, de fantaisie personnelle nécessaires pour assurer la protection de la loi* » : CA Paris, 13^e ch. corr., 1^{er} avril 1963, La Belle de Cadix : Gaz. Pal. 1964 I. jur. p.52

⁴⁶⁶ CA Paris, 17 novembre 1900 : DS 1901, II p.336

⁴⁶⁷ TCiv. Besançon, 20 février 1902 : D.1903 II p.244 ; TCiv La Seine, 3^e ch., 19 décembre 1928 : DH 1929, p.76

⁴⁶⁸ TCiv. Nancy, 14 avril 1902 : D.1903 II p.244 ; CA Paris, 1^{re} Ch., 9 juillet 1971, consorts Renoir c. Guino : RIDA 2/1973 p.160, qui fait aussi allusion aux « *dons personnels* » du sculpteur.

⁴⁶⁹ CA Paris, 17 novembre 1900 : DS 1901 II. p.336 ; dans le même sens à propos d'une construction immobilière constituant une « *combinaison harmonieuse des éléments qui la composent* » : CA Paris, 4^e ch., 19 juin 1979 : Annales 1981 p.164 ; de la même manière, employant les mots et expressions « *harmonie* », « *ingénieux* », « *élégance* », « *choix heureux* », CA Paris, 6^e ch., 29 juin 1929 : DH 1929 jur. p.513 ; TCiv. Seine, 3^e ch., 25 mars 1955 : RIDA 3/1955 p.107.

⁴⁷⁰ CA Paris 17 novembre 1900 : DS 1901 II p.336 ; idem saluant le travail, l'habileté et les efforts personnels du créateur à propos de robinets, Tciv Angers, 25 juillet 1924 : Annales 1927 p.121

⁴⁷¹ Tcom. La Seine, 15 décembre 1906 : Gaz. Pal. I jur. p.270 ; CA Paris, 13^e ch. correct., 27 avril 1973 : Annales 1974 p.64 ; CA Paris, 9 juillet 1914 : Annales 1919 p.125 retenant le travail suffisamment personnel et original, les efforts, l'intelligence assez considérables pour accéder à la protection de la loi de 1793.

⁴⁷² La prouesse technique n'est pas un effort personnel et ne permet pas d'accéder à la protection, ce que la jurisprudence rappelle régulièrement. Pour un exemple récent : CA Paris, pôle 5, ch. 1, 6 juin 2012 : RLDI n° 84, juill. 2012, p. 2, Actualités n°2817.

⁴⁷³ Pour une exigence contraire et critiquable : Tcom. Lyon, 12 août 1930 : Annales 1932 p.176 : le juge n'admet la protection qu'à la condition que le dessin revendiqué soit une « *création originale ayant exigé des études préliminaires et présentant un caractère personnel indiscutable* ».

⁴⁷⁴ CA Paris, 5 mars 1959, « *entrez dans l'aronde* » : D.1959 jur. p.248, confirmé par Cour de cassation, ch. Civ., 21 mai 1963 : Annales 1964 p.278.

qui dérive des caractéristiques techniques de l'objet pour lequel on revendique la conception⁴⁷⁵. Il nous semble que l'exigence de conception renvoie à une certaine conscience du résultat visé par la création. Néanmoins, la conscience qui peut être exigée n'est ni une prédétermination exacte et finalisée de la forme externe par le sujet, ni une volonté créatrice libre et éclairée au sens que le juriste donne à l'existence d'un consentement non vicié. Le degré de conscience nécessaire à la reconnaissance d'une création suppose plutôt l'existence d'un contenu à signifier au public, que l'auteur va concrétiser en une forme communicable et l'absence d'abandon de la réalisation au seul hasard ou à des éléments entièrement extérieurs à l'auteur⁴⁷⁶. Comme on le verra, la création considérée par le droit comporte un lien inexpugnable avec le créateur qui a manifesté quelque chose de lui-même. Si ce n'est sa main, à tout le moins son esprit. Le droit n'exclut donc de la protection, ni la reproduction du réel⁴⁷⁷, ni la réalisation mécanique⁴⁷⁸, ni la spontanéité. L'exigence de conception est analysée à travers le critère d'originalité, celle-ci pouvant se manifester aussi bien dans la composition que l'expression de l'œuvre.

135. Le recours à la composition et à l'expression comme critères de définition de l'œuvre a été systématisé par Desbois⁴⁷⁹, qui, à l'époque, analysait les œuvres par genre pour démontrer

⁴⁷⁵ CPI, art. L.511-3 al. 2, étendu aux œuvres de l'esprit grâce à l'article L.611-10 du Code de la propriété intellectuelle ; pour des illustrations jurisprudentielles : Cass. com., 22 janv. 1973 : Annales 1973 p.361 ; Cass. com., 21 octobre 1980 : Annales 1981 p.190 ; Cass. com., 9 mars 1981 : Annales 1981 p.192 ; CA Versailles, 8 avr. 1987 : D.1988 Somm. p.202, obs. Colombet, à propos d'une planche à voile ; au contraire, admettant la protection du fait que le dispositif n'avait pas été imposé par la nécessité d'obtenir un résultat utile mais une recherche d'ordre esthétique ou ornemental sans lien avec la destination pratique de l'objet, CA Paris, 4^e Ch., 7 oct. 1966 : Annales 1967 p.282.

⁴⁷⁶ V. évoquant également la nécessité d'une anticipation mentale à propos des œuvres photographiques, A. Latreille, « L'histoire de la photographie, reconnaissance et protection – Une nouvelle œuvre de l'esprit – approche juridique », communication lors du colloque « L'originalité en photographie », 31 mai 2010, Paris-Palais du Luxembourg, actes publiés in Revue Lamy Droit de l'immatériel, avril 2011.

⁴⁷⁷ En effet, un documentaire peut être le reflet d'une conception personnelle et non la reproduction mécanique du réel, quand bien même le réalisateur réduirait à son plus simple appareil son intervention sur le réel : une scène filmée peut « déborde[r] de tous côtés d'un excès de sens : celui, multiple, des mots, celui du ton, celui des gestes. Plus tout le non-dit supposé et pourtant flagrant. Là dans ce trop-plein d'immédiateté, réside la puissance et la beauté du cinéma (...). [Ainsi, le réalisateur] bénéficie de capacités d'expression puissantes en privilégiant, par la prise de vue et par le montage, un trait choisi parmi bien d'autres afin de lui faire jouer un rôle comparable à celui des concepts de la langue écrite : celui d'une clé permettant de mieux comprendre tous les autres signes soumis à l'interprétation », J.-P. Colleyn, *Le regard documentaire*, Editions du Centre Georges Pompidou, coll. Supplémentaires, 1993.

⁴⁷⁸ V. les débats relatifs à la protection des gravures, photographies, films, créations générées par ordinateur, etc. Sur ces questions, A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., n°54, 57, 64, 128. V. aussi F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, préc., n°190 et s. etc. Concernant la photographie, V. les actes du colloque « L'originalité en photographie », préc., publié in Revue Lamy droit de l'immatériel, avril 2011, dossier spécial.

⁴⁷⁹ H. Desbois, *Le droit d'auteur, Droit français, Convention de Berne révisée*, Dalloz, 1950.

la pertinence de ces critères et la protégeabilité des œuvres, quel que soit leur genre. L'originalité exprimée soit dans la composition, soit dans l'expression de l'œuvre suffisait à faire accéder l'œuvre au rang de création protégée. Ces critères sont issus de l'analyse esthétique de la forme : Aristote, le premier, analysait les œuvres à partir de ces deux critères⁴⁸⁰. La composition s'exprime dans la structure de l'œuvre : la structure narrative (le périple ou l'argumentation, si c'est une œuvre littéraire), le thème de l'œuvre musicale, la composition du tableau pictural ou le story-board de l'œuvre audiovisuelle ou multimédia. La composition peut être entièrement artificielle : c'est la création *ex nihilo* d'une image, d'une histoire, d'une péripétie. La composition peut s'inspirer de la nature : en déterminant son point de vue sur le paysage, en saisissant une lumière fugace, le peintre compose la représentation du paysage qu'il donnera au public. En effet, « l'art ne recourt au réel que pour l'abolir, et lui substituer une nouvelle réalité. Le contact avec l'art, c'est d'abord la reconnaissance de cet avènement. Franchissement d'un seuil, entrée en poésie, déclenchement d'une activité spécifique, la contemplation de l'œuvre implique une mise en question de notre mode d'existence et un déplacement de toutes nos perspectives : passage d'un désordre à un ordre, pour reprendre, en les modifiant légèrement, les termes de Valéry, ce qui est vrai même si cet ordre est volonté de désordre ; passage de l'insignifiant à la cohérence des significations, de l'informe à la forme, du vide au plein, de l'absence à la présence. Présence d'un langage organisé, présence d'un esprit dans une forme »⁴⁸¹. L'évocation de ce langage de l'artiste renvoie de manière irrépressible au critère de l'expression. Les critères sont indubitablement liés, même si l'un peut parfois dominer l'autre largement. *La 'bicyclette bleue'* ne sera jamais '*Autant en emporte le vent*'⁴⁸² : même si la composition est commune, l'expression de leurs auteurs les différencie.

⁴⁸⁰ *Poétique*, préc. Aristote étudie la forme des poésies, des tragédies dramatiques, comédies et épopées. Il met en évidence la composition et l'expression qui vont faire l'originalité et surtout la valeur de l'œuvre. D'où des conseils sur quelle forme adopter, comment bien composer son œuvre, quelle expression retenir.

⁴⁸¹ J. Rousset, *Forme et signification*, préc., p.III.

⁴⁸² Les difficultés d'appréciation tiennent ici à la multiplication des emprunts et des références de l'auteur de *La bicyclette bleue* à *Autant en emporte le vent*, celle-là ayant souhaité par « volonté ludique » évoquer le texte d'*Autant en emporte le vent* pour ses lecteurs. La tâche des juges du fond est ici délicate. Pour preuve, V. TGI Paris, 3^e ch., 6 déc. 1989 : Cah. dr. auteur, mai 1990, p.21 et Comp. CA Paris, 1^{re} ch., 21 nov. 1990 : RIDA 1/1991, p.319, concl. Delafaye ; D. 1991, p.85, note P.-Y. Gautier. La Cour de cassation enjoint d'ailleurs aux juges du fond de vérifier « si, par leur composition ou leur expression, les scènes et les dialogues d'*Autant en emporte le vent* et de *La bicyclette bleue* qui décrivent et mettent en oeuvre des rapports comparables entre les personnages en présence, ne comportent pas des ressemblances telles que, dans le second roman, ces épisodes constituent des reproductions ou des adaptations de ceux du premier dont elles sont la reprise » : Cass. civ. 1^{re}, 4 fév. 1992 : Bull. n°42 ; JCP G 1992, II, 21930, note X. Daverat ; D. 1992, p.182, note P.-Y. Gautier. On notera qu'ici la Cour de cassation invite les juges à statuer en fonction des ressemblances, qui sembleraient plaider pour la reconnaissance d'une adaptation, donc d'une œuvre dérivée, et non des différences. Or l'appréciation de l'originalité doit normalement être réalisée quant aux différences et non quant aux ressemblances. S'il n'y a pas de nouveauté, n'y a-t-il pas pour autant originalité ? Le mérite de l'auteur n'a pas ici à être apprécié. Peut-on réellement parler d'une œuvre dérivée, seconde alors que les lieux et personnages sont distincts ? S'agit-il plutôt d'un comportement parasitaire

136. La Cour de cassation retient régulièrement ces critères d'appréciation de l'originalité que les juges du fond doivent caractériser. Ainsi, dans l'affaire « Être et avoir », le pourvoi de l'instituteur est-il rejeté car la cour rappelle que les juges du fond ont exclu l'originalité de son cours après analyse de *« l'ensemble des éléments des cours de M. Y..., tels que reproduits dans le documentaire, [et qu'ils] ont estimé que ceux-ci ne présentaient, ni dans leur composition, ni dans leur enchaînement, de caractère original, qu'il en était de même des leçons qui ne révélaient aucun choix inédit d'exercices ou de textes susceptible de donner prise au droit d'auteur ou encore de la transmission de messages et de connaissances, sous forme de dialogues spontanés, entre le maître, les élèves et leurs parents »*⁴⁸³. On remarquera que le documentaire audiovisuel en cause met en exergue la personnalité, qualifiée de charismatique et empreinte d'une autorité bienveillante de l'instituteur et que cette personnalité est essentielle dans le documentaire audiovisuel. L'instituteur a donc cherché à démontrer qu'il devait être reconnu comme auteur car sa personnalité avait marqué l'œuvre. Ici la Cour de cassation admet avec la cour d'appel que la composition du cours n'était pas en soi originale, pas même dans les enchaînements ou les choix d'exercices créés par d'autres ; l'expression ne l'est pas non plus et ne manifeste qu'un discours spontané. Par ailleurs, concernant l'œuvre audiovisuelle en elle-même, l'instituteur n'en a pas choisi le sujet, n'a pas participé à sa composition, puisqu'il n'a pas participé aux *« plan du tournage, choix des situations filmées, des images et du cadrage »*, n'est pas créateur d'une œuvre préexistante (les cours exclus de la protection pour ne pas être originaux) ni d'une œuvre conçue pour les besoins de l'œuvre audiovisuelle, l'expression de son apport étant trop spontanée pour être qualifiée d'œuvre.

137. De la même manière, le Conseil d'État a récemment encore mis en exergue les critères de la composition et de l'expression pour apprécier l'originalité d'une œuvre, seul critère d'accès à la protection : *« considérant qu'il résulte de ces dispositions que le Code de la propriété intellectuelle protège les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination à la seule condition que ces œuvres présentent un caractère original ; qu'en ce qui concerne les œuvres littéraires, la protection s'attache tant aux œuvres écrites qu'aux œuvres orales ; qu'ainsi les entretiens constituent des œuvres de l'esprit, dès lors que l'activité intellectuelle et créatrice des participants se manifeste par l'expression d'une pensée individuelle et indépendante et que la composition et l'expression de l'œuvre fait apparaître son originalité »*⁴⁸⁴. La protection bénéficie donc aux œuvres

visant à bénéficier de la notoriété ou des efforts créatifs d'autrui ? Rappelons que les créateurs eux-mêmes revendiquent régulièrement que la création littéraire ou artistique est faite d'emprunts. Les frontières sont ici ténues.

⁴⁸³ Cass. civ. 1^{re}, 13 nov. 2008 : Bull. n°259. Nous soulignons.

⁴⁸⁴ CE, 9^e et 10^e ch. réunies, 27 avr. 2011, n°314577 : D. 2011 p. 1945, note G. Lécuyer ; JCP G. 2011, p. 977, obs. C. Caron ; Propr. Intell. 2011, p. 306, obs. J.-M. Bruguière. Nous soulignons.

issues d'une activité créative, « intellectuelle et créatrice », traduisant une pensée individuelle et indépendante (soit personnelle et libre), incarnée dans une forme à la composition et l'expression originale. Le Conseil d'État analyse ensuite le document pour y découvrir le développement d'une « *réflexion originale* », présentée selon un « *tour suffisamment personnel* » et exprimée selon une « *formulation suffisamment originale* ». Dans ces deux affaires, deux personnes qui étaient les sujets filmés d'une œuvre audiovisuelle se voient pour l'un exclus de la qualité de coauteur, pour l'autre admis, et selon l'appréciation des mêmes critères. En effet, si chacun a marqué l'œuvre de sa personnalité, l'un l'a fait non à travers une œuvre, mais en étant tout simplement lui-même, l'autre l'a fait à travers un discours construit, pensé, exprimé en une forme, une œuvre protégeable, si consubstantielle à l'œuvre audiovisuelle qu'elle lui en confère la qualité de coauteur car son œuvre n'est pas préexistante mais un élément essentiel intellectuellement et « audiovisuellement » : il est l'œuvre littéraire orale, filmée, c'est-à-dire exploitée en sa forme et son genre audiovisuel. En ce qui concerne l'interprétation, l'analyse doit être la même qu'en droit d'auteur : création intellectuelle, originalité dans la composition et l'expression permettent de valider la protection de l'interprétation. Ainsi, l'interprète compose son personnage, donne une expression singulière à une partition, à une exclamation.

138. L'exigence de réalisation permet, elle, d'exclure les seules idées de la protection. Cette exclusion permet d'abord de sauvegarder le domaine public et de préserver la liberté de création : nul ne peut s'approprier une idée, une théorie ou un genre de création. Tel est le cas par exemple du genre de l'emballage : Christo n'a pu faire interdire comme contrefaisant d'autres emballages que ceux qu'il avait lui-même réalisés⁴⁸⁵. Tel serait le cas si un artiste

⁴⁸⁵ TGI Paris, 10^e ch. Correctionnelle, 26 mai 1987 : D.1988, Somm. p.201, obs. C. Colombet ; pour d'autres jurisprudences rappelant l'exclusion des idées : TCiv. Seine, 3^e ch., 19 décembre 1928, « Courteline » : DH 1929 p.76 ; CA Paris, 5 mars 1959, « Entrez dans l'Aronde » : D. 1959, jur. p.248, confirmé par Cass. civ., 21 mai 1963 : Annales 1964 p.278 ; dans le même sens : CA Paris, 4^e ch., 30 avr. 1963 : Annales 1964, p.280. Et plus récemment : V. l'affaire relative à un concours organisé par un magazine féminin : y avait-il œuvre ? La cour d'appel a répondu positivement l'idée ayant été concrétisée par l'organisation du jeu mais la Cour de cassation considère qu'il n'y a qu'une idée non protégeable : Cass. civ. 1^{re}, 29 nov. 2005 : Bull. n°458. On notera le visa des articles L.111-1 et L.112-1 du Code de la propriété intellectuelle et le chapeau « *la propriété littéraire et artistique ne protège pas les idées ou concepts, mais seulement la forme originale sous laquelle ils se sont exprimés* ». La cour motive également sa décision en rappelant que l'existence de choix arbitraires est insuffisante en soi : l'absence de protection tient au fait qu'il n'y a ici pas de forme à protéger ! V. également Cass. civ. 1^{re}, 17 juin 2003 : Bull. n°148 : La cour exclut la protection par le droit d'auteur, rappelant que les idées ne peuvent être protégées et considérant que « *les prescriptions et dessins invoqués se réduisaient à des principes généraux exclusifs d'indications suffisamment concrètes et précises ; [que la cour d'appel] a également exposé en quoi la planche illustrative de la façade du magasin et la représentation d'un aménagement intérieur étaient l'une exempte d'originalité, l'autre trop imprécise et partielle pour s'assimiler à un projet-type permettant une exécution répétée, fût-ce en liaison avec le texte du cahier* ». Ainsi, la réalisation implique une description concrète, permettant une identification suffisante de la forme pour qu'elle soit réalisable et reproductible. Cette forme concrète, perceptible et communicable, peut être réalisée dans un genre différent de la forme finale communiquée au public (comme le plan d'une œuvre

revendiquait en tant que telle la protection de « *l'approche conceptuelle (...) qui consiste à apposer un mot dans un lieu particulier en le détournant de son sens commun* »⁴⁸⁶. Mais si cet artiste ne se borne pas reproduire un mot pour nommer un lieu et qu'au contraire, par ses choix esthétiques, par l'apposition du mot en une calligraphie particulière qui conduit finalement à lui seul à une mise en scène du lieu, à une réinvention de son sens, alors l'œuvre constituée par cette mise en scène, par cette mise en lumière doit être protégée, au même titre qu'une photographie est protégée quand les choix de lumière et de cadrage donne à l'image une originalité que le réel n'avait pas. Ainsi la Cour de cassation rejette le pourvoi contre l'arrêt qui relève « *que l'œuvre litigieuse ne consiste pas en une simple reproduction du terme "Paradis", mais en l'apposition de ce mot en lettres dorées avec effet de patine et dans un graphisme particulier, sur une porte vétuste, à la serrure en forme de croix, encastrée dans un mur décrépi dont la peinture s'écaille, que cette combinaison implique des choix esthétiques traduisant la personnalité de l'auteur ; que de ces constatations et appréciations souveraines faisant ressortir que l'approche conceptuelle de l'artiste, qui consiste à apposer un mot dans un lieu particulier en le détournant de son sens commun, s'était formellement exprimée dans une réalisation matérielle originale, la cour d'appel en a à bon droit déduit que l'œuvre bénéficiait de la protection du droit d'auteur* ». Le second artiste, qui, pour contextualiser l'amour sacré, choisit comme Paradis, la porte des toilettes d'un hôpital psychiatrique, a d'ailleurs reconnu par sa propre création, ici contrefaisante, la nouvelle dimension qu'avait pris le lieu, après cette création.

139. L'exigence de réalisation est aussi utile pour déterminer la qualité d'auteur ou de coauteur, notamment en cas de création plurale ou dérivée ou de création d'entreprise, au sein de laquelle il importe de qualifier les apports de chacun pour déterminer qui peut finalement revendiquer la qualité d'auteur. La seule conception, la seule fourniture d'une idée, mise en forme et réalisée par un tiers peut-elle suffire à conférer la qualité d'auteur ? La réalisation personnelle n'est pas, par principe, un critère de la création. La réalisation peut être mécanique. Néanmoins, le concepteur doit-il avoir, au moins dans une certaine mesure, participé à la réalisation de l'œuvre ? Le réalisateur et le concepteur de l'œuvre peuvent-ils être deux personnes distinctes ? Peut-on, doit-on, alors parler de création plurale⁴⁸⁷ ? Sans doute à certains égards, certaines œuvres seront-elles le fruit d'une véritable co-crédation. Mais il ne semble pas évident de toujours conclure à la co-crédation. L'exclusion des idées semble exclure

architecturale, comme la description littéraire d'une mise en scène). L'absence de description, graphique ou littéraire, interdisait ici la reconnaissance de l'existence d'une œuvre de l'esprit protégée.

⁴⁸⁶ Cass. civ. 1^{re}, 13 nov. 2008 : Bull. n°258.

⁴⁸⁷ Dans un sens positif, R. Lindon, « L'idée artistique fournie à un tiers en vue de sa réalisation », JCP 1970 I. 2295.

le concepteur de la protection. Mais l'exigence de conception pourrait de la même manière exclure le « réalisateur ». Quand bien même l'œuvre aurait vocation à s'épanouir dans le genre de la danse, l'œuvre chorégraphique pourrait avoir pour forme première une description, écrite ou orale, comme l'œuvre musicale dispose d'une forme orale et écrite. Le support, et surtout sa matérialité, sont, par principe, indifférents à la protection. Cocteau, racontant un ballet à un metteur en scène, sera donc chorégraphe⁴⁸⁸. Ceci n'est possible que dans la mesure où les directives données par Cocteau dépassent la distribution d'idées que le metteur en scène mettrait en forme. C'est ce que retiennent les juges après une analyse minutieuse du processus de création. Au contraire, le concepteur n'aura aucun droit sur l'œuvre réalisée dès lors qu'il n'aura fourni que des directives, précises certes, mais insuffisantes à la représentation mentale de l'œuvre en une forme unique. Lorsque les réalisatrices auront disposé d'une certaine liberté de création pour donner à l'œuvre sa forme, elles seront auteurs⁴⁸⁹. La liberté est indispensable à la création, c'est sans doute même le signe de la création⁴⁹⁰. L'artisan ou le *designer* travaille la matière et doit produire un objet à vocation utilitaire, ayant des caractéristiques techniques attendues par le consommateur mais il dispose d'une liberté suffisante⁴⁹¹ pour donner à cet objet une forme particulière éventuellement protégée. Ainsi, il fait œuvre créatrice. Il dépasse le simple travail de technicien pour donner à son œuvre le caractère de création. La liberté dans la réalisation des directives ou, au contraire, la prédétermination de la forme qui s'impose au réalisateur, sont les critères que le juge utilise pour mettre en évidence la qualité d'auteur. La liberté est le propre de la création. Entre liberté totale et inexistante s'identifient de nombreuses hypothèses de co-crédation que le juge aura à démêler, sans préjuger de la qualité

⁴⁸⁸ Tciv. La Seine, 1^{re} ch., 2 juill. 1958 : Gaz. Pal. 1958 II. p.181, à propos du ballet « Le Jeune homme et la Mort ».

⁴⁸⁹ CA Paris, 27 novembre 1967, annexé à l'article de R. Lindon, « L'idée artistique fournie à un tiers en vue de sa réalisation », préc..

⁴⁹⁰ V. sur cette question les développements de B. Edelman, notamment « Liberté et création dans la propriété littéraire et artistique », D.1970, chronique p.197. Pour une illustration à propos d'une photographie, CA Paris, 4^e ch. A, 18 déc. 1985, « Schwartz » : D.1986, Somm. p.183 cantonnant le photographe de plateau à un exécutant et non à un créateur car il n'a pas le choix de la composition de la photographie (orchestrée lors de la mise en scène du film) et reste soumis aux directives du réalisateur. Il n'y a donc pas de place pour une « œuvre personnelle autonome ». Cette analyse semble contredite par l'évolution de la jurisprudence. Pour illustration : CA Paris, 4^e ch. A, 20 fév. 2008 : RIDA 4/2008, p.504. Pour une analyse plus générale, V. les actes du colloque « L'originalité en photographie », préc., publié in Revue Lamy droit de l'immatériel, avril 2011, dossier spécial.

⁴⁹¹ CA Paris, 4^e ch., 7 oct. 1966 : Annales 1967, p.282, à propos d'un modèle de parapluie, les juges admettent la protection du fait que le dispositif n'avait pas été imposé par la nécessité d'obtenir un résultat utile mais une recherche d'ordre esthétique ou ornemental sans lien avec la destination pratique de l'objet.

d'auteur⁴⁹². On notera, comme on l'a déjà vu à propos de la copie à l'identique, que la réalisation personnelle n'est pas anodine et qu'elle permet souvent d'obtenir la qualité de coauteur, la main et l'esprit étant difficilement séparable. Et la notoriété de l'artiste qui a conçu l'œuvre mais ne l'a pas réalisé n'y peut rien : Guino⁴⁹³ est coauteur, puisqu'il réalise l'œuvre conçue par Renoir, qui « corrige » l'œuvre réalisée par Guino. Les juges du fond ont considéré que Guino avait disposé de suffisamment de liberté pour être coauteur. *« Le fait que Renoir ait eu autorité sur Guino et ait été en mesure de lui imposer ses vues dans la création de l'œuvre commune ne suffirait à priver celui-ci de la qualité de coauteur que s'il était établi qu'il n'a eu aucune part, autre que matérielle, à son exécution, et que ses dons personnels ont été étrangers au résultat obtenu (...) ; [Guino ne peut avoir] été qu'un simple modelleur dont la main aurait été, suivant l'expression d'un critique, greffée au bout de la baguette de Renoir, et qui n'aurait pas fait un geste sans une indication de celui-ci ; une telle méthode de travail peut en effet se concevoir pour un détail, mais non pour une sculpture complète ; (...) sans doute la comparaison de l'œuvre peinte et de l'œuvre sculptée de Renoir démontre leurs ressemblances, l'influence prépondérante de celui-ci dans la réalisation des sculptures litigieuses ; (...) cependant cet examen comparatif permet à la cour d'estimer, comme l'ont fait les experts et les premiers juges, que certaines attitudes, certaines expressions, ont été acceptées et non dictées par Renoir, qu'elles marquent l'empreinte du talent créateur personnel de Guino, et que ces sculptures auraient été autres si elles avaient été l'œuvre du seul Renoir »*. Ainsi, la réalisation par Guino lui permet d'accéder au statut de coauteur : à l'occasion de la réalisation, il a marqué de sa personnalité, de son talent créateur, la forme de la sculpture. Guino ne s'est donc pas contenté de réaliser la forme externe de la forme interne conçue par Renoir. La sculpture est la combinaison de leurs efforts créateurs aboutissant à une forme externe originale. La réalisation personnelle n'est pas exigée pour autant pour accéder à la qualité d'auteur : Renoir, incapable de sculpter, n'a pas personnellement participé à la réalisation matérielle de l'œuvre. Il a participé à sa création en guidant, conseillant, imposant des retouches aux formes externes pour qu'elles atteignent à la forme qu'il avait en partie conçue. En matière scientifique et technique, c'est au contraire le « *genius flash* », l'idée inventive qui confère la qualité d'inventeur. La réalisation est une condition essentielle à la protection de l'invention mais c'est la conception qui est essentielle à la reconnaissance de la qualité d'inventeur.

⁴⁹² Tciv. Seine, 3^e ch., 25 mars 1955 : RIDA 3/1955 p.107 : peu importe que l'auteur n'ait pas le libre choix du sujet qu'il traite - il s'agit d'une commande - dans la mesure où on peut noter son « *intelligence* », son « *goût artistique* », son « *rôle essentiel* » dans « *l'exécution qui porte la marque de sa personnalité* » ; penchant plus pour la protection du concepteur que du réalisateur, R. Lindon, « L'idée artistique fournie à un tiers en vue de sa réalisation », JCP 1970 I. 2295.

⁴⁹³ CA Paris, 1^{re} ch., 9 juill. 1971, consorts Renoir c. Guino, préc., confirmé par Cass. civ. 1^{re}, 13 nov. 1973 : RIDA 2/1974 p.62.

140. **Personnalisme et définition de l'acte créatif en matière scientifique et technique.** L'objet invention est protégé dès lors qu'il est issu d'un processus inventif : l'invention sera protégeable dès lors qu'elle constituera une réalisation (exigence d'un objet descriptible susceptible d'application industrielle) de la conception (résultat de l'activité inventive dont fait montre l'invention) de l'inventeur ; elle sera protégée si elle est nouvelle. La définition doctrinale de l'objet invention – réponse technique à un problème technique⁴⁹⁴ - ne suffit pas en elle-même à éclairer la notion d'invention dans la mesure où, souvent, on distingue difficilement l'invention de ses conditions de protection. Il convient donc de préciser ces concepts et leur articulation. On remarquera dès lors que la définition de l'invention comme une création technique qui, pour être protégée, doit être le fruit d'une activité inventive, être nouvelle et pouvoir faire l'objet d'une application industrielle⁴⁹⁵ conduit à accorder la protection par le droit des brevets lorsque l'on peut observer la réalisation de la conception d'un inventeur. La brevetabilité d'une invention suppose une conception dans la mesure où l'inventeur doit pouvoir expliquer théoriquement dans la description, s'il faut en s'aidant de schémas ou dessins, le procédé ou le produit inventé afin de le transmettre à la société. Il ne s'agit donc pas de transmettre un savoir-faire inhérent à la personne même du sachant. Il s'agit bien de concevoir un procédé, ou un produit, entièrement détachable de la personne qui le met en œuvre. L'exigence d'une description implique une certaine conscience du processus à l'œuvre dans le procédé ou le produit inventé. Cette conscience du processus technique mis en œuvre suppose une abstraction, la conception du créateur. La distinction entre le savoir-faire non brevetable et l'invention brevetable, alors que tous deux permettent de satisfaire un résultat technique identique, est cette capacité d'abstraction, d'explication et de description de l'invention, qui va permettre la reproductibilité de l'invention. Il s'agit donc bien d'objectiver le savoir-faire, la propriété, le principe, le mécanisme technique en une invention, d'en faire une chose détachable de la personne de l'inventeur. L'invention, malgré le caractère prégnant de la réalisation, relève néanmoins de l'immatériel et de l'abstraction et doit se détacher des contingences de la matière et de l'expérimentation. La nouveauté est une condition exigée spécialement par l'article L.611-10 du Code de la propriété intellectuelle. Elle suppose la prise en considération de l'état de la technique : l'invention doit apporter à la communauté, donc ne pas déjà appartenir à l'état de la technique qui s'enrichit par toute

⁴⁹⁴ En ce sens, F. Pollaud-Dulian, *La brevetabilité des inventions, étude comparative de jurisprudence France – OEB, Litec*, collection Droit des affaires – propriété intellectuelle, publications de l'IRPI n°16, 1997 p.43 : la définition semble trop large dans la mesure où un savoir-faire pourrait correspondre à cette définition.

⁴⁹⁵ CPI, art. L.611-10, al. 1^{er}.

divulgarion, quelle qu'en soit la forme⁴⁹⁶. On peut admettre cependant certaines inventions particulières comme la combinaison nouvelle de moyens connus ou l'application nouvelle de moyens connus. La nouveauté suppose l'absence d'antériorité⁴⁹⁷. La nouveauté est un caractère nécessaire à la brevetabilité de l'invention, qui se différencie de la condition d'invention qui suppose l'absence de préexistence du produit ou du procédé. L'antériorité est l'existence d'une invention antérieurement divulguée qui détruit la nouveauté de l'invention. La préexistence s'entend d'une préexistence à l'état de nature, notamment pour les produits ou les phénomènes naturels. Dans ce cas, il n'y a pas de conception et de réalisation par l'inventeur. Certes, l'inventeur fait œuvre d'observation, d'abstraction, de formulation. Il y a bien réalisation d'une conception au sens que met en évidence le droit d'auteur. Pourtant, ceci reste insuffisant en droit des brevets dans la mesure où l'inventeur en ce cas ne fait que comprendre un processus, une propriété naturelle. Il fait une découverte et non une invention. Son effort intellectuel reste limité à l'observation et à l'expression. L'invention suppose un effort d'intellectualisation et de mise en œuvre du procédé en vue d'un résultat. Ce résultat, on l'a vu, n'a pas à être industriel. Il peut s'agir d'un résultat thérapeutique ou esthétique. Mais il importe que la découverte soit appliquée pour réaliser un résultat. La conception de l'inventeur doit donc faire le lien entre des propriétés scientifiques, des processus naturels et la poursuite d'un résultat. En cela, il y aura invention. La conception de l'inventeur ne se confond donc ni avec le résultat, qui relève du domaine public, ni avec la découverte ou la théorie scientifique, qui relèvent aussi du domaine public. La conception de l'inventeur prise en considération par le droit dès lors qu'elle est exprimée en une forme intelligible est celle qui crée un lien entre un moyen et un résultat. Ce lien est protégeable. Il doit être nouveau, permettre une application industrielle et relever d'une certaine activité inventive pour être protégé. L'exigence de conception est donc plus importante en droit des brevets qu'en droit d'auteur : la conception personnelle sera souvent suffisante en droit d'auteur pour caractériser l'originalité de la forme, alors qu'en droit des brevets, la condition de nouveauté, condition objective, qui exclut l'ensemble du préexistant, implique un apport créateur plus important.

⁴⁹⁶ Le principe est énoncé aux articles L.611-11 et suivants mais connaît des exceptions.

⁴⁹⁷ L'antériorité, pour détruire la nouveauté, doit la contenir toute entière, c'est-à-dire présenter, outre ses moyens dans leur forme et leur fonction, les avantages qui en découlent, V. notamment CA Paris, 4^e ch. B, 31 oct. 2003, SARL CREA c/ STE EUREXIM SECURIFLAME : RDPI mars 2004, p.41 (notons que la revendication est annulée non pour défaut de nouveauté mais d'activité inventive car si le moyen était nouveau, en revanche, aucune difficulté particulières n'avaient été surmontées et la revendication n'avait exigé que de simples opérations d'exécution. D'autre part, l'antériorité doit être certaine dans son contenu et divulguer les éléments constitutifs de la revendication sans avoir à être interprétée, V. pour exemple CA Paris, 4^e ch. A, 11 février 2004, Sté skis rossignol c. Sté Volkl Deutschland vertriebs Gmbh, SARL Sté technica france : RDPI mars 2004, p.23.

Surtout le droit d'auteur ne protège que l'œuvre et pas le message, toute autre forme d'expression du même message peut donc accéder à la protection, alors que le droit des brevets, s'il ne permet pas l'appropriation du résultat, permet néanmoins l'appropriation des effets techniques d'un moyen. La condition d'activité inventive rajoute aussi à la condition d'invention dans la mesure où on exige un certain degré d'inventivité : l'invention ne doit pas résulter de l'état de la technique, elle ne doit pas être évidente⁴⁹⁸. Par ailleurs, l'invention peut être nouvelle mais ne pas manifester suffisamment d'activité inventive au sens que lui donne le Code de la propriété intellectuelle⁴⁹⁹. Cette exigence d'activité inventive rend compte de la nécessité de préserver le domaine public industriel. Toute logomachique qu'elle soit, la condition d'invention est essentielle. L'existence de l'objet de droit devrait être un postulat essentiel de la protection. On a pourtant l'impression que, parfois, l'appréciation des seules conditions de nouveauté (plus ou moins combinée avec celle d'activité inventive) et d'application industrielle suffisent à la protection. Ainsi en est-il en matière de vivant : la brevetabilité des gènes ou des micro-organismes remet en question la notion d'invention. En effet, en ce domaine, la seule mise en évidence des propriétés de ces cellules suffit à la protégeabilité. Ceci nous paraît critiquable à plusieurs titres. Évidemment, l'éthique rechigne à admettre l'appropriation de produits qui ne sont autres que des produits du corps humain ou des êtres vivants considérés en leur matériau génétique et non en leur individualité. Quand bien même leur taille serait infinitésimale, il est important de comprendre qu'il s'agit de s'approprier non seulement un être vivant, un animal mais aussi une race, voire une espèce entière, ainsi que toute son activité potentielle et ses produits naturellement ou artificiellement engendrés. Au-delà de ces considérations philosophiques pour le moins fondamentales, le droit nous semble donner des arguments en défaveur de cette protégeabilité. L'exigence de conception notamment devrait impliquer la mise en évidence d'un résultat différent de la simple découverte d'une propriété ou d'une potentialité. Le droit devrait aussi exiger une conception humaine, personnelle à l'inventeur et non une découverte fondée sur le

⁴⁹⁸ L'évidence ou la non-évidence s'apprécie au regard du problème posé (le problème a-t-il déjà été posé, et en ces termes, dans l'état de la technique ?), de la solution, de l'existence d'un préjugé à vaincre, du temps écoulé pour réaliser l'invention, etc. Pour une présentation générale de l'activité inventive : J. Azéma et J.-C. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 6^e éd., 2006, coll. Précis droit privé, n°272 et s. Pour une présentation de la notion de non-évidence et de ses indices, F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, coll. Corpus droit privé, n°315 et s. Pour une présentation synthétique de la jurisprudence relative aux indices de l'évidence et de la non évidence : J. Schmidt-Szalewski et J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^e éd., 2007, n°109-110.

⁴⁹⁹ L'évidence est appréciée par rapport à l'état de la technique. Les éléments caractéristiques de l'invention doivent donc être comparés à l'état de la technique au moment du dépôt de la demande de brevet. La Cour de cassation exige des juges du fond qu'ils spécifient quels brevets constituent une antériorité pertinente : Cass. com., 5 oct. 2004, *Millcrêpes SA c/ Alizé SA, Loc Maria SA, P. Ratti*, PIBD 2004 N°798 –III-667.

recoupement systématique et informatisé de données. La conception n'est pas l'observation. Elle suppose un effort d'intellectualisation et de mise en lien de différentes données (propriétés, résultats, moyens) cristallisés dans l'invention. Peut-être l'invention de sélection⁵⁰⁰ a pu bousculer cette définition dans la mesure où il s'agissait déjà, non plus de mettre en évidence un nouveau moyen, mais de sélectionner parmi un genre de moyens le moyen le plus efficace, admettant ainsi la protégeabilité non plus d'une invention de toutes pièces mais du perfectionnement de l'invention. Or, en matière de vivant, il ne s'agit pas de sélectionner parmi un genre de produits actifs ou de moyens, donc une invention de procédés, le plus efficace mais bien de protéger une invention de produit qui relève du vivant, et du naturel, donc du préexistant. Une telle appropriation, contestable philosophiquement et juridiquement, compromet de plus l'avenir de la recherche. Déjà l'application du droit des brevets aux médicaments est contestée⁵⁰¹. Son opportunité économique ne compenserait pas le besoin social que représente l'accès aux soins, notamment pour certaines pandémies mondiales. Dès lors, c'est le principe même de la propriété intellectuelle qui est contesté comme frein au développement de la recherche, de la santé, mais aussi de l'industrie⁵⁰². On ne peut nier néanmoins les problèmes causés en matière de vivant par l'appropriation de la matière, même considérée abstraitement, puisque l'infinitésimal sollicite plus la représentation mentale que les sens, et non la seule invention. Ainsi, on interdit la poursuite des recherches d'autres laboratoires, on condamne les prochaines inventions utilisant le produit ou s'y appliquant au brevet de dépendance. C'est là, effectivement, contraire à l'esprit du droit des brevets et à sa raison d'être. On pourrait néanmoins craindre l'extension de la contestation à d'autres secteurs

⁵⁰⁰ Pour une définition, J. Azéma et J.-C. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, préc., n°235, notant que la jurisprudence est de manière générale (mais qui souffre des exceptions) plutôt hostile à la brevetabilité de l'invention de sélection et que l'invention de sélection « doit être soumise au droit commun de la brevetabilité ».

⁵⁰¹ Les médicaments étaient expressément exclus de la brevetabilité par l'article 3 de la loi de 1844. Cette exclusion, fondée sur la crainte du charlatanisme et l'interdiction de la spéculation sur des produits d'utilité publique était critiquée : V. E. Pouillet, préc. n°73, citant aussi Picard et Olin ou Hulard ; P. Roubier, *Traité de Droit de la propriété industrielle*, T.1, p.96, nuancé dans l'affirmation de l'intérêt du monopole et exigeant en contrepartie l'introduction de la théorie anglo-saxonne des « abus du droit de monopole » et la « concession obligatoire de licences en cas d'abus », aboutissant à l'introduction du brevet spécial de médicament par une ordonnance du 4 février 1959. La loi de 1968 a admis la protégeabilité du médicament. Pour une analyse économique du droit en matière de médicaments : M.-A. Frison-Roche (dir.), *Concurrence, santé publique, innovation et médicament*, LGDJ-lextenso, 2010, coll. Droit et économie, spéc. p.183 à 264. Pour une mise en question au regard du droit international : I. Moine-Dupuis (dir.), *Le médicament et la personne, aspects de droit international*, Actes du colloque des 22 et 23 sept. 2005, Dijon, Litec, 2007, coll. Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, vol. 28, spéc. les contributions d'Hélène Vand den Brink (p.105), de German Velasquez (p.117) et d'Annie Martin (p.279).

⁵⁰² V., dénonçant les amalgames dont souffre la propriété intellectuelle, J.-P. Clavier, « La protection par brevet des inventions biotechnologiques : le procès du système de brevet », in *Copyright, Copywrong*, acte du colloque Le Mans- nantes – Saint-Nazaire, Ed. MeMo, février 2010., p.77.

d'activité, industriels eux, sur d'autres fondements que celui de la santé mais tout aussi légitimes. Confrontée aux fléaux sociaux que sont les épidémies, la famine, la dysenterie, la propriété intellectuelle trouve-t-elle une légitimité suffisante pour s'imposer ? La propriété intellectuelle relève-t-elle du droit naturel ou de contingences positives⁵⁰³ ? Ce qui est certain, c'est que cette forme particulière d'appropriation, quelle que soit sa nature, ne pourra, encore une fois, être acceptée socialement qu'en étant restreinte à son légitime champ d'application. Or favoriser de manière inextinguible l'industrie au détriment des populations menace l'équilibre social nécessaire à la reconnaissance consensuelle d'un droit de propriété, naturel ou positif. Ce détournement de la protection, mis en évidence par l'absence de conception, nuit donc finalement à la propriété intellectuelle en son ensemble, alors même que la prise en considération du lien entre la création et le créateur nous semble justifier la reconnaissance d'une propriété.

141. La définition légale de l'activité inventive, une fois la notion d'homme du métier clarifiée, renseigne suffisamment le juge pour qu'il puisse qualifier l'invention. Le concept mérite pour autant d'être analysé car si le repère retenu est bien un individu abstrait, c'est par opposition à la notion-cadre d'« évidence pour l'homme du métier » qu'on apprécie l'existence de l'activité inventive. Ceci met en évidence l'individualité de l'inventeur, par opposition à l'homme du métier. Comme l'originalité, ce critère met donc en exergue l'individu dans le processus créatif. La notion d'état de la technique doit d'abord être précisée dans la mesure où elle recouvre deux domaines différents selon l'appréciation de la nouveauté ou de l'activité inventive. En effet, globalement, l'état de la technique recouvre toutes les connaissances à disposition de l'inventeur au jour du dépôt de la demande de brevet⁵⁰⁴. En matière d'évaluation de la nouveauté, on ajoute à cette somme des connaissances disponibles pour le spécialiste⁵⁰⁵ toutes les demandes de brevet antérieures non encore divulguées⁵⁰⁶. On intègre donc à l'état de la technique des descriptions d'inventions qui n'étaient pas disponibles à l'inventeur, même pour les plus spécialistes. Pour évaluer l'activité inventive du créateur, on

⁵⁰³ M. Vivant, « Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? », RIDA 4/1997, p.60, concluant que la qualification est incertaine mais que le droit des brevets est certainement un droit de l'homme.

⁵⁰⁴ CPI, art. L.611-11, al. 2.

⁵⁰⁵ Peu importe qu'il n'y ait pas eu accès, seule l'accessibilité à ces informations compte.

⁵⁰⁶ CPI, art. L.611-11, al. 3. V. F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, préc., n°265 qualifiant de fiction l'élargissement de la notion d'état de la technique en matière de nouveauté et la justifiant par la nécessité de départager les inventions quasi concomitantes et d'écarter les doubles monopoles (il évoque la « *prohibition de la double brevetabilité* » qui « *aurait la conséquence redoutable de faire coexister deux droits exclusifs sur la même invention, en contradiction avec l'idée même de monopole d'exploitations, et créerait des difficultés inextricables* »).

écarte de l'état de la technique les demandes de brevet non publiées⁵⁰⁷. En revanche, on exige l'absence d'évidence alors que, pour apprécier la nouveauté, on n'exige que l'absence d'antériorité de toute pièce⁵⁰⁸. Finalement, si l'état de la technique pris en considération est plus restreint – ce qui est favorable à l'inventeur –, l'exigence quant à l'apport réalisé à cet état de la technique est plus important. On comprend dès lors la complémentarité des deux notions de nouveauté et d'activité inventive. La notion, si subjective, d'absence d'évidence est servie par des éléments objectifs. Les juges tiennent compte du délai intervenu entre l'antériorité pertinente et la nouvelle invention (si un délai court n'est pas rédhibitoire, l'écoulement de douze ans avant la nouvelle invention a permis de considérer qu'elle n'avait rien d'évident⁵⁰⁹). Le « préjugé vaincu »⁵¹⁰, c'est-à-dire le fait que l'état de la technique et de la science contre-indiquait des recherches en ce sens, ou en tout cas n'incitait pas à poursuivre une telle voie, du moment qu'il ait été technique et non économique, est un indice de l'activité inventive. Le caractère inattendu et surprenant⁵¹¹ de l'invention est aussi invoqué. Ces

⁵⁰⁷ V. l'exclusion expresse de l'application de l'article L.611-11, al. 3 en matière d'appréciation de l'activité inventive par l'article L.611-14 du Code de la propriété intellectuelle. V. F. Pollaud-Dulian, *Le droit de la propriété industrielle*, Domat, Montchrestien, 1999, n°226, qui notait que « l'état de la technique devrait être une notion unitaire : c'est tout ce qui est accessible au public, ce qui exclut les demandes de brevet déposées mais pas encore publiées, puisque les informations qu'elles contiennent ne sont pas encore accessibles au public. Cette conception de l'état de la technique ne pose aucune difficulté en matière d'activité inventive et correspond bien à l'idée d'évidence pour l'homme du métier. Il n'est jamais évident de faire une invention à partir de moyens ou d'informations qui ne sont pas accessibles. »

⁵⁰⁸ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, préc., n°271 et s.

⁵⁰⁹ CA Paris, 29 mars 1984 : D.1986, somm. P.136, obs. J. M. Mousseron et J. Schmidt ; RTDcom. 1985, p.750, obs. A. Chavanne et J. Azéma : le délai de douze ans qui s'est écoulé entre l'apparition du plus récent des deux premiers moyens et la description de leur combinaison tant entre eux qu'avec le troisième moyen démontre suffisamment que l'invention dont la protection est demandée ne découlait pas à l'évidence de l'état de la technique pour l'homme du métier. Le défaut d'activité inventive n'est donc nullement démontré. V. également la note citant TGI Paris, 17 décembre 1973, un délai de plus de 20 ans entre la conception de l'invention et la date de l'antériorité constitue un indice de l'absence d'évidence au vu de l'état de la technique.

⁵¹⁰ Pour exemple : Cass. com., 19 décembre 2000 : PIBD 2001, III, p.277 ; et CA Paris, 15 février 1984 : Annales 1984, p.123 : « la plupart des dérivés de phénylurées comparables au chlortoluron étaient connus pour être des herbicides totaux des graminées parasites ». Les différents documents à la disposition de l'homme du métier n'étaient donc pas « de nature à orienter l'homme de métier vers une recherche systématique sur la sélectivité dans les cultures de blé du chlortoluron et tendaient même à l'en dissuader » ; et en matière européenne, OEB, 28 février 1985, T0198/84 : <http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t840198fp1.html> : l'OEB retient ici comme indice d'activité inventive le fait d'avoir surmonté un préjugé résultant des enseignements fournis par l'art antérieur, qui invitait à l'augmentation plutôt qu'à la diminution de la concentration des principes actifs à l'œuvre dans l'invention ; le fait que ce préjugé ait été vaincu par la demanderesse constitue un indice significatif d'activité inventive. V. aussi la poursuite de recherche malgré l'opinion défavorable d'un professeur réputé qui aurait dû dissuader l'homme de l'art, l'émission de l'hypothèse par un professeur, mais pour être rejetée, ne constitue donc pas une antériorité : CA Colmar, 1^{re} ch. civ. A, 24 février 2004, SA VLS France, SA Olry c/ SNC Freyssinet international : RDPI mars 2004, p.9.

⁵¹¹ CA Paris, 8 mars 1982 : PIBD 1982, III, p.162, remarquant que « le breveté a créé une possibilité nouvelle et même inattendue en ajoutant à la technique de l'époque l'utilisation d'un poste de soudure électrique avec un très faible voltage (...).

éléments ne sont bien sûr que des indices qui permettent aux juges de qualifier la non évidence pour l'homme du métier. Encore faut-il déterminer qui est cet homme du métier – référent.

142. **Notion d'homme du métier.** « *L'homme du métier est celui qui possède les connaissances normales de la technique en cause et est capable à l'aide de ses seules connaissances professionnelles de concevoir la solution du problème que propose de résoudre l'invention* »⁵¹². Une telle définition semble se référer à une certaine norme, à un comportement moyen de la part d'un professionnel consciencieux : l'homme du métier n'apparaîtrait pas particulièrement ingénieux, il disposerait de connaissances normales. Néanmoins, cette définition est quelque peu illusoire. L'homme du métier est avant tout un spécialiste⁵¹³. L'état de la technique défini par la jurisprudence suppose en outre que l'homme du métier soit à la pointe de ce qui se fait dans son domaine (il se tient au courant des innovations dans son domaine d'activité, c'est un spécialiste qualifié mais pas spécialement ingénieux)⁵¹⁴. Si l'exigence peut paraître théoriquement « normale », elle ne correspond pas nécessairement, dans la pratique, au comportement habituel du professionnel même consciencieux. En outre, lorsqu'il s'agira de technologie de pointe, on exigera de lui des compétences normales pour un ingénieur d'un tel domaine, ce qui élève

Il ne s'agit donc nullement d'une simple invention réalisée par l'homme de l'art dans le cadre d'opérations d'exécution mais d'une nouvelle et ingénieuse solution ayant nécessité un effort créateur, qui dépasse manifestement les connaissances accessibles dans le domaine considéré et implique une activité inventive certaine ».

⁵¹² Cass. com., 7 octobre 1995 : Bull. n°232, confirmé par CA Paris, 22 fév. 2008 : PIBD 2008, III, p.421 ; CA Bordeaux, 15 avr. 2008 : PIBD 2008, III, p. 421, et surtout par Cass. com., 26 fév. 2008, n°06-19149 : PIBD 2008, III, p.269, arrêt non publié au bulletin mais rendu au visa de l'article L.611-14 du Code de la propriété intellectuelle et dont le chapeau définit l'homme de métier : « *l'homme du métier est celui qui possède les connaissances normales de la technique en cause et est capable, à l'aide de ses seules connaissances professionnelles, de concevoir la solution du problème que propose de résoudre l'invention* ».

⁵¹³ V. par exemple la recherche du domaine de spécialité auquel l'homme du métier devrait appartenir : OEB, 5 mars 1982, T32/81 : RTDCom. 1982, p.3, obs. J. Azéma : le problème se pose incontestablement au spécialiste de la manutention, il lui suggère toutefois en même temps de recherche sa solution dans le domaine des matériaux. Par conséquent, l'homme du métier compétent pour trouver la solution ne peut pas être le spécialiste de la manutention mais seulement le spécialiste des matériaux. Et le commentaire de M. Azéma : « *Chacun reconnaît maintenant que l'homme du métier n'est pas monolithique mais que sa configuration varie selon la matière considérée. S'il doit toujours représenter la moyenne de sa catégorie, il est des secteurs techniques dans lesquels le niveau a été fixé assez haut par la jurisprudence* ».

⁵¹⁴ La jurisprudence n'exige pas de l'homme du métier qu'il soit un génie. Il est toutefois un spécialiste curieux (CA Paris, 24 juin 1993 : PIBD 1993, 553, III, 613) qui se tient informé des nouvelles connaissances et suit les innovations dans son domaine et les domaines proches de son métier (CA Paris, 18 mai 2005 : PIBD 2005, 814, III, 496) et peut appliquer des solutions connues relevant d'autres domaines à sa propre activité (CA Paris, 22 fév. 2008 : PIBD 2008, 872, III, 245). Il n'a pas en revanche de connaissance dans une autre spécialité : Cass. com. 26 fév. 2008 : PIBD 2008, 873, III, 269. La définition du « domaine » et de la « spécialité » de l'homme de métier est donc fondamentale (pour illustration : CA Paris, 2 mars 2005 : PIBD 2005, 808, III, 289). Pour de plus amples développements V. F. Pollaud-Dulian, préc., n°312 et s., qui note que le degré d'exigence de la jurisprudence varie selon le domaine de l'invention. Pour exemple : TGI Paris, 9 avr.1992 : PIBD 1992, n°532. III. 570 ; V. aussi M. Vivant, *Le droit des brevets*, Dalloz, 2005, coll. connaissance du droit, p.30.

d'autant l'exigence envisagée. Encore faut-il d'ailleurs déterminer sa spécialité. Il n'est pas nécessairement un spécialiste de la branche industrielle dans laquelle est exploitée l'invention. Il est plutôt un spécialiste du domaine de l'invention. Ceci implique aussi une certaine pluridisciplinarité dans la mesure où il est donc capable de transposer dans un domaine industriel nouveau un mécanisme qu'il connaît déjà par ailleurs. Loin d'être « monolithique », l'homme de métier se rapproche plutôt d'une « équipe composée de spécialistes de domaines techniques différents »⁵¹⁵. Il ne s'agit donc pas de retenir une sorte de niveau moyen des personnes travaillant dans un domaine d'activité. Au contraire, l'homme du métier, que personne n'a jamais rencontré, est par essence un spécialiste, voire un savant ou un chercheur, selon la technologie en cause. Cette définition de l'homme du métier était fondamentale dans la mesure où c'est au regard de cet homme virtuel, qui fait néanmoins référence, que se définit l'inventeur.

143. **Mise en exergue de l'individu dans le processus créatif.** La définition légale, en apparence objective, de l'activité inventive, n'élude pas le caractère personnel du processus inventif. La définition de l'activité inventive par opposition à l'évidence pour l'homme du métier met bien en évidence le caractère quelque peu exceptionnel de l'invention. Il ne s'agit pas de quelque chose de commun. La création, toute technique qu'elle soit, n'est pas un fait anodin pour une personne correctement formée (encore que l'exigence, on l'a vu, dépasse déjà la réalité des possibles en la matière). Elle renvoie à un apport intellectuel supplémentaire, au génie humain, pour reprendre l'expression chère, aux philosophes et aux législateurs des XVIII^e et XIX^e siècles, et sans doute la plus éloquente en ce qu'elle renvoie bien au caractère éminemment humain et éminemment personnel de la création. L'analogie avec le droit d'auteur transpire dans les termes retenus par la jurisprudence : « *la réalisation décrite constitue, non un simple travail d'exécution à la portée de l'homme de l'art mais un travail de création portant le sceau d'une activité inventive* »⁵¹⁶ ; « *il ne s'agit nullement d'une simple invention réalisée par l'homme de l'art dans le cadre d'opérations d'exécution mais d'une nouvelle et ingénieuse solution ayant nécessité un effort créateur, qui dépasse manifestement les connaissances accessibles dans le domaine considéré et implique une activité inventive* ».

⁵¹⁵ V. J. Azéma, préc. V. aussi R. Mathély, préc., p.88. En ce sens, la jurisprudence de l'OEB : OEB, 19 mai 1988, T0057/86 ; OEB, 11 déc. 1991, T0424/90 ; OEB, 10 août 2000, T0986/96. Pour une présentation synthétique de la définition de l'homme des métiers par la jurisprudence de l'OEB et des références supplémentaires : http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/caselaw/2010/f/clr_i_d_7_1_2.htm.

⁵¹⁶ CA Paris, 11 mars 1981 : Annales 1984, p.101 : les juges du fond définissent l'activité inventive et précisent bien en quoi en l'espèce il y a activité inventive. Peu importe l'effort ou le mérite de l'inventeur, l'invention revendiquée a franchi trois degrés inventifs essentiels, concrétisés et fondus sans une combinaison complexe cumulant un ensemble d'avantages de première importance.

certaine »⁵¹⁷. L'homme de l'art paraît bien un simple exécutant, au contraire de l'inventeur, qui se distingue par son ingéniosité et son esprit créatif⁵¹⁸. Une telle définition renvoie à un individu, à une personne. Elle sous-tend la réalité de l'acte créatif auquel ne peut accéder la personne morale par exemple. La qualité d'inventeur relève donc de la réalité de l'acte créatif, même si l'inventeur n'est pas nécessairement le titulaire du brevet. On remarquera, de plus, que l'analogie reste limitée : c'est bien le « *sceau d'une activité inventive* » et non de la personnalité de l'inventeur qui est mis en exergue. On recherche donc seulement la marque du « génie humain », exigence de conception que ne saurait remplir un logiciel, un animal, sauf à ce que l'expérience ou la programmation aient été ordonnées par un être humain. La notion d'activité inventive introduit une certaine subjectivité dans la définition de l'invention, sans doute moins quant à l'appréciation de la qualité d'invention brevetable qu'en ce qu'elle introduit un lien entre l'invention et son auteur. Pour autant, le droit des brevets ne protège pas l'inventeur comme le droit d'auteur protège le sujet de droit, il met simplement en œuvre la protection d'une chose particulièrement utile socialement. C'est d'ailleurs pourquoi l'autre critère d'appréciation de l'invention (la nouveauté) est un critère dit « objectif », contrairement à l'originalité.

144. **Insuffisance de l'appréciation subjective au droit de brevet.** L'activité inventive n'est pas un degré supérieur de nouveauté exigé par la loi : non seulement l'invention devrait être entièrement nouvelle (on ne trouve pas d'antériorité de toutes pièces dans l'état de la technique) mais aussi la combinaison de plusieurs antériorités suffirait à anéantir l'apport réalisé. Tel ne nous semble pas être le rôle de l'activité inventive. En effet, la jurisprudence proclame l'indifférence de l'effort à l'origine de l'invention – toute idée inventive, qu'elle soit fortuite, innée ou née au prix de longues recherches laborieuses, est protégeable – ainsi que l'indifférence du mérite technique ou économique de l'invention⁵¹⁹. La condition d'activité inventive, telle qu'interprétée par la jurisprudence, ne traduit donc pas une exigence de degré par rapport à la nouveauté, ce que l'absence d'évidence eu égard à l'état de la technique aurait

⁵¹⁷ CA Paris, 8 mars 1982, préc.

⁵¹⁸ V. rejetant la qualification d'invention pour défaut d'activité inventive car les opérations réalisées relevaient de simples opérations d'exécution : Cass. com., 5 mai 1998, n°96-12577 : PIBD 1998, III, p.397 ; CA Paris, 5 mai 1988 : Annales 1988, p.281 ; CA Paris, 16 déc. 1993 : PIBD 1994, III, p.173.

⁵¹⁹ V. l'indifférence à l'intérêt économique : TGI Lyon, 15 janv. 1998 : PIBD 1998, III, p.216 : « *le préjugé vaincu est nécessairement d'ordre technique et ne peut résulter de considérations économiques conduisant à supprimer certaines fonctions techniques simples sans que soit démontrée la difficulté technique surmontée par l'utilisation de vannes plus simples* » ; et, à l'inverse, l'indifférence à l'intérêt économique : TGI Paris, 25 mars 1998 : RTDcom. 1999, p.859, note J. Azéma : « *il importe peu au regard du critère légal que les bains ne contenant pas d'acide nitrique soient rares dans l'industrie et que l'invention soit à cet égard dérisoire au regard du coût de la main d'œuvre* ».

pu supposer, mais bien une différence de nature entre ces deux conditions. L'une est purement objective, et c'est la seule appréciée par l'INPI ; l'autre est plus délicate dans la mesure où elle va apprécier la nature de l'effort fourni par l'inventeur et distinguer entre travail et création. Seule la création dès lors emportera protection. Le degré d'apport personnel, laborieux ou génial (si infime le génie manifesté soit-il), emporte propriété ou non, dans la mesure où l'invention non brevetable pour défaut d'activité inventive se trouve réduite à un savoir-faire, par nature inappropriable.

145. La protection par le droit des brevets implique nécessairement une certaine réalisation. La réalisation ne consiste pas en la seule extériorisation de la conception de l'inventeur : une simple découverte ou théorie scientifique ne pourrait accéder à la protection, même extériorisée sous une forme externe communicable ne peut accéder à la protection car la concrétisation de l'invention doit prendre une forme technique.

146. **Expression de l'invention.** Dès l'origine, le droit des brevets n'a pas cantonné sa protection aux seules inventions de produits pour admettre l'invention de procédé. Dès lors, l'invention brevetable ne peut se résoudre en une chose corporelle. Au contraire, on a pu parler d'invention de moyens, d'invention de combinaison de moyens, d'invention d'application nouvelle de moyens connus et d'invention de sélection, ce qui suppose bien que l'invention ne réside pas en une chose corporelle mais en une technique entièrement concrétisée dans une machine ou cristallisée dans une série de procédures et d'actes de productions. Depuis la loi de 1978, l'énumération des inventions brevetables n'existe plus. Ceci n'empêche pas leur protection. Le législateur a supprimé cette référence uniquement pour simplifier la tâche de qualification et faciliter l'accès à la protection. Dorénavant, la seule exigence demeure donc l'existence d'une invention : soit un produit ou un dispositif, c'est-à-dire une machine permettant la mise en œuvre d'un procédé, soit un procédé, c'est-à-dire un moyen ou un ensemble de moyens formant un tout identifiable et ayant une existence propre, dans la mesure où ils concourent à la mise en œuvre d'un résultat d'ensemble. Cette invention devra être descriptive, nouvelle, créative et susceptible d'application industrielle pour être protégeable. Comme en matière de droit d'auteur, l'application du droit des brevets suppose une concrétisation de l'invention. Un procédé non exprimable, non communicable ne serait pas protégeable. En effet, ce droit relève du droit dit industriel, et sa raison d'être est l'exploitation. C'est ainsi qu'est classiquement présenté le fondement du droit des brevets : enrichir l'état de la technique pour le bénéfice de la société toute entière, et pour cela, encourager à la divulgation des inventions par l'attribution temporaire d'un monopole exclusif

d'exploitation⁵²⁰. Le brevet est donc par essence un droit à récompense pour la divulgation d'une invention exploitable. Il suppose en revanche l'existence d'une invention. Il ne s'agit donc pas de la protection d'un quelconque investissement, protégé en tant que tel mais bien de la protection d'une création divulguée. Les conditions de la propriété sont doubles : créer et enrichir la société de cette création⁵²¹. Dans ces conditions, l'invention doit nécessairement être reproductible et communicable et même pouvoir, d'une certaine manière, prendre une forme écrite, puisque la brevetabilité suppose une description de l'invention⁵²² qui permette d'en comprendre tous les apports et subtilités⁵²³ (l'absence de revendication ou de description fondant la revendication interdisant la protection, l'exigence de description incite à la divulgation exhaustive⁵²⁴). Même si l'on admet que le processus d'invention, qui n'est qu'un processus de création particulier, relevant du domaine technique, est inhérent et particulier à la personne de l'inventeur, la reconnaissance d'un droit au titre suppose une certaine extériorisation de la technique envisagée en une invention. Comme la création littéraire ou artistique suppose l'existence d'une œuvre de l'esprit. On a pu dès lors parler de condition d'invention⁵²⁵, en sus des conditions de nouveauté, d'application industrielle et d'activité inventive. Certes, chacune de ces conditions est essentielle à l'invention et en reflète les caractères propres : l'invention est le reflet d'un acte créatif (condition d'activité inventive) dans le domaine technique (condition d'application industrielle) et doit être nouvelle. Certes, l'invention est l'objet du droit au brevet. Encore que cette affirmation élude l'idée que le droit des brevets consiste en un droit au titre, c'est-à-dire en un droit temporaire d'exploitation

⁵²⁰ P. Roubier, *Traité de Droit de la propriété industrielle*, préc., n°1 : le fondement des droits de propriété industrielle repose sur trois idées différentes : l'ordre à l'intérieur de la société, la justice, le progrès. Les signes et les créations nouvelles ne doivent pas pouvoir être usurpés, il est juste qu'ils soient protégés puisqu'ils ont ajouté aux biens existants et « il est évident que le progrès est surexcité au plus haut point par les inventions ou les créations, et, si l'on veut que celles-ci se multiplient, il faut naturellement récompenser leurs auteurs ; la récompense la plus naturelle et la plus heureuse a paru être ce monopole temporaire d'exploitation, qui constitue l'un des types de droits, en matière de propriété industrielle. »

⁵²¹ Dans le même sens, F. Pollaud-Dulian, *Droit de la propriété industrielle*, préc., n°9 et s. V. E. Pouillet, préc., n°7 : « le brevet d'invention, en effet, n'est autre chose à nos yeux qu'un contrat passé entre la société et l'inventeur. (...) L'inventeur livre sa découverte à la connaissance de tous ; il reçoit, en échange, la garantie d'un monopole temporaire, d'une jouissance exclusive, placée sous la protection de la loi. Seulement, la société n'accepte le contrat qu'autant qu'elle tire de la découverte un avantage effectif, palpable, immédiat ; elle consent à protéger celui qui accroît ses richesses matérielles, non celui qui augmente la somme de ses connaissances théoriques ».

⁵²² CPI, art. L.612-2 c).

⁵²³ CPI, art. L.612-5, al. 1. L'alinéa 2 oblige au dépôt d'une culture de micro-organisme auprès d'un organisme habilité pour considérer la description de celui-ci suffisante à sa protection

⁵²⁴ CPI, art. L.612-6.

⁵²⁵ Dans le même sens : F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle* préc., n°159 et s. et F. Pollaud-Dulian, *La brevetabilité des inventions, étude comparative de jurisprudence France – OEB*, p.43 et s. ; J.M. Mousseron, *Traité*, préc. n°148 et s.

exclusive. Mais, de toute évidence, même en admettant que l'invention soit l'objet du droit des brevets, l'existence du droit suppose l'existence de l'objet, c'est-à-dire une chose extérieure au sujet, comme l'exige la distinction entre les biens et les personnes. Cette chose n'est pas une chose corporelle mais une forme reproductible. Du concept même d'invention existe une condition d'extériorisation, de concrétisation, de réalisation au sens du droit d'auteur, c'est-à-dire de passage d'une forme interne à une forme externe, ce qui ne renvoie pas à une chose corporelle.

147. **Exclusion des concepts.** Le droit des brevets n'a pas vocation à protéger une théorie scientifique, une formule mathématique ou un théorème de physique, tous révolutionnaires qu'ils soient. La propriété industrielle se distingue de la propriété scientifique, dont la protection reste plus qu'embryonnaire, en ce que les inventions qu'elle protège doivent être immédiatement exploitables par l'industrie et ne pas nécessiter de nouvelles recherches. C'est la vocation même de l'invention d'être exploitable industriellement. Cela relève de la définition donnée par l'article L.611-10 alinéa 1^{er}, qui exige une application industrielle de l'invention, ce qui est confirmé par l'alinéa 2, excluant explicitement les concepts de la protection en évinçant tant les découvertes, théories scientifiques et méthodes mathématiques que les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, ainsi que les présentations d'informations. Ainsi, ni les méthodes commerciales⁵²⁶ ou pédagogiques⁵²⁷, ni les méthodes de production⁵²⁸ et distribution⁵²⁹ (notamment par l'utilisation d'un programme d'ordinateur) ne

⁵²⁶ V. pour une analyse économique, I. Liotard, « Les brevets sur les méthodes commerciales : état des lieux et perspectives économiques », *Propri. Intell.* 2004, n°11 p.615, qui remarque que la brevetabilité des *business methods* aux États-Unis conduit à une augmentation des brevets déposés corrélative à une augmentation exponentielle des contentieux ; que ces demandes de brevets s'inscrivent dans des stratégies de barrage et de litiges, à la recherche d'effets de rente et de contrôle de l'accès au marché (le risque de contentieux est ainsi un frein à l'activité des concurrents par le coût supplémentaire qu'il représente, les obligeant ainsi à négocier des « licences » plus ou moins dues pour sécuriser l'accès au marché, le titulaire du brevet bénéficie ainsi d'une avance temporelle, d'un effet de rente, d'un argument dissuasif à l'entrée sur le marché. L'auteur emploie même le mot « terreur » pour évoquer ces stratégies). V. également pour une analyse juridique, S. Nauman, « La brevetabilité des méthodes commerciales en Europe », *JCP E* 2000 p.1853, qui conteste l'opportunité et la possibilité, au regard du droit de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence, de breveter des méthodes commerciales ou des méthodes de gestion de portefeuilles et produits financiers, du moins en Europe et en France, sur le modèle américain (qui a validé la brevetabilité du one click d'Amazon par exemple) : « on peut considérer que la brevetabilité des méthodes commerciales en Europe constituerait une modification fondamentale du domaine d'application de la loi sur les brevets, et soulèverait des tensions avec les règles du droit de la concurrence, voire avec le fonctionnement d'une économie de marché ».

⁵²⁷ A propos du devenu célèbre manuel permettant la prise de note en marge des cours et commentaires, TGI Paris, 21 septembre 1984 : PIBD 1985, III, p.47 et OEB ch. rech. Tech., 3 juillet 1990, T. 603/89 : JO OEB mai 1992 p.230 et PIBD 1992, III, p.428.

⁵²⁸ Même si elle est plus économique.

⁵²⁹ A propos du double click, de la commande électronique auprès d'un centre de vente : CA Paris, 10 janvier 2003 : CCE 2003, comm. n°23, *Propri. Ind.* 2003 n°7 p.191, RDPI oct. 2003, n°152, p.13. V. également à

constituent des inventions brevetables. Les velléités d'extension de la protection aux méthodes sont clairement manifestées par la multitude des recours en la matière. La jurisprudence n'est d'ailleurs pas complètement hostile à une telle ouverture du champ de la protection. Reprenant la définition classique de l'invention, « *solution technique à un problème technique* », les méthodes peuvent être protégées dès lors qu'elles relèvent du domaine technique. En effet, l'exclusion des plans, principes et méthodes est limitée par le c) du 2° de l'article L.611-10 aux seuls domaines intellectuel, économique et ludique. Ceci permet la protection des inventions de procédé : la solution technique ne consiste dès lors plus en un traitement par un produit du problème technique mais bien en la mise en œuvre d'une succession d'opérations permettant l'obtention d'un résultat technique, peu important le coût ou le faible intérêt économique⁵³⁰ de cette mise en œuvre. Seul importe le domaine de l'invention : la technique. Même s'il s'agit d'une invention de moyens, l'invention ne se résume pas à une idée ou un concept : elle met en œuvre des moyens nouveaux, combinés ou sélectionnés procurant un résultat technique. Comme la base de données est la structure organisant de manière systématique ou méthodique l'accès aux œuvres ou informations qu'elle contient qui doivent être individuellement accessibles, l'invention est un agencement de moyens, organisés de manière systématique et méthodique (et non aléatoire) en vue de l'obtention d'un résultat technique. Ces moyens peuvent constituer des propriétés ou fonctionnalités de matériaux (propriétés naturelles, principes actifs, interactions chimiques) et des actions (injection, propulsion, canalisation, motorisation,...). Dès lors, l'invention est bien l'expression d'un procédé technique en une forme technique.

148. **Exigence d'application industrielle.** L'exigence d'application industrielle délimite le champ d'application du droit des brevets. Le droit des brevets a vocation à s'appliquer dans le domaine technique, par opposition au domaine culturel esthétique et artistique mais aussi par opposition au domaine scientifique, entendu au sens des sciences fondamentales. L'exclusion des principes et méthodes scientifiques n'est pour autant pas fondée sur la seule éviction des théories scientifiques, au bénéfice d'une science appliquée. L'exclusion est fondée sur l'absence de concrétisation suffisante en une invention susceptible d'application industrielle, c'est-à-dire sur l'absence de réalisation d'une conception relevant du domaine technique. En effet, les principes, plans et méthodes sont exclus de la brevetabilité quel que soit le secteur d'activité qu'ils intéressent, même si certains secteurs sont spécialement évoqués (jeu, méthode de

propos de la méthode de traitement et de la gestion dans le temps de données susceptibles de servir sur un site de courtage en ligne, CA Rennes, 7 octobre 2003 : JCP E 2004 p.562.

⁵³⁰ TGI Paris, 25 avril 1985 : PIBD 1985, III. p.246.

traitement et de diagnostic chirurgical ou thérapeutique). Ainsi, la réalisation exigée par le droit des brevets n'est pas la simple expression de la forme interne en une forme externe intelligible comme en droit d'auteur mais une forme externe technique. Une méthode, une théorie scientifique peut disposer d'une forme externe communicable sans pour autant accéder à la protection dans la mesure où le droit des brevets restreint bien son champ d'application au domaine industriel, entendu néanmoins de manière large. Les découvertes, théories, méthodes, programmes d'ordinateurs et autres créations artistiques ou ludiques ne sont exclus de la protection que dans la mesure où ils en revendiqueraient l'accès en tant que tels. En revanche, ils peuvent très bien bénéficier indirectement de la protection s'ils intègrent un procédé qui constituerait une invention brevetable. En outre, la notion d'application industrielle recouvre diverses réalités. Il ne s'agit pas seulement d'utiliser l'invention comme outil de production mais simplement d'utiliser l'invention à l'occasion d'une activité humaine productive quelconque, voire de pouvoir reproduire l'invention en quantité industrielle, quand bien même l'industrie n'en aurait aucune utilité⁵³¹. Cette définition extensive a pu conduire à protéger des objets pour lesquels la qualification d'invention brevetable, à première vue, peut surprendre. Tel est notamment le cas des brevets de médicaments. L'exigence d'un résultat tangible pour l'industrie ne semble donc plus complètement au goût du jour. Le résultat de l'invention protégeable ne peut en effet pas être confondu avec son potentiel économique. Si le résultat de l'invention ne se confond pas avec l'invention dans la mesure où il n'en est que l'effet utile, il n'est pas nécessairement industriel. Le résultat d'un médicament est le soin. Le médicament est d'application industrielle dans la mesure où il peut être fabriqué industriellement. Son résultat n'est pas pour autant industriel. Ce résultat, qui représente en réalité la finalité de l'invention, tient une place importante en ce qu'il va permettre de déterminer le domaine technique de l'invention dont on demande la protection mais aussi en ce qu'il est l'objectif à réaliser pour celui qui conçoit l'invention. La conception de l'inventeur vise la réalisation du résultat par l'invention. La réalisation de la conception technique est la forme technique (procédé ou produit) qui est mise en œuvre pour produire ce résultat.

2. Nature personnaliste du droit du créateur

149. **Le droit d'auteur : approche personnaliste de la propriété des œuvres littéraires et artistiques.** La propriété littéraire et artistique, en ce qu'elle met en exergue un droit de l'auteur, c'est-à-dire un droit mettant en place une protection de l'auteur dans ses rapports

⁵³¹ CPI, art.L.611-15 et R.612-12

avec l'exploitant de ses œuvres par des dispositions d'un ordre public relatif, est déjà en soi un régime de protection centré sur la personne et non sur la chose, même si la protection de la personne se limite, du moins pour ce qui concerne le droit d'auteur, à la protection de l'auteur dans son rapport à son œuvre⁵³². Cette branche de la propriété intellectuelle est ici influencée par l'histoire, par le combat pour le droit d'auteur, mené par les artistes et les écrivains notamment pour voire respecter leurs droits par les « libraires », les revues et les journaux. Voltaire, Diderot, Beaumarchais, Balzac, Lamartine ou Hugo, tous témoignent des difficultés à vivre de la plume, difficultés liées à la contrefaçon mais aussi au délicat partage des recettes entre auteur et exploitant⁵³³. Balzac⁵³⁴ dénonce ainsi la vente d'un premier jeu d'épreuves, dont l'éditeur savait pourtant qu'il allait être intégralement remanié par l'auteur (qui était réputé pour cela et dont la rétribution avait même été calculée en tenant compte de cette spécificité), à un éditeur russe sans son consentement et en violation du contrat d'édition conclu. Balzac dénonce non seulement l'édition sans titre (la contrefaçon pure et simple) mais aussi l'appropriation par l'éditeur d'un manuscrit pour le vendre à un tiers, dépassant ainsi le champ

⁵³² Ce qui exclut notamment la protection de ses autres droits de la personnalité, intimité de la vie privée, honneur et réputation, droits qui peuvent être protégés de manière autonome, en dehors du droit d'auteur. Tel est l'analyse classique de la jurisprudence : Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1993 : D. 1994, p.78 note A. Françon, JCP 1993, II, 22161, note J. Raynard, et la chronique rédigée en réponse par F. Pollaud-Dulian, « Droit moral et droits de la personnalité », JCP G 1994, I, 3780 ; Cass. civ. 1^{re}, 18 juill. 2000 : Bull. n°225 ; D. 2001, p.541, note E. Dreyer. En ce qui concerne spécialement la contestation de la qualité d'auteur d'une œuvre faussement attribuée : dès lors que le soi-disant auteur n'est pas l'auteur de l'œuvre, ce n'est pas sur le fondement du droit d'auteur mais sur celui des droits de la personnalité que la personne devrait agir pour contester sa paternité. Toutefois, après le décès de cette personne, les droits de la personnalité ne subsistent plus. Le nom d'une personne célèbre peut-il être utilisé pour lui attribuer faussement une œuvre ? En matière d'arts plastiques, la législation spécifique relative au faux peut être invoquée. Elle reste insuffisante. Il convient donc de s'interroger. Certes, l'œuvre litigieuse n'est pas l'œuvre de la personne : s'il n'est pas l'auteur, il ne peut avoir à proprement parler de droit moral sur cette œuvre. Toutefois, la « paternité attribuée », constituant un lien moral entre l'œuvre et le « non auteur » peut-elle justifier de lui attribuer un droit moral sur cette œuvre ? Ce droit pourrait-il être un droit voisin du droit moral classique, droit moral de « l'auteur » sous le nom duquel l'œuvre est exploitée ? Ou peut-on invoquer l'exercice du droit moral de la personne en sa qualité d'auteur d'une Œuvre au pluriel (constituée de l'ensemble des œuvres effectivement créées par lui) ou du droit moral qu'il détient effectivement concernant les œuvres qu'il a effectivement créées, et auxquelles cette œuvre faussement attribuée porterait atteinte ? Le droit de la responsabilité devrait pouvoir intervenir : il intervient en matière économique en cas de parasitisme, il doit pouvoir intervenir en matière extrapatrimoniale. La démonstration d'un préjudice ne devrait alors pas arrêter le juge : l'atteinte doit pouvoir être constatée même en l'absence de préjudice matériel, économique ou de trouble anormal, le préjudice moral dû à une attribution erronée d'une œuvre qui n'est pas la sienne devrait être suffisant en soi. Pour des illustrations des difficultés auxquelles sont confrontés les juges du fond en la matière : A. et H.-J. Lucas, *Traité*, préc., n°483 et s. La question de l'exploitation de l'œuvre dans un contexte incompatible avec les opinions de l'auteur pose encore plus de difficultés.

⁵³³ *Le combat du droit d'auteur, Anthologie historique, suivie d'un entretien avec A. Berenboom*, textes réunis et présentés par Jan Baetens, Les impressions nouvelles, 2001.

⁵³⁴ H. de Balzac, « Préface au Lys dans la vallée » publiée in *Le Combat du droit d'auteur*, préc. p.89, expliquant le conflit qui l'a opposé à son éditeur, le montage contractuel, la défense de l'éditeur.

d'exploitation qui lui a été consenti. Il dénonce également la reprise des œuvres sous forme de pièce de théâtre et l'atteinte qui leur est ainsi faite, non seulement financière mais surtout dans la forme et le style⁵³⁵. Ainsi, c'est non seulement l'œuvre et son exploitation qui doit être défendue contre les tiers mais c'est surtout l'auteur qui a besoin d'être protégé dans ses relations pécuniaires avec l'exploitant, d'être associé à toutes les exploitations de son œuvre. La protection de l'œuvre prend aussi la forme d'un droit au respect du nom de l'auteur et de la forme de l'œuvre. Ceci pour protéger la culture, dont l'œuvre est un vecteur. Défendant la consécration d'une véritable propriété de l'auteur sur son œuvre, il va jusqu'à réclamer la perpétuité du droit⁵³⁶. Ces débats entre auteurs et éditeurs, à la fois hommes de lettres et hommes politiques, dont les textes de Balzac qui ont été ici cités ne sont que des illustrations, ont nourri la construction du droit d'auteur moderne et lui ont conféré son architecture actuelle (droit moral, rémunération proportionnelle, cession écrite et délimitée, interdiction de la cession globale des œuvres futures, unité de l'art⁵³⁷), sans que l'on puisse conclure pour autant qu'ils soient dépassés⁵³⁸. Par ailleurs, la nature personnaliste transparait également dans le mode de calcul de la durée de protection : la durée de protection des œuvres est calculée par rapport à la mort de l'auteur. Si la protection de l'œuvre survit à l'auteur, contrairement aux droits de la personnalité, elle ne lui survit que pour un temps déterminé par la loi. Le principe de rémunération proportionnelle au succès de l'œuvre, principe général du droit d'auteur, ne permet une rémunération complète de l'auteur que par l'écoulement du temps : si certaines

⁵³⁵ H. de Balzac, « Lettre adressée aux écrivains français du XIX^e siècle » Paris, le 1^{er} novembre 1834, publiée in *Le Combat du droit d'auteur*, préc. p.77. Ce texte est essentiellement consacré au droit à rémunération des auteurs mais Balzac y évoque aussi le plagiat et la déformation littéraire : « *Nous publions un livre pour qu'on le lise et non pour le voir lithochromisé en drame ou tamisé en vaudeville. Il existe là une question à faire juger. La prise d'une idée, d'un livre, d'un sujet, sans le consentement de l'auteur, eût soulevé l'indignation générale au XVIII^e siècle (...). L'auteur dramatique n'ignore pas qu'un livre, après vous avoir coûté de grands labeurs, après avoir exigé la patiente sculpture du style (et le style est tout un homme, ce sont ses impressions et sa substance), ne se paie pas quinze francs ; tandis que la pièce faite avec ce livre donne trois fois le prix du livre, quand la pièce tombe, et vaut la contribution financière d'un village quand elle réussit.* »

⁵³⁶ H. de Balzac, « Extrait d'une note peu connue adressée le 3 mars 1841 aux membres de la commission parlementaire chargée d'étudier la révision de la loi sur la propriété littéraire », publiée in *Le Combat du droit d'auteur*, préc. p.101.

⁵³⁷ L. Pfister, *L'auteur propriétaire de son œuvre. La formation du droit d'auteur du XV^e siècle à la loi de 1957*, thèse Strasbourg III, 1999, 2^e partie. Pour une présentation des influences philosophiques sur les juristes et les politiques, notamment Kant, Proudhon et Lamartine, sur l'analyse de Renouard, ainsi que l'analyse des débats parlementaires et doctrinaux de l'époque spéc. p.520 et s. ; pour une présentation de la jurisprudence, et spécialement de l'importance du contentieux relatif aux divorces des auteurs et à la coordination du droit d'auteur et du droit des régimes matrimoniaux pour la définition de la nature du droit de l'auteur sur son œuvre, p.787 et s.

⁵³⁸ P. Gaudrat, « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », RIDA, 4/2001, p.71. Dans le même sens, à propos des artistes-interprètes, X. Blanc, « Actualités des droits des artistes-interprètes », conférence, Poitiers, 17 nov. 2011.

œuvres n'ont qu'une durée de vie (de rentabilité) qu'éphémère, d'autres sont atemporelles et l'association de l'auteur, à travers sa descendance, au succès de ces œuvres, n'est que la reconnaissance de ce que le succès de l'œuvre peut survivre à l'auteur et que le patrimoine de l'auteur s'enrichit au fur et à mesure du succès de l'œuvre, la vocation successorale des héritiers n'est pas plus évaluable en argent au jour du décès de l'auteur que ne le serait une rémunération forfaitaire de l'auteur au moment de la cession des droits sur l'œuvre. Enfin, et surtout, le droit moral infère au droit d'auteur une nature personnaliste : l'auteur a seul le droit de décider de la divulgation de l'œuvre, de son achèvement, de sa patrimonialisation, de revendiquer ou ne pas divulguer la paternité de l'œuvre, d'en déterminer la forme et d'en exiger le respect. L'auteur a également le droit de regretter la forme de l'œuvre et sa divulgation, il peut ainsi exercer un droit de repentir et de retrait et décider de retirer l'œuvre de la sphère publique. Ces droits, si personnels, survivent à l'auteur, mais ne sont pas transmis selon les règles de la dévolution successorale : droits extrapatrimoniaux par nature⁵³⁹, l'auteur peut en confier l'exercice à celui qui sera le plus à même d'être le gardien du respect de ses œuvres, dans l'esprit de son Œuvre. Les attributs d'ordre moral et intellectuel⁵⁴⁰ des droits d'auteur confère ainsi à l'auteur les moyens juridiques de protéger son œuvre dans sa forme.

150. **Droits de l'inventeur : le personnalisme aux confins du droit de brevet.** Le personnalisme s'exprime en matière d'invention presque en dehors du droit de brevet, en tout cas à ses limites. Deux éléments sont essentiellement caractéristiques du personnalisme en matière d'invention : le droit à la paternité de l'inventeur et le droit de possession personnelle antérieure. La paternité de l'invention joue un rôle important au sein du débat scientifique : *« la science ou la discursivité (...) se rapportent [aux œuvres scientifiques antérieures] comme à des coordonnées premières. On comprend par là qu'on rencontre, comme une nécessité inévitable dans de telles discursivités, l'exigence d'un « retour à l'origine ». (...) L'acte d'instauration, en effet, est tel en son essence même, qu'il ne peut pas ne pas être oublié. Ce qui le manifeste, ce qui en dérive, c'est, en même temps, ce qui établit l'écart et ce qui le travestit. Il faut que cet oubli non accidentel soit investi dans des opérations précises qu'on peut situer, analyser, et réduire par le retour même à cet acte instaurateur »*⁵⁴¹. En droit de brevet, la qualité d'inventeur revient également à celui qui a eu le *genius flash* : on recherche bien l'étincelle de génie qui a permis l'invention et qui parfois consiste en le dépassement d'un obstacle qu'un

⁵³⁹ F. Pollaud-Dulian, « Droit moral et droits de la personnalité » préc. C. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998, coll. IRPI, Vol. 17. V. aussi pour des illustrations jurisprudentielles : CA Paris, 1^{re} ch., 1^{er} fév. 1989, « Anne Bragance » : RIDA 4/1989, p.301, note P. Sirinelli.

⁵⁴⁰ CPI, art. L.111-1, al. 1.

⁵⁴¹ Michel Foucault, préc., spec. p.807.

homme de métier aurait considéré comme insurmontable : l'invention exigeait donc de vaincre un préjugé⁵⁴². En outre, quand bien même l'activité inventive n'exige pas la projection de la personnalité de l'inventeur vers l'invention, comme c'est le cas en droit d'auteur, du moins dans certains domaines de création littéraire et artistique, l'activité créative met en évidence un lien certain entre l'inventeur et l'invention : la création, même technique, n'est pas réductible à un travail anodin produit par des individus interchangeables. L'exigence d'une activité inventive, c'est-à-dire d'une activité distincte, d'un effort intellectuel supérieur à ce que l'on attend de l'homme du métier, permet la reconnaissance d'une invention. C'est cet effort spécifique, identifiable, qui interdit l'interchangeabilité (l'homme de métier, même polyvalent, ne peut pas être par définition un inventeur) qui permet la qualification d'invention. C'est donc la rareté de l'acte qui conduit à la rareté de l'objet et lui donne sa valeur. Certes, l'inventeur ne marque pas du sceau de sa personnalité l'invention comme l'auteur le fait avec l'œuvre. L'invention n'objective pas un élément de la personnalité de l'inventeur mais elle fait preuve d'activité inventive. Elle est en cela le fruit du génie humain et témoigne de la personnalité inventive de son inventeur. Elle rend compte de son intelligence, de ses capacités créatives et les études psychologiques démontrent que les processus créatifs, qu'ils soient littéraires et artistiques ou scientifiques et techniques relèvent du même genre. Il arrive fréquemment que des recherches similaires, voire concurrentes, aboutissent au même résultat. En ce qu'elle est technique, la forme inventive pourra parfois être identique, même issue de processus inventifs différents. Il a d'ailleurs fallu régler les difficultés liées aux inventions concomitantes. Cette rencontre fortuite des génies ne signifie pas que n'importe qui effectuant les mêmes recherches aurait pu mettre en évidence le même procédé : l'invention, par définition, échappe à l'homme du métier. La coïncidence des inventions n'interdit pas la reconnaissance de la qualité d'invention, d'inventeur et l'attribution d'un brevet⁵⁴³. L'inventeur, en droit des brevets, divulgue une invention, offre au public sa description et revendique un monopole sur son exploitation. Le droit des brevets met en place un régime de titularité lié à l'action, à l'organisation du processus de création et de divulgation : c'est donc le plus souvent une personne morale qui obtient le droit au titre⁵⁴⁴. On peut donc d'ores et déjà remarquer que, contrairement à la création littéraire et artistique en droit d'auteur ou à

⁵⁴² En ce sens : Cass. com, 19 déc. 2000 : Bull. n°196 ; PIBD 2001, III, p.277 ; CA Paris, 15 sept. 2000 : PIBD 2001, III, p.429. V. déjà : CA Paris, 15 fév. 1984 : Annales 1984, p.123 ; et OEB, 28 fév. 1985, T0198/84, préc. Pour une application plus récente : TGI Paris, 3 mai 2006, CT0087.

⁵⁴³ En cas d'inventions concomitantes, le Code de la propriété intellectuelle répartit la jouissance de l'invention entre le breveté (qui jouit seul du brevet) et le titulaire du droit de possession personnelle antérieure.

⁵⁴⁴ Cf. infra n°152.

l'invention de droit civil, l'activité créative déployée lors du processus d'invention en droit des brevets n'est pas seule à l'origine du droit au brevet. Si la création est une condition *sine qua non* de l'existence de la protection, elle n'en est pas pour autant le critère fondamental justifiant en elle-même son appropriation, puisqu'un autre que le créateur peut en être le propriétaire initial. Le fait générateur de l'appropriation étant marqué par le personnalisme, le contenu du droit même présente une dimension personnaliste, mais dans une mesure à relativiser toutefois, du fait de la distinction de l'invention et du titre. La distinction du titre et de l'invention conduit à distinguer le titulaire des droits de celui qui bénéficie de la qualité d'inventeur. La qualité de créateur ne confère donc qu'un droit minimal : reconnaissance de la paternité de l'invention et authentification du droit au titre si celui-ci était contesté. On retrouve ici une dimension, classique historiquement, de l'appropriation de l'acte créatif : l'authentification, la paternité comme certification et gage de valeur. Le personnalisme, l'individualisation de l'acte créatif contribue, dans une dimension au moins, à la création de la valeur de l'objet. Ainsi, au Moyen Age, la reconnaissance d'un caractère scientifique à un texte exigeait sa signature. Les théories scientifiques étaient plus qu'identifiées à leur auteur. Elles n'étaient reconnues comme vraies, comme démontrées, qu'à la condition d'être marqués du nom de leur auteur. Ainsi, les formules comme « Hippocrate a dit », « Pline raconte » sont moins des « *argument(s) d'autorité [que] les indices dont étaient marqués des discours destinés à être reçus comme prouvés. Un chiasme s'est produit au XVIIe, ou au XVIIIe siècle ; on a commencé à recevoir les discours scientifiques pour eux-mêmes, dans l'anonymat d'une vérité établie ou toujours à nouveau démontrable ; c'est leur appartenance à un ensemble systématique qui leur donne garantie, et non la référence à l'individu qui les a produits. La fonction-auteur s'efface, le nom de l'inventeur ne servant tout au plus qu'à baptiser un théorème, une proposition, un effet remarquable, une propriété, un corps, un ensemble d'éléments, un syndrome pathologique* »⁵⁴⁵. Si la qualité d'inventeur présente un intérêt scientifique, elle ne produit en revanche que peu d'effets juridiques, contrairement à la qualité d'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique. Du moins en droit français. Échappent au monopole les exploitations réalisées dans le cadre d'un droit de possession personnelle antérieure⁵⁴⁶. En effet, il est possible que quelqu'un d'autre ait réalisé l'invention antérieurement au brevet mais n'ait pas souhaité la divulguer. S'il paraît logique de ne conférer le bénéfice du brevet qu'à celui qui a organisé la divulgation de l'invention, il pouvait paraître inéquitable d'interdire au *primo* inventeur d'exploiter l'invention. Un compromis est donc intervenu. Le premier inventeur n'est pas titulaire du brevet. Il ne peut commercialiser l'invention, ni même céder son droit d'exploitation pour possession

⁵⁴⁵ Michel Foucault, « Qu'est-ce qu'un auteur ? préc., spec. p.800.

⁵⁴⁶ CPI, art. L.613-7.

personnelle antérieure ou concéder une licence : il peut seulement continuer à l'utiliser. La possession personnelle antérieure suppose en effet un usage antérieur certain de l'invention et non la simple connaissance antérieure de l'invention. Le dépôt du brevet ne doit en effet ni nuire, ni bénéficier au premier inventeur : s'il l'utilisait antérieurement, il peut continuer ; s'il ne l'exploitait pas, il ne peut plus le faire, à moins d'en demander l'autorisation au breveté. L'inventeur ne dispose dans ce cas que de *l'usus* – et encore limité – de l'invention. Il peut l'utiliser personnellement, mais ne peut ni la céder (à moins que l'entreprise ne soit cédée, on voit ici que le droit de possession personnelle antérieure est donc moins attaché à la personne de l'inventeur qu'à l'entreprise qui exploite, c'est presque l'entreprise qui est considérée comme l'inventeur plutôt que la personne physique⁵⁴⁷). En dehors de toute possession personnelle antérieure, l'inventeur bénéficie, avant tout dépôt de brevet, d'un droit au titre et d'un droit à être identifié dans la demande de brevet.

B. Intérêt économique de l'appropriation

151. L'appropriation présente un intérêt économique en ce qu'elle garantit l'exploitation (1) et permet de l'organiser (2).

1. L'appropriation comme garantie de l'exploitation

152. **Appropriation et intérêt social.** La création étant une activité inhérente à la personne du créateur, un lien évident existe entre le sujet et l'objet. Ce lien est mis en exergue en droit d'auteur par la dimension « intellectuelle et morale » du droit et le critère principal d'accès à la protection : l'originalité. Au contraire, en droit des brevets, la dimension industrielle, économique et sociale, de l'invention l'emporte. La recherche du développement et du progrès social par le progrès scientifique et technique, ainsi que la recherche d'une compétitivité économique, intrinsèques à la matière, ont conduit à adopter une philosophie de récompense sous-tendant la reconnaissance du droit au brevet. On quitte la logique humaniste, essentiellement individualiste du droit d'auteur pour une philosophie humaniste mais à vocation sociale : l'invention doit servir l'intérêt de la société. En droit d'auteur, on récompense la création, en droit des brevets, on récompense la divulgation. Économiquement, l'appropriation favorise une exploitation qui pourrait ne pas avoir lieu : *« en premier lieu, l'information est un bien non excluable, c'est-à-dire qu'il est impossible d'exclure de l'usage un utilisateur même si ce dernier ne contribue pas au financement du bien. Par exemple, un éditeur ne peut pas empêcher qu'un*

⁵⁴⁷ Cf. infra n°260.

même livre soit prêté et lu par plusieurs personnes. De même, un journaliste de presse ne peut éviter que l'information originale qu'il dévoile ne soit reprise par ses confrères. Le problème pratique que peuvent poser de tels biens est celui du manque d'incitations des entrepreneurs à les produire⁵⁴⁸. Ils savent à l'avance qu'ils auront du mal à se faire payer et donc à rentrer dans leurs frais. Du point de vue de la richesse, la collectivité est perdante puisque des biens qui auraient pu trouver un débouché ne vont pas être produits. En second lieu, l'information est un bien non rival : sa consommation par un individu ne diminue pas la quantité qui reste disponible pour les autres. (...). De ce fait, dès lors que le producteur fait payer son service, la consommation du bien est inutilement rationnée. (...) En offrant un droit exclusif sur une période limitée, le droit de la propriété intellectuelle résout ces deux problèmes de façon séquentielle. Dans un premier temps, le mécanisme juridique de la protection rend le bien excluable. Il oblige les utilisateurs à payer sous forme de royalties les services offerts. Dans un second temps, l'œuvre étant tombée dans le domaine public, le droit permet à tous les consommateurs d'y accéder gratuitement. Le droit de la propriété intellectuelle réalise ainsi un compromis entre, d'une part, l'incitation à créer et à innover, et d'autre part, la diffusion des résultats obtenus »⁵⁴⁹. L'appropriation encourage l'exploitation en garantissant en partie sa rentabilité par la protection qu'elle procure à l'avantage concurrentiel que constitue la création, notamment grâce à l'action en contrefaçon. En matière d'invention, le breveté est clairement incité à exploiter : à défaut d'exploitation, il risque qu'un concurrent réclame une licence obligatoire soit pour défaut d'exploitation de l'invention, soit pour insatisfaction du marché français⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ Ces économistes focalisent ici leur analyse sur l'information et des exemples relatifs à des œuvres de l'esprit. Le raisonnement est toutefois totalement transposable en matière d'information scientifique ou technologique, et à la forme. Nous évoquons ainsi la spécificité de l'objet de la propriété intellectuelle, la forme créative, dont l'ubiquité est une caractéristique essentielle. C'est par cette notion d'ubiquité de la forme que nous cherchons à rendre compte des deux spécificités de la création ici mise en exergue par l'économiste : bien non excluable (par nature et sauf à mettre en place un monopole de droit) et non rival. Cf. infra n°296.

⁵⁴⁹ F. Lévêque et Y. Menière, *Economie de la propriété intellectuelle*, La découverte, 2003, coll. Repères, p.7.

⁵⁵⁰ CPI, art. L.613-11 : « Toute personne de droit public ou privé peut, à l'expiration d'un délai de trois ans après la délivrance d'un brevet, ou de quatre ans à compter de la date du dépôt de la demande, obtenir une licence obligatoire de ce brevet, dans les conditions prévues aux articles suivants, si au moment de la requête, et sauf excuses légitimes, le propriétaire du brevet ou son ayant cause : a) n'a pas commencé à exploiter ou fait des préparatifs effectifs et sérieux pour exploiter l'invention objet du brevet sur le territoire d'un État membre de la Communauté économique européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ; b) n'a pas commercialisé le produit objet du brevet en quantité suffisante pour satisfaire aux besoins du marché français. Il en est de même lorsque l'exploitation prévue au a) ci-dessus ou la commercialisation prévue au b) ci-dessus a été abandonnée depuis plus de trois ans ». L'intérêt de l'exploitation justifie également une licence obligatoire pour les brevets dits de dépendance (CPI, art. L.613-15). Un système semblable vaut pour l'obteneur d'une variété végétale (CPI, art. L.613-15-1). Les principes existent et sont essentiels. On remarque toutefois qu'ils sont difficiles à mettre en œuvre en pratique et que ces dispositions protègent insuffisamment l'intérêt général à la diffusion des connaissances scientifiques et techniques qu'est censé servir le droit des brevets. Pour une critique de l'influence des accords ADPIC « réduis[ant] considérablement la portée de ce dispositif pourtant essentiel : B. Humblot, « Droit des brevets : éloge posthume de la licence obligatoire de dépendance », *RLDI* 2012, n°83, p.69, n°2801.

Sont ici protégés la liberté d'exploitation, c'est-à-dire qu'à défaut d'exploitation des utilités l'invention, le droit revient à la liberté d'entreprendre et d'engager l'exploitation, si ce n'est par le propriétaire lui-même, dont la carence peut toutefois être justifiée par une excuse légitime⁵⁵¹, par un concurrent⁵⁵² ; et l'intérêt du consommateur à accéder effectivement à l'invention et profiter du progrès technologique. Il doit aussi exploiter l'invention pour profiter de l'avantage concurrentiel procuré par la propriété ; à défaut, la divulgation, en ce qu'elle divulgue auprès des tiers son avancée technologique, emporte plus une perte d'avantage technologique, en ce qu'elle pourrait accélérer la recherche des concurrents par les informations qui leur sont ainsi délivrées⁵⁵³, qu'un avantage vis-à-vis de ceux-ci. Par ailleurs, le coût des redevances, contrepartie de la protection dont il bénéficie⁵⁵⁴, l'incite à exploiter pour, au moins, couvrir ces frais. En matière de droit d'auteur, hormis l'éditeur, qui est lié par une obligation d'exploitation permanente et suivie de l'œuvre en cas de contrat d'édition⁵⁵⁵, aucune obligation d'exploitation n'est mise à la charge du propriétaire des droits de propriété intellectuelle. L'exploitation n'est pas garantie. Au contraire, elle repose sur l'envie de l'auteur de voir son œuvre exploitée, diffusée ; c'est-à-dire qu'elle repose sur le pacte culturel qu'on estime inhérent à la relation auteur-amateur⁵⁵⁶. Cette absence d'obligation d'exploitation par l'auteur ou son ayant cause peut poser question sur la suffisance du droit d'auteur à garantir l'exploitation.

153. **Limites.** L'attribution d'un droit au titre comme en droit des brevets, qui distingue au titre de l'objet de l'appropriation, le brevet de l'invention, pose déjà certaines contraintes. D'une part, l'attribution des droits à l'employeur, sans réelle participation du salarié aux bénéfices suscités par l'exploitation de l'invention, n'encourage pas l'innovation des salariés. D'autre part, la distinction du titre et de l'invention, confortée par le mécanisme du dépôt, permet de bénéficier d'un système de présomptions assurant une certaine sécurité juridique à l'investissement mais qui peut freiner d'autant l'innovation. *« Comme on le sait, le brevet est en quelque sorte un contrat passé entre le titulaire et la société. Il importe donc de ne pas transiger sur les critères*

⁵⁵¹ On notera que l'exploitation d'une autre invention considérée comme plus performante par le breveté ne constitue pas une excuse légitime : Cass. com., 11 janv. 2000 : Annales 2000, p.149 ; CA Lyon, 11 sept. 1997 : PIBD 1998, III, p.167.

⁵⁵² On notera également que le breveté n'est pas totalement évincé puisqu'il perçoit des redevances pour cette exploitation.

⁵⁵³ CPI, art. L.612-21 et L.612-17 combinés ; art. R.612-74 et s.

⁵⁵⁴ CPI, art. L.612-19.

⁵⁵⁵ CPI, art. L.132-12. Sur le débat à propos d'une obligation générale d'exploiter, en dehors de l'hypothèse du contrat d'édition et fondée sur la prévision d'une rémunération proportionnelle, V. A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité préc.*, n°609.

⁵⁵⁶ Cf. infra n°312.

de brevetabilité. Or, nombre d'offices nationaux européens délivrent les brevets sans examen quant au fond. Qui plus est, les titulaires qui agissent en contrefaçon n'ont pas à démontrer la validité de leur brevet. Jan Brinkhof estime qu'à tout le moins la présomption de validité dont bénéficie le breveté devrait être limitée aux brevets délivrés à l'issue d'un examen. Il (...) semble peu équitable qu'il appartienne au défendeur de démontrer la nullité d'un titre dont la validité est, somme toute, hypothétique. (...) En Europe, c'est trop souvent de manière indue que les brevets faussent le jeu de la concurrence au bénéfice du titulaire. Ce qui, in fine, nuit à l'innovation »⁵⁵⁷. Ceci conduit cet auteur à critiquer le système du brevet, au moins en ce qu'il est inadapté aux pays en développement. Cette critique peut être étendue : le système de présomptions fait peser la charge de l'introduction d'une action en annulation du brevet et de la preuve de l'absence de protégeabilité de l'invention sur celui qui voudrait exploiter ou perfectionner ce qui aurait dû relever du seul domaine public, il fait ainsi peser sur ceux qui cherchent à innover une charge qu'ils ne devraient pas supporter alors qu'il accorde un avantage essentiel au déposant dans un milieu très concurrentiel. Au-delà des ces questions de présomptions, on peut noter que le monopole accordé au breveté induit des effets pervers, notamment du fait du principe du premier déposant, principe réaliste mais qui peut entraîner une course aux brevets qui pourrait finir par constituer un barrage à l'entrée sur le marché et par-là même un frein à l'innovation : « le monopole qu'il confère peut créer une situation où, parmi toutes les firmes ayant réalisé des investissements de R&D pour une innovation donnée, une seule va s'arroger l'ensemble des profits liés à l'innovation. Cette situation où « le premier gagne tout » provoque des courses au brevet, qui ont pour résultat de dilapider en investissements de R&D la valeur future d'une innovation. Les courses au brevet peuvent être considérées comme un cas particulier du problème plus général de la tragédie des communaux »⁵⁵⁸. De la même manière, sont dénoncés certains excès en matière de droit d'auteur qui conduiraient à une limitation de la création et de la diffusion de la culture⁵⁵⁹. Certains recommandent dès lors la mise en place d'un système de dépôt et de paiement de redevances en droit d'auteur, sur le modèle de la propriété industrielle⁵⁶⁰, une diminution de la durée de la protection par le droit d'auteur⁵⁶¹, etc. Il paraît difficile même aux économistes de

⁵⁵⁷ Compte-rendu de l'article de Jan Brinkhof « wish list in the area of patent law » publié in IIC (35), 4, juin 2004, p.407-416 ; publié in PIBD 2004 n°797-II-93.

⁵⁵⁸ F. Lévêque et Y. Menier, préc. p.28.

⁵⁵⁹ Pour des illustrations, F. Lévêque et Y. Menier, préc. ; Copyright-Copywrong, préc. ; D. Sagot-Duvauroux, Les majorats littéraires et un choix de contribution au débat sur le droit d'auteur au XIXe siècle, Les presses du Réel, 2002.

⁵⁶⁰ F. Lévêque et Y. Menière, préc., p.115.

⁵⁶¹ Cf. infra n°173, notamment les développements relatifs à E. MacKaay, « La propriété intellectuelle et l'innovation – Analyse économique du droit » et « L'économie des droits de propriété émergents sur l'Internet ».

répondre à ces interrogations : « à partir des connaissances actuelles dont nous disposons, aucun économiste ne peut affirmer avec certitude que le système [de la propriété intellectuelle] tel qu'il opère aujourd'hui se traduit par un bénéfice net ou une perte sèche pour la société (...) S'[il] n'existait pas, il serait irresponsable, sur la base de ce que nous savons de ses conséquences économiques, de recommander d'en instituer un. Mais dès lors [qu'il] existe depuis longtemps, il serait irresponsable, à partir de nos connaissances présentes, de recommander de l'abolir »⁵⁶². Cette citation d'une étude réalisée pour le Congrès américain dès les années 1950 et qui portait sur le brevet démontre l'ambivalence de la propriété intellectuelle d'un point de vue économique, philosophique, sociologique. Ambivalence qui n'a pas été remise en cause, au contraire, par les pratiques et les analyses qui se sont développées depuis la deuxième moitié du XXe siècle et l'avènement de la société dite de l'information. Au-delà des critiques, il faut toutefois reconnaître que l'appropriation est aujourd'hui indispensable en tant qu'elle est le moyen mis en place pour organiser l'exploitation.

2. L'appropriation comme moyen d'organisation de l'exploitation

154. **Organisation de l'exploitation à travers le droit de propriété.** Par la reconnaissance d'un droit de propriété, le législateur reconnaît un droit pour le créateur à profiter des fruits économiques de sa création, fruits économiques qui lui assurent une rémunération de son travail. Ce faisant, le législateur peut également organiser un régime de propriété dont il définit les contours⁵⁶³ : propriété élaborée autour d'attributs patrimoniaux et moraux pour le droit d'auteur, dont les limites et les conditions d'exercice sont par ailleurs définies assez précisément ; propriété essentiellement économique, dont le législateur s'applique à définir le champ d'application, les attributs, les limites et les contreparties en matière industrielle. Dans un cas comme dans l'autre, même lorsqu'il prend des options finalement différentes, le législateur s'applique à organiser l'exploitation : il définit longuement le droit applicable à la relation auteur-exploitant ; il met l'exploitation au cœur du régime des brevets. Au-delà de cette organisation légale de l'exploitation par le régime propriétaire,

⁵⁶² F. Malchup, *An economic analysis of the patent system*, Study n°15 of the subcommittee on Patents, trademarks, and copyrights of the Senate Committee on the Judiciary, 85th Cong., 2nd Session, cité in F. Lévêque et Y. Menière, préc., p.110.

⁵⁶³ Rappelons que le droit de propriété est, selon l'article 544 du Code civil, « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Autrement dit, la propriété est un droit absolu dans les limites définies par la loi, les règlements, voire l'usage, qui ont vocation à en déterminer les contours et qui, pour un certain nombre de biens, définissent finalement les utilités de la chose, comme c'est le cas pour les « biens spéciaux » que sont les objets de droits de propriété intellectuelle.

l'appropriation permet au niveau cette fois de l'objet de l'appropriation l'organisation de l'exploitation par le propriétaire⁵⁶⁴.

155. **Organisation de l'exploitation par le propriétaire.** L'appropriation permet l'organisation de l'exploitation par le propriétaire. Celui-ci peut en effet exploiter seul, exclusivement ou confier l'exploitation à des tiers, par la conclusion de contrats de cession ou de licences d'exploitation. La conclusion de ces conventions d'exploitation est subordonnée au respect des conditions légales, particulièrement réglementées en droit d'auteur⁵⁶⁵, celui-ci étant un droit de protection de la partie faible au contrat, la personne physique créatrice, face à l'exploitant, professionnel, commerçant, qui exploite le fruit de son activité en contrepartie d'une rémunération. L'analogie avec le droit du travail est ici patente et explique l'encadrement de la relation contractuelle par des dispositions d'ordre public, relatif, via la mise en place finalement d'un statut d'auteur au sein du Code de la propriété intellectuelle, au même titre que le Code du travail constitue finalement un « statut » protecteur pour les salariés. En matière de droit des brevets, les dispositions sont évidemment moins importantes⁵⁶⁶. Ceci peut s'expliquer sans doute parce que le titulaire du brevet, le « propriétaire », est le plus souvent non pas l'inventeur personne physique mais l'entreprise au sein de laquelle a eu lieu l'invention : les relations contractuelles entre le breveté et son sous-exploitant seront ainsi, la plupart du temps, des relations entre commerçants et relèvent logiquement moins d'une démarche de « statut » que d'une démarche égalitaire et fondée sur la liberté contractuelle et la libre concurrence. L'encadrement de la relation vise donc moins à protéger le propriétaire du droit de propriété intellectuelle, ce qui est fait par ailleurs par l'action en contrefaçon, qu'à garantir d'autres impératifs sociaux : défense nationale, garantie de l'exploitation, liberté de création, protection de la concurrence et des consommateurs, etc. Dans l'une comme dans l'autre des branches de la propriété intellectuelle, il revient en revanche au propriétaire de déterminer l'organisation de l'exploitation en en définissant les conditions, et spécialement pour l'auteur, la durée, le lieu, la destination, l'étendue et les conditions (cession exclusive ou non, gratuite ou rémunérée, etc.). Ces dispositions particulièrement représentatives de la prégnance du personnelisme en droit d'auteur n'empêchent pas d'observer l'ambiguïté de ce personnelisme qui est de mise aujourd'hui.

⁵⁶⁴ Notamment par la mise en place des licences obligatoires et des licences de dépendance.

⁵⁶⁵ CPI, art. L.131-1 et s. Après un premier chapitre consacré aux dispositions générales, le titre troisième (exploitation des droits) du livre consacré aux droits d'auteur prévoit un régime spécifique pour les contrats nommés suivants : contrat d'édition, contrat de représentation, contrat de production audiovisuelle, contrat de commande pour la publicité, contrat de nantissement du droit d'exploitation des logiciels.

⁵⁶⁶ CPI, art. L.613-8 et s.

SECTION II.

AMBIGÜITÉ DU PERSONNALISME DANS LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

156. L'appropriation des créations a été justifiée par l'affirmation du droit de l'individu sur les fruits de son activité, notamment intellectuelle. Le personnalisme n'a pas pour autant jamais exclu la prise en considération de l'intérêt du public, notamment dans l'édiction des limites ou des modalités d'exercice de l'appropriation⁵⁶⁷. En droit d'auteur, c'est, encore de nos jours, le personnalisme qui légitime l'exclusivité et influence le régime de propriété. Toutefois, l'organisation de l'exploitation (multiplication des exploitations et des acteurs de l'exploitation, notamment des intermédiaires ; gestion collective ; modes de cession automatique ; etc.) conduit à l'intermédiation quasi systématique, et complexe, de l'exploitation. En droit des brevets, l'appropriation n'est plus « personnaliste » : alors qu'en droit d'auteur, le titulaire initial des droits est nécessairement le créateur, l'exploitant, s'il n'est auteur, ne pouvant être qu'un cessionnaire, le breveté peut être l'inventeur ou son ayant cause. Le modèle d'appropriation est visiblement influencé par le recul du personnalisme (I) ; les critiques du modèle (II) peuvent aller jusqu'à la remise en cause de sa pertinence.

§ 1. LIMITES DE L'INDIVIDUALISME PROPRIÉTAIRE

157. Les limites, patentes, à l'individualisme propriétaire sont essentiellement dues à deux causes. D'une part, la création n'est pas toujours individuelle et s'organise au sein d'une entreprise (A). Tel a été le cas très tôt en matière de propriété industrielle, du fait des investissements nécessaires à la recherche et au développement des inventions. C'est aussi de plus en plus le cas avec le développement des industries culturelles (notamment cinématographiques, audiovisuelles et multimédia), dont la prise en compte des intérêts a marqué un tournant pour le droit d'auteur dès 1985. Le phénomène est d'autant plus marqué que ce secteur économique, qualifié en 2006 de société de l'information, prend de plus en plus d'importance dans l'économie française du fait de la crise des industries traditionnelles et de la désindustrialisation. D'autre part, même lorsque la création reste indépendante, l'individualisme propriétaire est insuffisant à protéger le créateur, qui, seul, paraît très démuni pour faire respecter ses droits vis-à-vis des exploitants multiples de ses créations. Les créateurs

⁵⁶⁷ C'est notamment la nécessité de préserver les droits du public, qui a conduit au principe de libre parcours des idées, aux limites temporelles des droits de propriété intellectuelle, permettant la constitution d'un domaine public. L'intérêt du public justifie également l'existence d'exceptions, de licences légales, etc.

ont dû s'organiser collectivement, notamment pour mettre en place des mécanismes et organismes chargés d'assurer une protection collective de leurs droits. Cette gestion collective de droits individuels n'est pas sans influence sur l'expression de l'individualisme propriétaire (B).

A. Développement de la création d'entreprise et assimilation au travail

158. **Rôle de l'invention d'entreprise en droit des brevets.** Le développement de l'invention d'entreprise, c'est-à-dire du salariat des inventeurs, a conduit inexorablement à un rapprochement des protections, la logique salariale ayant prévalu sur celle de création. Ainsi, *« après avoir été la récompense du génie de l'inventeur, le brevet a dans l'histoire contemporaine, très vite été associé à la grande entreprise. Des armées de scientifiques et d'avocats concevant des inventions et rédigeant des brevets, telle est l'idée souvent présentée et attestée de surcroît par les enquêtes statistiques »*⁵⁶⁸. *« D'après l'Office européen des brevets en 1997, près de 70% des entreprises de 500 salariés et plus utilisent le système des brevets, contre moins de 30% des petites et moyennes entreprises qui représentent pourtant une part importante de la capacité inventive »*⁵⁶⁹. Si le dispositif spécial applicable aux inventions de salariés n'a été légalement mis en place qu'en 1978⁵⁷⁰, le brevet pouvait bien avant cette loi être demandé par l'inventeur ou son ayant cause. Aussi en pratique, l'invention pouvait-elle d'ores et déjà être brevetée par l'employeur. La titularité des droits était déterminée par un régime prétorien⁵⁷¹. Pour éviter les conflits, le Professeur Mousseron⁵⁷² a proposé un mécanisme original permettant de déterminer la titularité des droits selon les conditions de création de l'invention ou la qualité de salarié de l'inventeur. On notera que le régime légal existant depuis 1978 est un régime minimal de protection : d'après l'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle, les parties peuvent contractuellement prévoir un régime plus favorable à l'inventeur salarié. On voit ici une application classique du principe de faveur à la relation de travail. L'exclusivisme existe donc en droit des brevets mais au profit de l'entreprise et non du créateur. Le salariat, et par conséquent le droit du travail, sont clairement, et depuis longtemps, le relais du statut propriétaire. Aujourd'hui, 90% des inventions sont des inventions de salariés,

⁵⁶⁸ B. Laperche, « Texte et contexte du brevet », in B. Laperche (coord.), *Propriété industrielle et innovation, la 'nouvelle économie' fausse-t-elle l'enjeu ?*, L'Harmattan, coll. Economie et Innovation, 2001, p.13, spec. p.16-17.

⁵⁶⁹ *Ibidem*.

⁵⁷⁰ Loi n°78-742 du 13 juill. 1978 modifiant et complétant la loi n°68-1 du 2 janvier 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention.

⁵⁷¹ Pour une présentation, D. Chataignier, *Contribution à l'étude des droits des salariés sur leurs inventions*, Thèse Paris, 1934 ; V. également P. Roubier, « Les inventions d'employés », DS 1945, p.356 et 460.

⁵⁷² J. M. Mousseron, « Les inventions d'employés », RTDCom. 1965, p.547.

déposées par des entreprises⁵⁷³. On a assisté à un double mouvement convergent : l'invention d'entreprise devient la norme et légitime l'appropriation par l'entreprise ; la facilité d'appropriation de l'invention par l'entreprise en cas de salariat incite l'entreprise à salarier les inventeurs. Alors que le droit d'auteur continue de centrer le modèle d'appropriation sur la figure de l'auteur indépendant, le droit des brevets s'est construit sur la figure de l'inventeur salarié, ou du moins de l'invention d'entreprise, ce qui a conduit à admettre progressivement l'assimilation du travail et de la création en la matière : d'abord par le fait que le droit du travail paraissait l'outil complémentaire, si ce n'est principal, d'organisation du statut d'inventeur ; ensuite par la mise à distance de l'invention et du droit au titre, qui contribue à une dépersonnalisation du travail de l'inventeur. Le sentiment d'appartenance à une entreprise d'une part, à une communauté scientifique d'autre part, a sans doute aussi contribué à introduire une distance supplémentaire entre l'inventeur et son invention, contribuant là encore à la dépersonnalisation de la relation entre l'inventeur et son invention, facilitant donc l'assimilation de l'invention à un travail⁵⁷⁴. Ainsi, le droit des brevets comme le droit du travail ont-ils eu vocation à devenir des outils réellement complémentaires de protection. D'où l'article L.133-5-12, f, du Code du travail qui impose aux conventions collectives nationales, pour leur extension, de prévoir des dispositions relatives aux inventions de salariés, notamment concernant la rémunération supplémentaire. Dans l'esprit du législateur, les conventions collectives, donc les partenaires sociaux, devaient jouer un rôle important dans l'organisation du statut des inventeurs salariés. Comme le démontre Laurent Drai⁵⁷⁵, les conventions collectives n'ont pas réellement assumé ce rôle puisque, lorsqu'elles contiennent un article relatif à la question, dans la plupart des cas, il s'agit simplement du rappel du dispositif légal, voire d'une limitation du système légal⁵⁷⁶. Le sort des inventeurs n'est pas au cœur des préoccupations ni des représentants des employeurs, ni de ceux des salariés et fait rarement l'objet de négociation collective, sauf lorsque le secteur d'activité est spécialement

⁵⁷³ Statistique fournie par l'INPI : <http://www.inpi.fr/fr/brevets/deposer-un-brevet/qui-peut-deposer/l-inventeur-est-un-salarie.html>.

⁵⁷⁴ S. Boutillier, « L'entrepreneur face à la propriété industrielle : histoire et actualité », in B. Laperche (coord.), *Propriété industrielle et innovation, la 'nouvelle économie' fausse-t-elle l'enjeu ?*, L'Harmattan, coll. Economie et Innovation, 2001, p.25.

⁵⁷⁵ L. Drai, *Le droit du travail intellectuel*, préc., spéc. n°285 et s.

⁵⁷⁶ V. L. Drai, préc., spéc. n°288, observant que dans la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie, ainsi que dans la convention collective nationale des industries pharmaceutiques, limitent les cas d'attribution d'une rémunération supplémentaire au salarié aux inventions ayant un intérêt exceptionnel.

concerné par la question⁵⁷⁷. Alors qu'en droit d'auteur, dans le secteur des industries culturelles, le rôle des conventions collectives s'accroît peu à peu, au-delà même des prévisions légales actuelles, en droit des brevets, les conventions occupent en pratique une place limitée, le régime légal des inventions de salariés étant largement favorable aux entreprises.

159. **Création d'entreprise et droit d'auteur.** La montée des industries culturelles, d'abord cinématographiques, puis audiovisuelles et informatiques, désormais numériques, conduit à la revendication de statuts particuliers et la remise en cause de la consécration de l'individualisme propriétaire, au nom des investissements consentis et de la reconnaissance d'une véritable « création d'entreprise ». Celle-ci donne prise à des régimes particuliers de titularité soit simplifiant le transfert des droits à l'entreprise, soit organisant des régimes de « propriétés partagées »⁵⁷⁸ sur l'œuvre de l'esprit, l'œuvre étant partagée en fonction des usages ou des utilités entre différentes appropriations⁵⁷⁹. La multiplication de ces exceptions d'une part, la mise en exergue de l'entreprise, d'autre part, conduisent à la critique du régime de la création salariée mis en place par l'article L.111-1, alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle, régime symbolique s'il en est de l'individualisme propriétaire en droit d'auteur. Ainsi, le Professeur Philippe Gaudrat observe que *« l'histoire nous enseigne que chaque avancée technologique est prétexte à remettre la toile des équilibres juridiques sur le métier »*⁵⁸⁰. Maître Bernard Exelmans notait déjà en 1999 : *« la dernière décennie a bouleversé le droit d'auteur, au point qu'on a un certain mal à le reconnaître : non seulement, en termes d'investissements, les industries représentent de 4 à 7% du PIB des États européens – et, aux États-Unis, le pourcentage est plus élevé que celui de l'agriculture, de l'industrie électrique ou de l'industrie automobile –, mais encore la technologie est entrée en force, avec la création d'œuvres nouvelles (logiciels, banque de données, œuvres multimédias...), et de nouveaux moyens de diffusion (satellites, câble-distribution, autoroute de l'information...). Certes, le droit d'auteur se survit tant bien que*

⁵⁷⁷ Pour exemple : la convention des bureaux d'études techniques détaille le régime applicable aux inventions de salariés au sein de son titre XI, consacré aux brevets d'invention et secret professionnel (articles 75 et s.).

⁵⁷⁸ V. également C. Simler, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Litec, 2010, coll. CEIPI, T.55, préf. C. Caron, avant-propos Y. Reboul, spéc. n° 317 et s., proposant la qualification de « *propriété simultanées* » pour évoquer les « doubles appropriations ». Il s'agit en réalité de partage de jouissance entre plusieurs propriétaires. Elle évoque comme illustration les œuvres plurales, notamment l'œuvre composite, l'œuvre première faisant l'objet d'une double appropriation (ou plutôt d'une double exploitation : dans sa forme d'œuvre première mais également en tant qu'elle est incorporée dans l'œuvre composite), l'œuvre collective (les contributions pouvant notamment faire l'objet d'une double appropriation en cas d'exploitation séparée par l'auteur de la contribution et d'exploitation au sein de l'œuvre collective, appropriée par le titulaire des droits d'auteur) mais aussi le cas des œuvres de journaliste, le journaliste et l'entreprise de presse ayant des vocations distinctes à la propriété.

⁵⁷⁹ Pour des illustrations, Cf. infra n°377 et s., relatifs aux atténuations au modèle personnaliste, spéc. pour les propriétés partagées, le cas des journalistes n°391.

⁵⁸⁰ P. Gaudrat, « Les démêlés atemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », préc., p.71.

mal : plutôt bien, quand on a affaire à des œuvres traditionnelles (roman, théâtre, peinture, etc.) dont le marché et la rentabilité sont restreints, plutôt mal, et même très mal, quand on a affaire à des œuvres à forte valeur ajoutée et à diffusion mondiale, comme dans l'industrie audiovisuelle, phonographique, informatique... »⁵⁸¹. Maître Edelman explique la « révolution » que subit le droit d'auteur (il évoque alors la réforme de 1985⁵⁸², dont les effets ont été largement amplifiés depuis, et spécialement depuis la loi du 1^{er} août 2006⁵⁸³) par deux phénomènes : « la pénétration de toutes les œuvres – à un stade plus ou moins avancé – par une logique de marché ; (...) la montée en puissance des investissements »⁵⁸⁴. Maître Emmanuel Pierrat note ainsi : « même de ce côté-ci de l'Atlantique, le conflit classique entre copyright et droit d'auteur est dépassé. L'Europe se cale sur un modèle de plus en plus anti-« créateurs personnes physiques ». Il y a belle lurette que la France a instauré un droit des entreprises sur les logiciels et les inventions de leurs employés. De même, depuis 1985, en matière de droits des artistes-interprètes, les producteurs de « phonogrammes » comme de « vidéogrammes », et même les « organismes de communication audiovisuelle », disposent directement de droits de propriété intellectuelle. Le droit des bases de données, instauré en 1998, prévoit que le premier détenteur des droits est l'investisseur et non pas le concepteur. Quant aux contrats, ils sont parfois la négation même des principes chers aux concepteurs du droit d'auteur à la française (...). Et c'est ainsi que la violation du droit moral de l'auteur disparaît puisque celui-ci aura admis dans une clause imposée par avance telle ou telle amputations. Sans compter qu'en pratique seuls les créateurs de poids parviennent à négocier un contrat qui limite l'extension des droits cédés. Alors, le praticien sourit tristement quand il entend les derniers candides se draper, du haut de leur chaire ou à la tribune de telle assemblée parlementaire, dans les

⁵⁸¹ B. Edelman, *La propriété littéraire et artistique*, PUF, 1999, coll. Que sais-je ?, n°1388, p.65.

⁵⁸² V. également B. Edelman, *Droits d'auteur, Droits voisins*, Dalloz, 1993 où l'auteur analyse avec précision les débats législatifs et les rapports ayant précédé l'adoption de la loi du 3 juillet 1985. V. aussi dans le même sens, D. Bougerol, *La notion d'œuvre audiovisuelle*, Thèse Poitiers, 2006. V. aussi A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité préc.*, n°12, notant une « nette inflexion ». Contra F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, préc., n°33, qui considère que cette loi « laisse la plupart des dispositions et, sans doute, l'esprit intacts », citant également M. Lang, alors ministre de la Culture et A. Kéréver, « Un aspect de la loi du 3 juillet 1985 : la modernisation de la loi du 11 mars 1957 », RIDA 1/1986, p.69 : « dans l'ensemble, la nouvelle loi respecte pleinement l'orientation humaniste de la loi de 1957, conforme à la tradition française tout en tenant compte des nouvelles contraintes technologique ». Le professeur Pollaud-Dulian note toutefois : « certaines innovations se détachaient du droit d'auteur traditionnel : on vit apparaître des licences légales dans un système jusque-là fondé sur le principe du droit exclusif, mais il est vrai à propos de prérogatives impossibles à mettre en œuvre autrement ; les dispositions relatives aux contrats de production audiovisuelle et au contrat de commande pour la publicité semblaient davantage faites pour les producteurs que pour les auteurs ; l'introduction du logiciel (...) fit l'effet d'un corps étranger, qui contenait les éléments d'une subversion de la conception du droit d'auteur (...). Mais à cette occasion, le législateur, privilégiant nettement les intérêts de l'industrie, apporta des restrictions au droit commun, spécialement au statut de l'auteur salarié et au droit moral, et la jurisprudence se prit à déformer le critère de l'originalité (...). Enfin, le législateur venait reconnaître aux interprètes des droits intellectuels sur leurs prestations (...), même si ce statut de droits voisins, imbriqué dans un statut de droit du travail, est à la fois hybride, complexe, et pas entièrement satisfaisant » (n°34).

⁵⁸³ Pour une analyse critique de la loi, P. Gaudrat, « Le droit d'auteur au lendemain de la transposition : Titre 1^{er} de la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 », RTDcom. 2006, p.814.

⁵⁸⁴ B. Edelman, *La propriété littéraire et artistique*, préc., p.66.

supposés sacro-saints principes du droit d'auteur mis à la sauce de la diversité ou de l'exception culturelle »⁵⁸⁵.

La logique économique, la création d'entreprise conduisent ainsi à la remise en cause de l'individualisme du droit d'auteur, sur le modèle du droit de la propriété industrielle. L'organisation collective des créateurs nourrit également ce mouvement.

B. Organisation collective des créateurs

160. L'organisation collective consiste d'abord en droit d'auteur en la gestion collective des droits. Si la gestion collective ne consistait qu'à déléguer l'exercice d'une exclusivité à un organisme spécialement habilité dans un souci d'efficacité de l'exclusivité des droits individuels, elle ne conduirait à aucune remise en cause de l'exclusivité. C'est d'ailleurs le principe essentiel de la gestion collective en France. L'organisation collective va néanmoins plus loin par la défense des droits collectifs qui est revendiquée, y compris par les sociétés de gestion (1) et par la négociation de normes collectives dont le champ d'application a été élargi (2). Ces mécanismes contribuent à rapprocher le créateur du travailleur. Les relations sont désormais individuelles et collectives.

1. Défense collective des droits et défense d'intérêts collectifs

161. **Préambule.** Les sociétés de gestion collective ressemblent par certains aspects aux syndicats sans pour autant s'y confondre, la meilleure preuve en étant leur coexistence actuelle : l'une ne peut remplacer l'autre ; la profession ressent le besoin de l'existence de l'une et de l'autre. Certaines problématiques invitent à la comparaison théorique non pas pour prétendre à l'assimilation (ce qui n'est absolument pas possible) mais pour démontrer comment la logique propriétaire, qui est à l'origine uniquement centrée sur une appropriation individuelle par le créateur, glisse vers le modèle d'appropriation du travail à travers l'organisation collective.

162. **Représentation des membres par la société de gestion collective.** On peut noter que les premières sociétés de gestion et les syndicats sont nés à une même époque, les sociétés de gestion ayant même précédé la création des syndicats⁵⁸⁶. Les sociétés de gestion, qui assument la « gestion collective » des droits de leurs membres, n'ont pas le monopole de la représentation collective des intérêts de leurs membres puisqu'il existe des syndicats de créateurs. Pourtant, elles assument un rôle à la fois proche et distinct des syndicats et qui

⁵⁸⁵ E. Pierrat, *La guerre des copyrights*, Fayard, janv. 2006, p.65.

⁵⁸⁶ Création de la SACD en 1829, de la SGDL en 1838, de la SACEM en 1851. Création de la CGT en 1895.

pourraient parfois rappeler le rôle des anciennes chambres syndicales⁵⁸⁷. En effet, les sociétés de gestion défendent les intérêts individuels de leurs membres mais aussi leur intérêt collectif et l'intérêt de la profession. La nature de la représentation exercée par la société de gestion fait encore débat de nos jours. La société de gestion collective représente ses membres lorsqu'elle accorde une autorisation d'exploiter à un usager (encore que la qualification de mandataire ou de cessionnaire puisse varier selon les statuts de la société⁵⁸⁸), représente l'intérêt de ses membres lorsqu'elle siège au Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique ou représente l'intérêt de la profession lorsqu'elle intervient à une action en justice aux motifs que l'intérêt de la profession est en jeu⁵⁸⁹. Les interrogations mises en évidence en matière de droit du travail à propos de la définition de la représentation des salariés correspondent exactement à la problématique de la gestion collective : *« de quel type de représentation s'agit-il ? D'une représentation des sujets, celle qui permet de rendre un sujet de droit, représenté par un autre, partie à un acte juridique conclu en son nom et pour son compte (représentation du mandant par le mandataire, de l'incapable par son représentant légal, d'une personne morale par son président ou gérant) ? D'une représentation des intérêts, dans laquelle il s'agit moins d'engager autrui ou de le rendre créancier que d'agir dans son intérêt, de*

⁵⁸⁷ Cf. supra n°86.

⁵⁸⁸ Comp. l'article L.321-10 du CPI évoquant le mandat donné aux sociétés de gestion et les statuts des différentes sociétés de gestion évoquant d'une part des apports en numéraire, qui seuls font partie du capital social et donnent droit à parts sociales et, d'autre part, les apports des droits des adhérents, qui ne donnent pas droit à parts sociales : ceux de la Sacem évoquent respectivement en leurs articles 1 et 2 un apport en société des droits d'autoriser et d'interdire l'exécution ou la représentation public des œuvres des adhérents, dès leur création, ainsi que le droit de reproduction mécanique, ils prévoient spécifiquement une mission consistant à agir en justice pour défendre les droits apportés ; les statuts de la SPEDIDAM évoquent pareillement un apport en société, tout en indiquant qu'il y a seulement un mandat pour exercer des missions précises en cas de cessions de droits à des tiers intervenues avant l'adhésion ; les statuts de l'ADAMI évoquent eux à l'article 6 un apport en gérance des rémunérations dues aux artistes-interprètes et un apport en propriété des droits des artistes-interprètes

⁵⁸⁹ V. A. Richard, Rapport n°2235 du 26 juin 1984, lu, discuté et adopté les 28 et 29 juin 1984, relatif au projet de loi sur le droit d'auteur, disponible sur <http://archives.assemblee-nationale.fr/7/cr/1983-1984-ordinaire2/111.pdf>, justifiant de l'intérêt d'une intervention législative instaurant les principes généraux de la gestion collective par la pratique qui en est déjà faite et la nécessité d'une régulation : *« Ces rapports collectifs se traduisent par la constitution, dans plusieurs branches d'activités, de sociétés de perception et de répartition des droits, sociétés qui sont contestées, car elles portent dans leur nature même une sorte de contradiction avec l'individualisme et avec la volonté farouche d'autonomie des créateurs et des professions des œuvres de l'esprit. Mais dans un pays attaché, voire parfois lié à la protection publique et au refus de l'autonomie de l'individu, comme peut l'être la France, il faut bien voir — ce sera un sujet de réflexion que je proposerai à l'Assemblée — que ces sociétés, qui groupent librement les auteurs, les artistes, l'ensemble des professionnels des œuvres de l'esprit, pour défendre collectivement leurs droits et pour leur donner une capacité de négociation, une capacité de vérification, qu'ils ne pourraient en aucun cas avoir individuellement, sont en réalité le bras nécessaire d'une liberté qui, sans elles, resterait lettre morte. Quelle peut être d'ailleurs l'alternative ? Sinon une protection étatique ou un système encadré par les corporations ? A ce sujet, je demande à tous ceux qui mettent en cause ou qui brocardent avec un peu de légèreté ces organismes quelles seraient les solutions alternatives qui permettraient de valoriser et de cultiver la réelle liberté des créateurs »*. V. également L. Draï, *Le droit du travail intellectuel*, préc., n°274 et s., notamment concernant l'intérêt du contrat général de représentation.

*faire valoir ses points de vue ? Ou encore, à égale distance de ces deux types, de la représentation d'une collectivité, distincte de ses membres (et 'comme personnifiée'), à la manière de la représentation politique républicaine (celle du peuple par ses représentants pour l'exercice de la souveraineté nationale) ? Le débat paraît mineur, mais il est récurrent. Sans doute les deux types se combinent-ils. Les dispositifs juridiques dont nous entreprenons l'examen agencent, à tout le moins, des procédés de défenses des intérêts, qui constituent, avec le contrat de travail et la reconnaissance des pouvoirs patronaux, l'armature de l'ordonnancement juridique des relations de travail*⁵⁹⁰. On retrouve concernant les sociétés de gestion collective la même difficulté à définir la relation entre la société de gestion et ses membres (mandat ou cession), ce qui conduit parfois à reconnaître l'existence d'une fiducie⁵⁹¹, et renforce la difficulté à déterminer la nature de l'intérêt en cause : intérêt de la société, intérêt de ses membres, intérêt d'un de ses membres ou intérêt de la profession. Certes, la société de gestion a d'abord vocation à gérer les droits qui lui sont confiés pour le compte du créateur (et non pour son propre compte). Mais les sociétés de gestion assurent aussi la « *promotion des intérêts moraux des auteurs et la défense de leurs intérêts patrimoniaux* »⁵⁹². Or on peut, avec le Professeur Siirainen, juger essentiel de prendre en compte la « *dimension culturelle, professionnelle, voire sociale, de l'action des sociétés de gestion collective* »⁵⁹³. En effet, les sociétés de gestion « *poursuivent [aussi] un objectif de défense et de représentation professionnelle* » et ont une « *activité quasi-syndicale* »⁵⁹⁴ lorsqu'elles agissent en justice⁵⁹⁵, proposent des contrats-types, coopèrent avec les pouvoirs publics ou émettent

⁵⁹⁰ J. Pélessier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 22^e éd., coll. Précis Droit privé, 2004, n°531. V. également J. Pélessier, G. Auzéro et E. Dockès, *Droit du travail*, préc., n° 948 et sur l'action syndicale, n°995 et s. Pour l'analyse de cette question, V. F. Petit, *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, LGDJ, 2000, coll. Bibl. de dr. Privé, T.291, Préf. P. Rodière, en matière de droit du travail et F. Siirainen sur la nécessaire évolution du droit des sociétés de gestion, fasc. 1550, *Encyclopédie Juris-Classeur, Propriété littéraire et artistique*.

⁵⁹¹ F. Siirainen, Fasc. 1550, préc.

⁵⁹² Confédération internationale des sociétés d'auteurs et de compositeurs, Cisac, statuts, art. 5, i, cité in F. Siirainen, fasc. 1550, préc., n°9.

⁵⁹³ F. Siirainen, fasc. 1550, n°9.

⁵⁹⁴ F. Siirainen, fasc. 1550, n°4.

⁵⁹⁵ Comp. CPI, art. L.321-1, alinéa 2 et L.331-1 et Ctrav., art. L.2132-3. Syndicats et sociétés de gestion assument tout deux un rôle « judiciaire » : ils représentent leur intérêt propre, l'intérêt de la profession, et peuvent même impulser des actions pour défendre les intérêts individuels des salariés ou des artistes, même si le fondement de leur action n'est pas le même : action de substitution ou mandat pour le droit du travail (Ctrav., art. L.1134-2 et s. ; L.1154-2 ; L.1235-8) ; cession de droit pour les sociétés de gestion (pour un exemple ancien : Crim. 19 mars 1926 : Gaz. Pal. 1926, I. p.688). A noter, comme le salarié conserve le droit d'agir lui-même en justice ou de s'opposer à l'action en substitution, les auteurs et éditeurs qui ont adhéré à la SACEM n'en conservent pas moins l'exercice de leurs droits sur l'œuvre dont ils peuvent demander la protection, notamment par l'action en contrefaçon (Cass. Civ. 1^{re}, 24 février 1998 : D. 1998, p.471, note A. Françon).

des propositions de réforme législative ou réglementaire⁵⁹⁶. Il en est de même lorsqu'elles assument une mission de formation et d'information de leurs membres⁵⁹⁷ mais aussi du public⁵⁹⁸. Si l'on ajoute à cela le rôle culturel et social assumé par les sociétés de gestion⁵⁹⁹, on peut penser que loin de se limiter à la qualification de syndicat, société mutualiste ou coopérative, qui correspondent aux différents modèles de regroupements ouvriers recensés par Francine Soubiran-Paillet⁶⁰⁰, les sociétés de gestion assument l'ensemble de ces rôles à la fois, plus ou moins selon les sociétés de gestion, selon les secteurs artistiques, selon sa composition et la réunion ou non au sein de la société des créateurs et des exploitants, selon la date de création de la société ou selon sa relation, plus ou moins ténue ou évidente, avec un ou plusieurs syndicats de créateurs ou d'exploitants. Le Professeur Siirainen en vient à critiquer la « définition » de la société de gestion collective édictée par la directive n° 93/83/CEE relative à la radiodiffusion par câble et satellite. Considérer comme société de gestion collective « *tout organisme dont le seul but ou l'un des buts principaux consiste à gérer ou à administrer des droits d'auteur ou des droits voisins du droit d'auteur* »⁶⁰¹ n'est, selon lui, pas définir la notion, tant cette acception est large et pourrait correspondre à toute société gérant un portefeuille de droits exclusifs dans

⁵⁹⁶ Sur l'analyse du phénomène de la « loi négociée » en droit du travail qui s'appuie « sur un certain consensus ou du moins un compromis élaboré par les partenaires sociaux » (A. Mazeaud, *Droit du travail*, préc., n°291), V. M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective*, principe général du droit, LGDJ 1994, pref. M. Despax. V. aussi l'exemple de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, largement issue des discussions des partenaires sociaux, et notamment de la position commune adoptée le 16 juillet 2001 (relative au dialogue social) et de l'accord national interprofessionnel en date du 20 septembre 2003 (relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie) : V. l'introduction au projet de loi disponible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/12/projets/pl1233.asp> et l'accueil favorable d'une telle méthode législative par le Conseil constitutionnel : Décision n°2004-494 du 29 avril 2004 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr> ; où le Conseil constate que « si les dispositions critiquées rendent plus complexe l'articulation entre les différents accords collectifs, elles définissent de façon précise les rapports entre les différents niveaux de négociation ; qu'ainsi le législateur, qui a entendu se référer à la position commune adoptée par les partenaires sociaux le 16 juillet 2001, n'a pas méconnu les exigences d'intelligibilité et de clarté de la loi ». V. néanmoins les nuances apportées par le professeur Lyon-Caen qui évoque une loi de transposition : A. Lyon-Caen, « La révision du droit de la négociation collective, observations de méthode », in G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac et I. Vacarie (dir), *La négociation à l'heure des révisions*, Dalloz 2005, coll. thèmes et commentaires, actes du colloque du 11 juin 2004, p.1. On notera la prudence que l'auteur manifeste à l'égard de ce qu'il nomme la « négociation instituante ».

⁵⁹⁷ Syndicats et sociétés de gestion ont légalement un rôle de formation dans leur secteur réciproque. Comp. CPI, art. L.321-9 et Ctrav., art. L.2145-1 et s. (le rôle des syndicats en la matière est limité à la formation économique, sociale et syndicale, donc plus restreint).

⁵⁹⁸ V. les actions d'information relatives à la copie privée et au téléchargement.

⁵⁹⁹ Cf. infra n°164.

⁶⁰⁰ Cf. supra n°86.

⁶⁰¹ Directive n°93/83/CEE du Conseil en date du 27 septembre 1993 : JOCE n°L 248, 6 oct. 1993, p.15, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, art. 1, 4°.

l'audiovisuel, une agence de presse commercialisant des photographies ou un producteur gérant un répertoire de titres. Par ailleurs, la gestion des droits individuels reste certes la mission principale mais non exclusive des sociétés de gestion⁶⁰². Ainsi, la société de gestion joue un rôle culturel et social ou revendique, notamment pour agir en justice, la défense de l'intérêt collectif de la profession. Les redevances collectées ne sont pas alors redistribuées à l'auteur de l'œuvre exploitée mais utilisées pour financer des opérations culturelles, actions sociales ou un statut collectif en dehors de toute référence à la propriété. Le statut social et la solidarité collective ainsi mis en œuvre ne sont pas sans rappeler des institutions classiques du salariat (régime de protection sociale, organismes de prévoyance collective, rôle culturel et social du comité d'entreprise). Les sociétés de gestion pallient ici la logique individualiste propriétaire en assumant les actions de politique sociale assumées par les employeurs ou les institutions représentatives du personnel. La société de gestion regroupe donc une « communauté de travailleurs », qui n'est pas ici une « communauté de salariés » mais une communauté d'auteurs partageant le même art.

163. Amélioration de la protection sociale et redevances : exemple du droit de prêt en bibliothèque. L'amélioration de la protection sociale des auteurs est depuis longtemps apparue comme une nécessité. Déjà la loi n°75-1348 du 31 décembre 1975⁶⁰³ avait prévu que les régimes complémentaires de retraite spécifiques seraient mis en place selon des procédures inspirées par le paritarisme prévalant pour les salariés. La loi prévoyait donc déjà la négociation dans le cadre professionnel et interprofessionnel d'accords entre organisations représentatives des créateurs, d'une part, et des exploitants, d'autre part. M. Eckenspieller, rapporteur au Sénat pour le projet de loi relatif à la rémunération au titre du prêt en bibliothèque et renforçant la protection sociale des auteurs, note près de trente ans plus tard, que *« ces accords n'ont cependant jamais été conclus, dans la mesure où, comme le souligne l'étude d'impact, les personnes assurant l'exploitation des œuvres des artistes auteurs, en l'occurrence les éditeurs pour ce qui concerne les écrivains et les traducteurs, ont (...) refusé d'être assimilés à des employeurs ». Faute de tels accords et conformément aux dispositions de la loi du 31 décembre 1975 (...), les régimes de retraite complémentaire qui existaient antérieurement au 1^{er} janvier 1977 dans le cadre de l'assurance vieillesse des professions libérales sont demeurés applicables pour les artistes auteurs »*⁶⁰⁴. La loi n° 2003-517, en date du 18 juin 2003, relative au droit de prêt en

⁶⁰² Et l'objet principal de ces dernières.

⁶⁰³ Loi n°75-1348 du 31 décembre 1975, relative à la sécurité sociale des artistes, auteurs d'œuvres littéraires et dramatiques, musicales et chorégraphiques, audiovisuelles et cinématographiques, graphiques ou plastiques, codifiée en partie aux articles L.382-11 et L.382-13, abrogés par la loi du 18 juin 2003 relative à la rémunération au titre du prêt en bibliothèque et renforçant la protection sociale des auteurs

⁶⁰⁴ D. Eckenspieller, rapport préc. p.14.

bibliothèque et renforçant la protection sociale des auteurs a repris à son compte l'objectif d'améliorer les conditions sociales des créateurs. Elle met bien en évidence le souci de protection des créateurs par une garantie de rémunération⁶⁰⁵ et l'amélioration de la protection sociale des créateurs sur le modèle des travailleurs. Étant donné l'actualité de la problématique du droit de location et de prêt et le degré d'aboutissement de la réflexion en la matière, nous nous concentrerons sur l'analyse de ce dispositif pour illustrer notre propos. En effet, dès les premières lignes du premier rapport présenté au Sénat par M. Eckenspieller, au nom de la commission des Affaires culturelles, la problématique est posée en des termes non équivoques : *« la question du droit de prêt semble (...) avoir cristallisé les inquiétudes des uns et des autres, les auteurs craignant de voir leurs droits menacés, dans un contexte marqué par la multiplication de formes d'exploitation de leurs œuvres de moins en moins contrôlables⁶⁰⁶ et les bibliothécaires redoutant une remise en cause de l'effort de modernisation du réseau de la lecture publique. (...) S'il présente l'incontestable avantage de clore la polémique⁶⁰⁷, le dispositif proposé, complexe et relativement coûteux, s'avère fondé sur une logique de solidarité entre les auteurs très sensiblement éloignée des principes fondamentaux du droit de la propriété intellectuelle »⁶⁰⁸*. Le rapporteur exclut, pour être contestable, la solution radicale adoptée par l'Italie, l'Irlande et l'Espagne qui ont exempté du paiement de la rémunération au titre du droit

⁶⁰⁵ V. déjà les considérants introductifs à la directive 92/100/CEE du Conseil du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, abrogée et remplacée par la directive 2006/115/CEE, du même nom, émanant du Parlement européen et du Conseil et datée du 12 décembre 2006, spec. n°5 : *« la continuité du travail créateur et artistique des auteurs et artistes interprètes ou exécutants exige que ceux-ci perçoivent un revenu approprié et les investissements, en particulier ceux qu'exige la production de phonogrammes et de films, sont extrêmement élevés et aléatoires. Seule une protection juridique appropriée des titulaires de droits concernés permet de garantir efficacement la possibilité de percevoir ce revenu et d'amortir ces investissements »*.

⁶⁰⁶ Pour une présentation du sentiment d'injustice des auteurs, V. J.-M. Borzeix, *La question du droit de prêt en bibliothèque*, rapport pour Mme la Ministre de la Culture et de la Communication, juillet 1998, qui brosse notamment un tableau des différents systèmes mis en place à l'étranger et fait un bilan économique du secteur du livre et des bibliothèques, disponible sur www.culture.gouv.fr/culture/actual/communiq/borzeix.pdf, spec. p.37 : *« A propos du prêt dans les bibliothèques, le sentiment qui domine aujourd'hui parmi les auteurs est d'être exploités, sinon spoliés. Si la plupart saluent le magnifique travail que font les bibliothécaires pour mettre leurs œuvres à la disposition du public et les valoriser, beaucoup font remarquer que ces personnels ne sont pas bénévoles (en dehors des petits établissements ruraux et des bibliothèques privées ou associatives), mais payés sur fonds publics pour la tâche qu'ils effectuent. Pourquoi les auteurs auraient-ils vocation à être philanthropes ?, s'interrogent-ils. Ce sentiment d'injustice est accru quand il s'agit d'auteurs dont les livres sont épuisés, et ne se vendent donc plus en librairie, ne rapportent plus le moindre droit d'auteur et continuent de tourner en bibliothèque. 'c'est comme si j'étais tombé dans le domaine public de mon vivant', confie un écrivain à ce propos. »*

⁶⁰⁷ Devant l'Assemblée nationale, le projet de loi est présenté comme un « projet de paix culturelle » par le rapporteur de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, M.I Hamelin, le 19 mars 2003, disponible sur www.assemblee.nationale.fr/12/pdf/rapports/r0703.pdf

⁶⁰⁸ D. Eckenspieller, Rapport au nom de la commission des Affaires culturelles sur le projet de loi relatif à la rémunération au titre du prêt en bibliothèque et renforçant la protection sociale des auteurs, Sénat, session ordinaire de 2002-2003, annexe au procès verbal du 2 octobre 2002, p.4, disponible sur www.senat.fr/rap/l02-0011.pdf.

de prêt l'ensemble des bibliothèques publiques et préconise la mise en place d'une licence légale en ce que, même si elle constitue une dérogation au droit exclusif, elle permet d'assurer une rémunération aux auteurs, de mettre fin à « *la situation paradoxale où les bibliothèques, acteurs essentiels de la promotion du livre, ne respectaient pas les règles de la propriété intellectuelle, qui constituent la base du soutien à la création littéraire dans notre pays* » et d'appliquer un mécanisme qui a déjà été mis en place, notamment en matière de droit voisin, à propos de certaines utilisations des phonogrammes publiés à des fins de commerce. « *Au nom de l'intérêt que représente l'usage d'une œuvre, l'auteur est privé de son droit exclusif* » mais, paradoxalement, cette privation est aussi le moyen le plus efficace pour assurer une rémunération aux auteurs⁶⁰⁹. On remarquera que la rémunération est, contrairement à ce qu'avait proposé M. Borzeix⁶¹⁰, essentiellement assurée par l'État et les collectivités territoriales et non par les usagers⁶¹¹ et qu'elle sert d'une part au paiement des redevances d'auteur et d'autre part au financement de la retraite complémentaire des auteurs⁶¹², la situation des auteurs étant bien moins intéressante que celle des salariés en la matière. Il apparaît nécessaire en effet de remédier à la situation des écrivains et le régime s'adapte à l'attraction du salariat⁶¹³ : si les auteurs ne peuvent être salariés, au moins leur

⁶⁰⁹ A noter la remarque de J.-M. Borzeix, rapport préc., p.47 : « *le fondement de l'argumentation en faveur de l'exemption [de toute rémunération au titre du droit de prêt] repose sur le primat de la politique culturelle. Que celle-ci soit une priorité et un objectif majeurs, dans la droite ligne de vingt ans d'efforts persévérants, nul ne le conteste. Mais la protection de la propriété intellectuelle est tout autant l'une des pièces maîtresses de la politique culturelle française. De par sa nature même, elle englobe tous les champs de la création littéraire artistique, de par les traitements internationaux que la France a souscrits ou qu'elle a rejetés à une époque récente, elle est l'affirmation d'une 'certaine vision de la culture'. C'est dire combien une atteinte, même partielle, à un attribut du droit d'auteur risquerait d'être interprétée à l'extérieur de nos frontières comme un inflexible de la doctrine constamment soutenue par la France, au sein des différentes instances internationales compétentes, en faveur du plus haut niveau possible de protection de l'auteur et de ses ayants droit. On arrive là sur une frontière immatérielle où le débat sur le droit de prêt public, et une éventuelle brèche dans le droit d'auteur français, ne peut être dissocié des négociations nationales ou internationales, en cours ou à venir, où le droit positif français est mis sur la sellette.* »

⁶¹⁰ J.-M. Borzeix, rapport préc., p.50, qui préconise cette solution, sans pour autant opter pour le paiement à l'acte, notamment parce qu'elle permettrait de faire comprendre aux lecteurs que tout a un coût, même un livre et contribuerait ainsi à valoriser le livre.

⁶¹¹ CPI, art. L.133-3.

⁶¹² CPI, art. L.133-4.

⁶¹³ V. les termes évocateurs de J.-M. Borzeix, rapport préc., p.36 : « *Sait-on qu'aujourd'hui un écrivain ne vivant que de sa plume peut espérer obtenir une retraite de 5600F/mois à condition d'avoir cotisé toute sa carrière à l'AGESSA sur la base de ... 14000F/mois de droits d'auteur ? La misère de nombreux écrivains français existe toujours, malgré les progrès du salariat dans leurs rangs* ». Le salariat constitue un progrès social pour les écrivains et traducteurs qui y accèdent. Pour les autres, au moins le régime de sécurité sociale doit-il s'aligner sur le salariat plutôt que sur les professions libérales. M. Borzeix préconise donc la création d'un fonds de retraite complémentaire financé par la rémunération du droit de prêt. Selon le site internet du ministère de la culture, www.culture.gouv.fr/culture/dll/droit-prêt/retraite.html : « *Parmi les 20000 personnes percevant chaque année des droits d'auteurs pour leur activité littéraire, seuls 2282 exercent cette activité littéraire à titre principal ; il sont affiliés à l'AGESSA au titre du régime de base. (...) la population des écrivains et traducteurs de l'AGESSA se caractérise par (...) un faible nombre cotisants à la retraite (87) ; une très grande dispersion dans la répartition des revenus (23000€ en moyenne, mais 25% d'entre eux ont un revenu annuel inférieur à 7600€ et près de la moitié un revenu annuel inférieur au*

régime de protection sociale doit-il tendre à leur procurer les mêmes avantages. Dès 1975, le régime de protection sociale assimilait les auteurs à des salariés et les lacunes qu'il comportait en matière de retraite complémentaire, régulièrement dénoncées, sont finalement compensées en 2003 par l'affiliation des écrivains et traducteurs aux régimes d'assurance vieillesse des professions libérales⁶¹⁴. De leur côté, les sociétés de gestion, au-delà de leur rôle de la perception et répartition des redevances, mettent en place une certaine solidarité collective.

164. **La solidarité collective.** D'abord, selon l'article L.321-9 du Code de la propriété intellectuelle⁶¹⁵, les sociétés de gestion interviennent dans l'aide à la création, à la diffusion du spectacle vivant et à des actions de formation des artistes⁶¹⁶. Ensuite, elles peuvent aider leurs membres à faire face à certaines difficultés personnelles en mettant en place des régimes d'assurance collective ou des fonds d'aide mutuelle⁶¹⁷. Cette politique n'est pas sans soulever des questions de principe.

165. Certains estiment que les sociétés de gestion dépassent là le rôle qui leur est assigné ; d'autres estiment au contraire que ce rôle relève pleinement de leur fonction. En effet, même si le rôle collectif de la société de gestion est ici renforcé et dépasse l'intermédiation dans la

SMIC) ; 70% des écrivains affiliés à l'AGESSA pourront dans l'hypothèse d'une retraite à taux plein, percevoir tout au plus une retraite de 900€ par mois ».

⁶¹⁴ La loi 2003-517 profite du droit de prêt pour réformer sur ce point le statut des écrivains, en effet, comme le note le rapporteur au sénat, le coût de cotisation à un régime de retraite complémentaire des professions libérales est trop élevé pour des écrivains et traducteurs compte tenu de la faiblesse de leur rémunération. En 1990, l'inspection générale des affaires sociales avait préconisé le rattachement à un régime par répartition existant dans le cadre de l'assurance vieillesse des professions libérales, rapport cité in E. Hamelin, rapport préc., p.33. L'inspection générale de l'administration des affaires culturelles et l'inspection générale de l'administration des affaires sociales avaient déjà préconisé dans un rapport conjoint en juillet 2001 le rattachement des écrivains et traducteurs au régime d'assurance vieillesse complémentaire des auteurs et compositeurs dramatiques, dans la cadre de la caisse de retraite de l'enseignement, des arts appliqués, du sport et du tourisme, cité in D. Eckenspieller, rapport préc., p.15. C'est finalement l'IRCEC qui a été désigné par le décret du 27 mai 2004 relatif à l'assurance vieillesse des professions libérales.

⁶¹⁵ La loi du 3 juillet 1985, modifiée par la loi du 27 mars 1997, a d'abord permis de prélever une partie des sommes issues de la rémunération pour copie privée pour constituer un fonds d'aide à la création. Le Conseil d'État (CE, 8 déc. 2000 : CCE 2001, comm. n°15, obs. C. Caron) a entendu restreindre l'emploi de ces ressources à la seule aide à la création d'œuvres. La loi du 1^{er} août 2000 est donc venue étendre le champ d'action culturelle et sociale des sociétés de gestion. Les dispositions de cet article doivent néanmoins être entendues strictement. Le sénat, lors des discussions relatives à la loi DADVSI, a d'ailleurs essayé de mettre en place un article L.321-9-1, pour préciser le champ spécifique des aides allouées. La commission mixte y a renoncé.

⁶¹⁶ Pour une définition de ces actions, V. les décrets d'application, CPI, art. R.321-9. L'action culturelle des sociétés de gestion peut prendre différentes formes : distribution de prix et subventions aux créateurs ou organisateurs de spectacles, bourses d'écriture, aide à l'édition, à la traduction, promotion à l'étranger, etc.

⁶¹⁷ Pour illustration : V. art. 4-5 des statuts de l'ADAMI ; V. les activités du service des affaires sociales de la SACEM (gestion d'un fonds de prévoyance, d'un fonds de solidarité, d'une mutuelle, d'une association d'entraide reconnue d'utilité publique).

gestion individuelle, ce qui contribue, dans une certaine mesure, à diminuer le caractère exclusif du droit d'auteur, la société de gestion assume ici pleinement son rôle de mise en œuvre concrète du droit d'auteur et de garantie de rémunération, qui permet la rétribution des auteurs, l'amélioration de leurs conditions de travail et donc la survie de la création⁶¹⁸. La cour d'appel de Paris, le 18 janvier 2006, a estimé que le prélèvement sur les sommes perçues de fonds destinés au financement des actions de prévoyance, solidarité et entraide, conformément aux statuts de la société de gestion n'était pas illicite, dès lors que ces prélèvements entrent bien dans l'objet social de la société et profitent à tous les artistes associés ou non à la société⁶¹⁹. Il en est de même des sommes prélevées aux fins de financement des syndicats professionnels représentatifs dès lors que l'article R.321-9, I, b, admet au titre des aides à la création, les actions de défense, de promotion et d'information engagées dans l'intérêt des créateurs et de leurs œuvres, dont relèvent le financement des syndicats professionnels. Une telle solution analysée à l'aune d'un droit de propriété dont la seule gestion serait accordée à un mandataire ne paraît pas compatible avec l'idée d'exclusivité afférente à un tel droit, ce que défendait le SIA (syndicat indépendant des artistes-interprètes) qui critiquait une telle affectation des sommes irrégulièrement et notait que les statuts violaient les droits des artistes non associés qui n'avaient pas accepté les prélèvements finançant l'action sociale de la société⁶²⁰. On note bien ici toute l'ambiguïté de la « gestion collective » et le dépassement de la seule défense collective des droits individuels. D'ailleurs, les actions en justice menées par les sociétés de gestion peuvent être de deux ordres distincts : défense « collective » des droits individuels lorsque la société agit au nom et pour le compte d'un de ses membres ayant cédé ou apporté ses droits ; défense « individuelle » de l'intérêt collectif lorsque la société agit en son propre nom pour défendre son intérêt propre ou l'intérêt collectif de ses membres, voire de la profession.

166. **Défense de l'intérêt collectif.** Les sociétés de gestion n'ont pas qu'un rôle de cessionnaire ou de mandataire, permettant une exploitation rationalisée des droits des créateurs. La jurisprudence leur reconnaît⁶²¹ aussi un rôle de défense de l'intérêt de la

⁶¹⁸ Sur l'ambiguïté de la situation, V. F. Siirainen, fasc. n°1550, préc.

⁶¹⁹ CA Paris, 4^e chb. A, 18 janv. 2006 : CCE 2006, comm. n°63, obs. C. Caron ; JCP E 2007, I. 1114, n°10, obs. G. Kemje Bate Tazefack.

⁶²⁰ V. aussi CE 31 mars 2003 : CCE 2003, comm. n°58, note C. Caron. CA Paris 18 janvier 2006. C. Caron, retour réglementaire sur l'utilisation des sommes irrégulièrement, CCE 2001 comm. n°123.

⁶²¹ Pour des exemples, V. décision être et avoir. Comp. Cass. civ. 1^{re} 6 déc. 1966, D. 1967, p ; 383. Crim. 2 déc. 1964 : JCP G 1965, II 14070 et TA Paris 22 oct. 1986 : RIDA janv. 1987, p.273 TGI Paris 24 juin 1992 : RIDA janv. 1993, p.199. CA Paris 16 mai 1986 : RIDA oct. 1986, p.157 ; CAParis 28 mars 1994, RIDA oct.

profession, mission qu'elle partage avec les syndicats de créateurs. Là, elles ne représentent pas un intérêt individuel, donc se détachent définitivement de leur rôle de cessionnaires ou de mandataires. Elles ne représentent pas non plus leur intérêt propre car l'intérêt collectif de la profession est à la fois distinct de l'intérêt personnel de ces sociétés et de la somme des intérêts de leurs membres. Lorsqu'une société de gestion défend l'intérêt collectif de la profession, elle se présente en groupement susceptible de défendre un intérêt supérieur, ce qui la rapproche du rôle du syndicat, l'éloigne de l'exercice des prérogatives individuelles de ses membres et contribue à l'émergence d'une « communauté des créateurs » comme il existe une communauté de salariés au sein de l'entreprise ou une communauté de professionnels dans la branche. L'intérêt n'est plus ici la notion technique qui permet la reconnaissance de la personnalité juridique mais appelle à la transcendance des intérêts individuels. Le rôle de la société de gestion n'est plus la défense d'une exclusivité, l'exercice d'une propriété mais la défense d'un modèle d'appropriation. Tel est le cas lorsqu'une société de gestion collective agit en justice pour défendre l'intérêt de la profession et non la seule exclusivité d'exploitation d'une œuvre dont la gestion lui a été confiée par l'auteur⁶²². Par ailleurs, l'analyse de l'intérêt collectif en matière de droit du travail démontre que la notion d'intérêt collectif est étroitement liée au concept de pouvoir normatif. *« Lié à la personnalisation, l'intérêt a contribué à offrir une vie juridique aux groupements privés en les laissant accéder à la personnalité juridique sous la forme de la personne morale ordonnée à la protection de l'intérêt collectif. L'apparition de l'intérêt collectif sur la scène juridique traduit un changement de paradigme, un changement dans le mode de production du droit, sa collectivisation. L'émergence du groupement personne morale en tant qu'acteur juridique annonce un ordre*

1994, p.464 ; CA Paris 23 juin 1994 : RIDA janv. 1995 p.223 ; Tcorrect. Paris 24 janv. 1984 : RIDA juill. 1984, p ; 159 et 165.

⁶²² La société de gestion a, en cas d'apport de l'auteur, mission d'assurer mais aussi défendre l'exploitation de l'œuvre notamment par le droit (et l'obligation) d'agir en contrefaçon. Elle peut également agir aux côtés d'un auteur pour défendre le seul intérêt de la profession. Pour un exemple : TGI Paris, 20 déc. 2006, n° RG 05-10941 : www.legifrance.gouv.fr : « en application de l'article L.3121-1 du code de propriété intellectuelle la SAIF a qualité pour agir en justice pour la défense des droits dont elle a statutairement la charge; En l'espèce, c'est à juste titre que la SAIF se plaint de ce que les autorisations nécessaires n'ont pas été sollicitées préalablement à la réalisation du film portant ainsi préjudice aux intérêts collectif de la profession des peintres et illustrateurs dont elle défend les droits. Sur les mesures réparatrices Le tribunal estime que compte tenu de la nature du film en cause les dommages subis par M. X... et par la SAIF, gestionnaire de ses droits patrimoniaux, sont d'ordre symbolique. Ils seront donc réparés par l'octroi à chacun des demandeurs d'une somme de 1 euro. Il en va de même en ce qui concerne le préjudice subi par la SAIF du fait de l'atteinte à l'intérêt collectif des peintres et illustrateurs professionnels dont la SAIF défend les intérêts ». La réclamation de dommages-intérêts pour atteinte à l'intérêt collectif de la profession exige de démontrer un préjudice distinct et spécifique à la société de gestion : pour illustration de la difficulté : Cass. civ. 1^{re}, 12 mai 2011, n°10-10086. V. également exigeant de la cour d'appel qu'elle examine si, au-delà de l'admission du préjudice résultant de l'introduction de dvd contrefaisants sur le sol français, justifiant en soi l'action de la SDRM, l'intérêt collectif de la profession ne justifiait pas d'accueillir les actions d'autres sociétés de gestion et des organismes professionnels : Cass. crim., 5 juin 2007, n°06-87580.

*juridique collectif, « une diversité de groupements aux statuts variés, dont la seule et fondamentale caractéristique commune est d'obéir à une logique propre, différente de celle qui gouverne l'ordre individuel, distincte de celle qui guide l'ordre étatique »*⁶²³. L'ordre collectif se construit quand l'exercice des droits individuels est affecté par la satisfaction d'un intérêt collectif devant lequel s'incline la liberté individuelle. L'intérêt collectif est l'extériorisation de cette réalité juridique nouvelle, l'ordre collectif »⁶²⁴. La notion d'intérêt collectif agit ici comme catalyseur du changement de paradigme, de « l'invention du collectif »⁶²⁵, plus ou moins personnifié. Car « l'intérêt collectif de la collectivité professionnelle, à condition d'être dégagé comme catégorie juridique autonome, est susceptible de fonder le concept de pouvoir syndical. (...) si la jurisprudence réserve l'intérêt collectif aux seuls groupements de droit privé, celui-ci présente la particularité d'être distinct de leur intérêt personnel ; il y a dans cette catégorisation de l'intérêt collectif la condition de l'intérêt 'distinct' à la laquelle renvoie la définition du pouvoir »⁶²⁶. Ainsi, est reconnu un nouvel intérêt, un nouveau pouvoir, un nouvel acteur juridique : la profession, qui prend son autonomie et se manifeste par le biais de la représentation collective. Ce pouvoir fait valoir son point de vue, devant le législateur, en justice ou vis-à-vis des acteurs individuels. La reconnaissance jurisprudentielle de l'intérêt collectif défendu par les sociétés de gestion conduit à l'identification de cet intérêt, dont la société de gestion n'a d'ailleurs par l'apanage de la défense⁶²⁷. Le législateur a ensuite reconnu l'existence de cet intérêt, consacrant ainsi un « ordre juridique professionnel » au sein de l'ordre juridique, qui aboutit finalement à la reconnaissance d'un pouvoir normatif à la profession⁶²⁸. C'est donc par un schéma relativement identique à celui de l'autonomie collective représentée par les syndicats de salariés que l'autonomie collective des créateurs est reconnue. Ceci a conduit à la reconnaissance d'un véritable pouvoir de négociation collective. La négociation collective dépasse désormais le

⁶²³ L'auteur cite ici M. Hecquard-Theron, « de l'intérêt collectif », AJDA 1986, p.71.

⁶²⁴ S. Yannakourou, *L'État, l'autonomie collective et le travailleur, étude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale*, LGDJ 1995, coll. Bibl. dr. privé, T. 247, préf. A. Lyon-Caen, thèse, p.78.

⁶²⁵ Concept développé par Jacques Le Goff in J. Le Goff, *Du silence à la parole*, préc.

⁶²⁶ S. Yannakourou, préc., p.79

⁶²⁷ Pour illustration, Cass., crim., 5 juin 2007, n°06-87580, préc. V. également L. Draï, *Le droit du travail intellectuel*, préc., n°264 et s., spéc. n°281-282, considérant que les sociétés de gestion et les syndicats ont vocation à agir conjointement.

⁶²⁸ V. S. Yannakourou, thèse préc., p.91 : « L'intérêt collectif se trouve à la base de la création du concept d'autonomie collective en tant que pouvoir. Sa reconnaissance au moment de son intégration dans l'ordre légal entraîne celle de l'ordre juridique professionnel. L'intégration de l'intérêt collectif de la profession dans l'ordre étatique est l'histoire d'un dialogue entre le juge et le législateur'. La jurisprudence intervient à la suite du mutisme de la loi du 21 mars 1884 qui conférait aux syndicats le droit d'ester en justice pour défendre les intérêts professionnels sans en préciser la portée. Elle introduit une construction que le législateur de 1920 se contente de reprendre en l'état ». Le processus se poursuit par la reconnaissance au sein du Préambule de la Constitution de 1946 d'un droit des travailleurs à définir leurs conditions de travail, qui aboutira au droit à la négociation collective, dont la loi du 2 mai 2004 a réformé les mécanismes pour en amplifier les contours.

strict cadre du salariat. En effet, au-delà de la mise en place d'une relative représentation collective des auteurs par le fait de la gestion collective, on assiste à la réelle transposition en droit d'auteur d'un mécanisme propre au droit du travail et en dehors de toute hypothèse de salariat : la négociation collective des normes. Cette négociation collective constitue un pas décisif du droit de la propriété intellectuelle vers le modèle d'appropriation du travail, vers l'amoindrissement de l'exclusivisme personnaliste.

2. Négociation de normes collectives et autonomie collective

167. **Négociation collective et droit d'auteur.** Dans les secteurs artistiques, la négociation collective s'est d'abord concentrée sur la réglementation des conditions de travail et accessoirement sur la question des droits d'auteur ou droits voisins. Outil de la réglementation du statut salarié, elle n'a donc dans un premier temps que concerné les salariés dans leur statut de salariés. Les premiers accords qui se sont spécialement intéressés à la question des droits d'auteur ont été négociés dans un but « pacificateur », pour mettre fin au conflit entre journalistes et sociétés de presse employeur quant aux droits d'auteur dus pour l'exploitation numérique des œuvres publiées dans leurs journaux. Certaines sociétés de presse ont choisi la négociation collective pour juguler le flot d'actions en justice émanant des journalistes et visant à faire reconnaître la titularité des droits sur leurs œuvres au-delà de la première parution⁶²⁹. La dénonciation de l'inégalité des rapports de force au moment de la conclusion du contrat et la critique de l'interventionnisme législatif n'étant pas l'apanage des employeurs et spécialistes du droit du travail, c'est sur ces fondements que se dessine aujourd'hui un mouvement en faveur de la négociation collective en matière de propriété littéraire et artistique, en dehors même de tout contrat de travail. On notera toutefois que dans le secteur audiovisuel, c'est moins le refus de la concurrence par le coût de rémunération des auteurs que l'accès du public aux œuvres par les nouveaux modes d'exploitation électronique qui a été mis en exergue pour justifier le recours à la négociation collective⁶³⁰. Cet objectif met une fois encore en évidence le recul de l'exclusivisme en droit d'auteur. En effet, d'une part, la négociation collective d'un prix de cession, si elle n'exclut pas la qualification de cession limite

⁶²⁹ V. sur le sujet, L. Draï, *Le droit du travail intellectuel*, préc., n°301. Ces accords posaient toutefois des difficultés quant à leur légitimité et validité. Une réforme légale a mis fin au conflit. Cf. infra n°388 et s.

⁶³⁰ Les accords faisant l'objet du projet d'extension sont des accords relatifs aux nouveaux usages, et notamment au téléchargement à la demande : V. spécialement le préambule au protocole d'accord du 12 octobre 1999, conclu par la SACD, société de gestion représentant les intérêts des auteurs et compositeurs dramatiques, et la CSPEFF, l'UPF et le SPI, syndicats de producteurs, complété par les protocoles d'accord des 5 février 2002, 12 avril 2002 et 17 février 2004, étendu par arrêté du 15 février 2007, NOR : MCKK0700113A : disponible sur www.legifrance.gouv.fr.

toutefois les prérogatives du propriétaire ; d'autre part, cette négociation collective est la contrepartie de l'absence de maîtrise par le propriétaire originaire des utilités de la chose (au moins en fait). Si ces objections ont été rapidement soulevées au Sénat lors de l'adoption de l'amendement ayant pour effet de compléter l'article L.122-35⁶³¹, force est de constater que le dispositif n'a pas suscité le débat. Pourtant, l'adoption de ces normes collectives pose des questions théoriques importantes.

168. **Conditions de mise en œuvre.** Les thèses consacrées aux notions de représentation collective ou d'autonomie collective s'accordent à reconnaître que c'est la notion d'intérêt collectif qui est en premier lieu au cœur de la négociation collective. Aussi faut-il pouvoir déterminer que l'intérêt collectif existe⁶³² et qu'il est susceptible d'être représenté par des organisations suffisamment représentatives⁶³³. Toutefois, on note aussi l'importance de

⁶³¹ V. la réaction de M. le Sénateur Michel Charasse à la proposition d'amendement présentée par M. le sénateur Thiollière au nom de la commission, lors de la séance du 10 mai 2006 et approuvée par la Gouvernement, notant que le dispositif porte atteinte aux principes de libertés individuelles inhérent au droit de propriété et au droit des contrats ; et critiquant le principe de négociation d'accords collectifs entre producteurs et sociétés de gestion, plus intéressées par les frais de gestion qu'elles peuvent prélever que par la rémunération des auteurs qu'elles sont censées assurer : « *Le problème vient du fait que les sociétés de gestion ne signent pas d'accords de rémunération. Elles concluent des accords autorisant l'exploitation des droits dont elles ont la gestion, autrement dit des contrats de cession de droits. Ou bien c'est ce que veut dire M. le rapporteur, mais c'est mal exprimé, ou c'est bien ce que je lis et, dans ce cas-là, je ne vois pas comment ces sociétés pourraient faire, puisque, je le répète, elles ne signent pas d'accords de rémunération. Ce que l'on veut, me semble-t-il, c'est permettre d'étendre ces contrats à des exploitants qui ne les auraient pas signés, et à des droits dont les sociétés de droits ne seraient pas gestionnaires. Ce serait contraire à tous les principes du droit des contrats et du droit de propriété. J'ajoute que le texte proposé par la commission me paraît d'autant plus choquant que les droits visés par cet amendement - il s'agit par exemple, vous le savez sans doute comme moi, monsieur le ministre, des droits d'exploitation des oeuvres cinématographiques sous forme de vidéogrammes et des droits de vidéo à la demande pour l'audiovisuel - peuvent parfaitement faire l'objet d'une gestion individuelle directe. Cette gestion est à l'avantage des auteurs, qui peuvent négocier avec le producteur le taux de leur rémunération proportionnelle, qui perçoivent cette rémunération sans délai ni frais de gestion et qui peuvent par ailleurs, en application de l'article L.132-28, en contrôler le mode de calcul. Je ne souhaite pas qu'on me réponde que la gestion collective leur assure une rémunération plus importante : le protocole d'accord entre la SACD et les producteurs de cinéma pour la vidéo à la demande prévoit pour les auteurs une rémunération de 2 % ! Cela fait sûrement l'affaire des producteurs, mais à mon avis pas vraiment celle des auteurs. Mais peu importe aux sociétés de gestion collective : ce qu'elles veulent, c'est développer le montant de leurs perceptions et de leurs prélèvements au titre des frais de gestion* » : V. compte-rendu intégral des débats disponible sur <http://www.senat.fr/seances/s200605/s20060510/s20060510011.html>. Cet amendement, immédiatement adopté, n'a fait ensuite l'objet d'aucune discussion en commission mixte paritaire (V. compte-rendu des séances des 22 et 30 juin 2006 disponibles sur <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pil05-269.html>), et ce malgré la vivacité des débats ayant eu lieu à ces occasions.

⁶³² V. en ce sens, datant l'apparition du pouvoir d'autoréglementation à la reconnaissance par la loi et la jurisprudence de la notion d'intérêt collectif de la profession, c'est-à-dire en 1920, S. Yannakourou, préc., p.69

⁶³³ V. en ce sens, considérant que « *le droit à la négociation est un droit des salariés qui prend sa source dans le contrat de travail. Mais la négociation est, par définition, collective. Ces deux conditions sont également nécessaires. La notion d'intérêt collectif qui fonde le droit à la négociation collective comme droit d'action collective permet d'en faire la synthèse. Il fonde aussi la constitution des collectivités de négociation.* », M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ 1994, coll. Bibl. dr. soc., T. 27, préf. M. Despax, n°291.

l'habilitation, constitutionnelle, ou au moins législative, des organisations représentatives, reconnaissant leur autonomie collective et leur capacité à disposer collectivement des droits individuels des travailleurs. Ainsi, selon Mme Yannakourou, deux conditions sont nécessaires à la négociation collective : une condition objective, la disponibilité des droits des travailleurs, et une condition subjective, la légitimité des organisations syndicales. Concernant la disponibilité des droits, on note qu'il est des sujets exclus par nature du champ de la négociation collective du fait du caractère d'ordre public de certains droits dont le salarié ne peut pas disposer, et auxquels il ne peut pas même renoncer⁶³⁴, comme l'affiliation à la sécurité sociale, le droit de grève, la liberté syndicale, le statut protecteur des représentants du personnel, les *minima* de rémunération. Se posent en droit d'auteur le problème spécifique de la titularité des droits, dont l'auteur ne peut disposer *a priori*, contrairement au droit des brevets⁶³⁵, et celui du droit moral : l'auteur ne peut ni en disposer, ni y renoncer ; tout au plus, l'acceptation de certaines formes d'exploitation de l'œuvre emporte-t-elle des conséquences sur la forme de l'œuvre. Le contenu de la négociation collective ne peut donc porter ni sur la détermination de la titularité initiale du droit, ni sur des prérogatives relevant exclusivement du droit moral. La mise en place de la négociation collective en matière littéraire et artistique suppose donc, premièrement, de déterminer les dispositions qui, en droit d'auteur, sont d'ordre public absolu et celles qui sont supplétives de volonté et, deuxièmement, de déterminer quelle sera la hiérarchie des normes en la matière. La reconnaissance de la négociation collective s'est en effet accompagnée de la reconnaissance d'une hiérarchie des normes en droit du travail, à la fois spécifique et souple. D'une part, selon le principe de faveur, les normes inférieures ne peuvent déroger aux normes supérieures que dans un sens plus favorable au salarié, à moins que la norme supérieure n'en dispose autrement ; d'autre part, selon le principe de proximité, un accord d'entreprise peut déroger aux accords qui lui sont supérieurs, à moins que la loi ou l'accord supérieur n'en dispose autrement. En droit d'auteur, si la doctrine et la jurisprudence sont habituées à raisonner en termes d'ordre public de protection, expliquant ainsi que les dispositions du droit d'auteur n'aient vocation à s'appliquer que dans les rapports entre auteur et exploitant et qu'elles ne puissent être

⁶³⁴ V. J. Vacarie, « La renonciation du salarié », DS 1990, p.766.

⁶³⁵ Le droit de demander le brevet appartient à l'inventeur ou à son ayant cause. L'inventeur peut donc disposer du droit au titre. Tel n'est pas le cas de l'auteur puisque la titularité initiale des droits dépend du fait de la création, qu'elle soit individuelle ou plurale, à tel point que même la qualification des œuvres plurales, entre œuvre collective et œuvre de collaboration, dépend des conditions réelles de création et de l'indivisibilité de l'œuvre, objet de la création.

invoquées que par l'auteur⁶³⁶, il est difficile pour l'heure d'admettre l'existence de dispositions supplétives de volonté. Cela invite à s'interroger sur la notion d'ordre public en droit d'auteur et à s'interroger sur la transposabilité des mécanismes du droit du travail⁶³⁷. Ainsi, les normes issues de la négociation collective n'auraient vocation qu'à constituer un minimum de protection auquel les contrats individuels peuvent déroger dans un sens plus favorable aux auteurs. Ces normes devraient par ailleurs être conformes aux mécanismes légaux et ne sauraient y déroger. Par ailleurs, les normes collectives peuvent être d'application obligatoire, même pour les entreprises non membres des organisations signataires, lorsqu'elles ont fait l'objet d'une extension ou d'un élargissement⁶³⁸. Pour que ces normes puissent paraître légitimes, encore faut-il qu'elles bénéficient d'une certaine aura fondée sur la représentativité de leurs signataires⁶³⁹. Or, alors que le droit du travail a récemment redéfini les moyens d'évaluer la représentativité des organisations syndicales et la légitimité des accords en mettant en place le principe majoritaire⁶⁴⁰, le droit d'auteur qui fait nouvellement référence à de tels accords⁶⁴¹, ne définit pas les conditions de la représentativité, ce qui pose un véritable

⁶³⁶ V. réservant l'application des dispositions du droit d'auteur au rapport entre l'auteur et l'exploitant et excluant son application entre exploitants : Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1993, Perrier : Bull. n°284, préc., et Cass. com., 5 nov. 2002 : CCE 2003, comm. n°1, note C. Caron ; V. également, considérant que les dispositions du droit d'auteur ne peuvent être invoquées par l'exploitant contre l'auteur : Cass. civ. 1^{re}, 6 février 1973 : Bull. n° 47 : « *les dispositions de l'article 35 de la loi du 11 mars 1957 ont été prises dans le seul intérêt patrimonial des auteurs, (...) leur violation ne donne lieu qu'à une nullité relative* », confirmation par Cass. civ. 1^{re}, 13 fév. 2007 : Bull. n° 60 ; CCE 2007, comm. n°53, note C. Caron ; RTDCom. 2007, p.543, obs. F. Pollaud-Dulian. Pour des applications aux différentes dispositions relatives aux contrats d'exploitation : CA Paris, 20 déc. 1989 : D. 1990, IR, p.32 ; CA Aix-en-Provence, 4 mai 1980 : RIDA 1/1981, p.161 ; CA Paris, 17 juin 1976 : RTDCom. 1978, p.105, obs. H. Desbois ; TGI Paris, 25 mars 1972 : RIDA 2/1972, p.232.

⁶³⁷ V. N. Meyer, *L'ordre public en droit du travail : contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, LGDJ, 2006, Bibl. de droit privé, T.461, Préf. J. Pélissier, considérant que la notion d'ordre public social en droit du travail n'est pas spécifique à la matière et qu'elle a vocation à s'appliquer à l'ensemble du droit privé.

⁶³⁸ L'extension consiste à rendre une convention ou un accord collectif obligatoire pour toutes les entreprises d'une même branche par voie d'arrêté. A défaut d'extension, la convention ou l'accord ne s'imposent qu'aux entreprises membres d'une des organisations patronales signataires. En revanche, l'accord s'applique pour tous les salariés de l'entreprise, syndiqués ou non. L'élargissement consiste à rendre obligatoire dans une branche, par voie d'arrêté, une convention ou un accord conclu par les représentants d'une autre branche.

⁶³⁹ V. en ce sens, A. Mazeaud, préc., n°289 : l'auteur note qu'un tel modèle ne peut être viable que dans un pays où les partenaires sociaux sont puissants, représentatifs, structurés et collectivement autonomes, comme c'est le cas des pays nordiques, à forte tradition syndicale.

⁶⁴⁰ Loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social ; loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

⁶⁴¹ CPI, art. L.122-35.

problème de légitimité de ces accords. Plusieurs thèses en droit du travail⁶⁴² démontrent l'absence d'évidence de la représentativité des syndicats et l'absence d'achèvement du mécanisme de représentation dans les relations collectives, sans doute à la fois cause et conséquences des difficultés du syndicalisme français. On s'inquiétera d'autant plus pour le droit d'auteur. Les premiers accords signés par des syndicats de producteurs et la SACD qui ont été rendus obligatoires par l'arrêté d'extension du 15 février 2007⁶⁴³ posent ainsi des problèmes de légitimité⁶⁴⁴ : ils s'appliquent en effet pour l'ensemble de la profession, que le producteur soit syndiqué ou non, que l'auteur soit adhérent à la SACD ou non. Un tel dispositif, rendu possible depuis la loi DADVSI du 1^{er} août 2006⁶⁴⁵, a vocation à renouveler la pratique des contrats de production audiovisuelle quant à la négociation des taux de rémunérations des auteurs. On notera que le dispositif n'a d'effet protecteur que s'il constitue un minimum de rémunération. A défaut, il rend obligatoire un taux de rémunération négocié collectivement⁶⁴⁶, ce qui atteint encore une fois à l'exclusivité du droit d'auteur.

169. **Typologie des normes collectives mises en place.** On peut dénombrer désormais deux sortes de normes collectives ayant vocation à s'appliquer en matière littéraire et artistique : les normes collectives intervenant pour régler des questions relativement aux droits d'auteurs salariés - l'intervention d'une norme collective est donc justifiée par l'existence d'une relation de travail - et les normes collectives intervenant entre auteurs et exploitants en dehors de toute relation de travail. Un premier genre de normes collectives concerne les conventions et accords ayant vocation à régler les conditions de cession et d'exploitation des œuvres des salariés. Les premiers accords intervenus en la matière ont été signés avant la réforme

⁶⁴² F. Petit, *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, préc., ; S. Yannakourou, *L'État, l'autonomie collective et le travailleur, étude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale*, préc. ; M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, préc.

⁶⁴³ Arrêté du 15 février 2007 pris en application de l'article L.132-25 du Code de la propriété intellectuelle et portant extension du protocole d'accord du 12 octobre 1999, complété par les protocoles d'accord des 5 février 2002, 12 avril 2002 et 1^{er} février 2004, concernant la rémunération des auteurs d'œuvres cinématographiques et d'œuvres audiovisuelles, NOR : MCKK0700113A, JO du 16 mars 2007, disponible sur www.legifrance.gouv.fr avec le texte des accords.

⁶⁴⁴ Sur ces difficultés, cf. infra n°415.

⁶⁴⁵ CPI, art. L.132-25, al. 3.

⁶⁴⁶ L'arrêté précité rend obligatoires « pour toute entreprise du secteur de la production cinématographique et pour toute entreprise du secteur de la production audiovisuelle », les stipulations du protocole d'accord du 12 avril 1999 concernant la rémunération des auteurs d'œuvres cinématographiques et d'œuvres audiovisuelles en cas d'exploitation de ces œuvres par tout procédé de communication électronique permettant au public d'y avoir accès moyennant un prix individualisé, notamment en paiement à la séance et en vidéo à la demande. Aucune restriction au répertoire de la SACD ne figure donc dans l'arrêté d'extension, contrairement à ce qu'indiquaient les protocoles d'accords signés antérieurement à la loi DADVSI.

législative relative aux droits des journalistes issue de la loi HADOPI du 12 juin 2009⁶⁴⁷. Ils ont permis de mettre fin au conflit opposant les journalistes, présumés salariés, aux entreprises de presse concernant l'exploitation de leurs œuvres sur internet⁶⁴⁸. Laurent Draï, qui a consacré sa thèse au droit du travail intellectuel, notait à ce propos que « *même si l'accord cadre et les différents accords d'entreprise qui en sont issus procèdent plus du pragmatisme social que de la vérité juridique, la vertu pacifiste de la négociation collective ne doit pas être dépréciée pour autant. Le droit du travail et ses mécanismes apparaissent dès lors comme une bouée de sauvetage en ce qu'ils réinsèrent une plage de liberté dans les rapports entre les travailleurs intellectuels et leurs employeurs ou exploitants de leurs créations. La négociation collective permet de prévenir efficacement les procès judiciaires, souvent coûteux et destructeurs des liens entre les intéressés. Et même si des réserves sont émises par les parties aux différents accords, il n'en demeure pas moins que ceux-ci ont force de loi entre elles et qu'ils constituent une étape essentielle dans l'évolution de leurs rapports* »⁶⁴⁹. L'accord cristallisait en effet les thèses opposées des parties, chacune, employeurs-exploitants d'une part, journalistes-salariés d'autre part, estimant être titulaire des droits sur l'œuvre créée à l'occasion du contrat de travail. On remarquera d'ailleurs que les parties s'affranchissaient finalement de la problématique propriétaire pour s'accorder sur les conditions d'exploitation et de rémunération, laissant de côté la détermination de la titularité des droits⁶⁵⁰. La présomption de titularité des personnes morales permettait certes de sécuriser la situation vis-à-vis des contrefacteurs ; pouvait-elle néanmoins suffire à sécuriser la situation vis-à-vis des concurrents ou du journaliste⁶⁵¹ ? Au-delà des difficultés liées à la

⁶⁴⁷ Loi n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, dite HADOPI. Pour une analyse, cf. infra n°388 et s.

⁶⁴⁸ V. Accord cadre sur les droits d'auteur dans la presse quotidienne régionale, *Légipresse* n°167, déc. 1999, IV, p.150. V. aussi *Liaisons sociales*, 8 oct. 1999, fasc. « conventions collectives et accords ». Et les commentaires de E. Derieux, note sous CA Lyon, 9 déc. 1999 : JCP G 2000, II, 10280 et D. Becourt, « à propos de l'accord conclu entre la direction du Figaro et les journalistes » : *Gaz. Pal.* 11 et 12 août 2000, n°224 à 225, p.8. Comp. CCN des cabinets d'architectes du 1^{er} juin 1962, brochure JO n°3062 ; CCN des avocats du 2^a fév. 1979, brochure JO n°3078 ; CCN des journalistes du 1^{er} nov. 1976, brochure JO n°3136 ; CCN du notariat du 17 nov. 1989, brochure JO n°3134 ; CCN des professions de la photographie du 31 mars 2000, brochure JO n°3150.

⁶⁴⁹ L. Draï, *Le droit du travail intellectuel*, préc., n°301 et 302.

⁶⁵⁰ Comme nous l'avons déjà évoqué une des conditions de validité des accords collectifs est la disponibilité des droits : la titularité des droits étant d'ordre public, les organisations représentatives ne devraient pas pouvoir en disposer sans droit. D'où la nécessité de la réforme législative qui s'en est suivie : .

⁶⁵¹ D'abord, contrairement à M. Draï, nous nous demandons ce qu'il serait advenu si un journaliste salarié avait excipé de la non-conformité de l'accord à la loi pour recouvrer ses droits. Le journaliste aurait dû, s'il avait démontré la non-conformité de l'accord, être reconnu propriétaire des droits d'exploitation et pouvoir en disposer librement. Sans aller jusqu'à admettre que l'employeur puisse être reconnu contrefacteur, l'intention délictueuse faisant défaut, on aurait pu imaginer que l'auteur puisse négocier individuellement les conditions de rémunération de l'exploitation ou interdire toute exploitation ultérieure de l'œuvre. Comp. l'annulation de l'arrêté d'extension ou l'accord sur le temps de travail dans les hôtels, cafés, restaurants et les difficultés subséquentes.

titularité des droits, l'accord prévoyait des dispositions relatives aux conditions d'exploitation, dispositions qui relevaient clairement d'une transposition, en ce qui concerne les droits d'auteur des journalistes, des mécanismes classiques du droit du travail : l'accord collectif déterminait les conditions minimales garanties quant à la cession des droits d'auteur. Pour être conforme tant à l'esprit du droit d'auteur que du droit du travail, l'accord ne pouvait pas fixer le principe d'une cession mais simplement ses conditions : la conclusion d'un accord collectif ne dispense pas de la conclusion d'un contrat de travail ; la conclusion d'un contrat de travail entraîne l'application de la convention collective mais aussi la cession des droits d'auteur. Or la cession des droits portant sur l'œuvre ne peut être consentie que par l'auteur ou son ayant cause, qui ne peut être un syndicat non cessionnaire des droits, mais, tout au plus, la société de gestion à laquelle l'auteur a adhéré. Ici les signataires de l'accord avaient été au-delà des mécanismes du droit du travail, s'affranchissant de la logique propriétaire et du Code de la propriété intellectuelle. La loi est venue y remédier, mettant en place un mécanisme relativement complexe conciliant propriété individuelle et négociation collective des conditions de la cession à travers la mise en place d'une cession automatique et exclusive des droits du journaliste sur ses œuvres à son employeur. La négociation collective prend ici le relais de la négociation individuelle des conditions de la cession, comme cela avait été le cas concernant la rémunération des artistes-interprètes⁶⁵², premier exemple à illustrer la transposition en matière de propriété littéraire et artistique de la négociation collective, telle qu'elle est applicable en droit du travail. Les artistes-interprètes ont été les premiers concernés sans doute parce qu'en matière de droits voisins, la logique propriétaire est moins affermie⁶⁵³ et parce que la logique de droit du travail y est au contraire plus prégnante⁶⁵⁴. Par ailleurs, se mettent en place aujourd'hui des normes collectives en dehors de toute relation de travail. La loi du 1^{er} août 2006 a ainsi institué au profit du ministre de la culture le pouvoir d'étendre des normes collectives relatives à la rémunération des auteurs en cas de contrat de production audiovisuelle. Le premier arrêté pris en application de l'article L.122-35 du Code de la propriété intellectuelle institue un pourcentage de rémunération au profit des auteurs due au titre de l'exploitation de leurs œuvres cinématographiques ou audiovisuelles par tous moyens

⁶⁵² Pour exemple : CCN des actes et acteurs de complément dans la production cinématographique, brochure JO n°3048.

⁶⁵³ Le droit voisin est moins pensé en termes de droit de propriété exclusif et opposable à tous qu'en terme de droit à rémunération, ce qui est sans doute lié à la reconnaissance tardive de ce droit, dégagée de la dialectique du XVIII^e siècle (V. travaux parlementaires). L'exclusivité accordée à l'artiste-interprète est donc limitée par les nécessités de l'exploitation.

⁶⁵⁴ Ce qui s'explique par la superposition quasi systématique des statuts, contrairement à l'auteur, dont la figure classique est l'auteur individuel et indépendant.

de télécommunication permettant au public d'accéder à une œuvre individualisée moyennant un prix individualisé, notamment par *pay per view* ou vidéo à la demande. On voit ici de réelles similitudes avec les accords collectifs de droit du travail, qui ont vocation à régir une question particulière relative aux conditions de travail des salariés, plus précisément que ne le fait la loi ou la convention collective. Ici, les accords mettent en place un taux de rémunération pour un mode d'exploitation spécifique, appliquant ainsi les prescriptions légales de rémunération proportionnelle à mettre en place pour chaque mode d'exploitation. On remarquera toutefois que contrairement aux conventions collectives de travail, ces conventions ne semblent pas constituer un minimum de protection auquel le contrat peut déroger dans un sens plus favorable. En revanche, contrairement aux licences collectives étendues qui ont cours dans d'autres pays⁶⁵⁵, ces accords collectifs déterminent les conditions d'exécution d'un accord conclu entre un auteur et un producteur, sans intervention de quelque société de gestion que ce soit. On se trouve donc bien dans une situation comparable au droit du travail – un contrat conclu entre deux particuliers voit certaines de ses dispositions régies par les dispositions d'un accord collectif qui lui est supérieur et auquel il doit être conforme – et non aux licences collectives – l'auteur conclut un contrat de cession ou de mandat avec une société de gestion qui autorise un exploitant à exploiter l'ensemble des œuvres de son répertoire, voire d'œuvres qui ne relèvent pas de son répertoire – qui sont collectives parce qu'elles confèrent à l'exploitant le droit d'exploiter les œuvres de nombreux auteurs à des conditions identiques et sans distinction des auteurs et des œuvres mais qui ne laissent plus la place à un contrat individuel entre l'exploitant et l'auteur. Ces licences collectives étendues vont au-delà des mécanismes du droit du travail et remettent d'autant plus en cause l'exclusivisme du droit d'auteur qu'elles s'appliquent en dehors de la conclusion d'un contrat individuel entre l'auteur

⁶⁵⁵ Pour exemple, V. la loi danoise sur le droit d'auteur, n°395 du 14 juin 1995, art. 50 à 52, concernant les dispositions communes relatives aux licences collectives élargies et les articles 13, 14, 17.3 et 30 relatifs aux cas où ces licences ont vocation à être conclues. V. Copyright Act finlandais, n°404/1961 du 8 juillet 1961, tel que modifié le 1^{er} janvier 1996, art. 25h, disponibles sur la collection de lois accessible en ligne (clea) de l'OMPI. V. aussi la brochure de présentation, en français, rédigée par des représentants du gouvernement finlandais, « la licence collective étendue. La solution nordique aux difficiles questions du droit d'auteur », disponible sur www.kopinor.org. V. la présentation faite par F. Siirainen, « théorie générale de la gestion collective, dimension d'intérêt général et régulation de la gestion collective », fascicule 1552, 2006, n°21 et s. : « Dénommées également 'clauses d'extension de la gestion collective', ces licences constituent une solution ancienne dans les pays nordiques. (...) les accords collectifs étendus, à la manière des conventions collectives du travail, permettent un exercice contractuel des droits, en même temps qu'ils posent une sérieuse entorse au principe de la relativité des conventions. Le mécanisme en est simple : un contrat est conclu entre une société de gestion collective et un ou plusieurs usagers, relativement à l'utilisation d'une certaine catégorie d'œuvres. La loi prévoit que les usagers désireux d'utiliser des œuvres de la même catégorie, mais dont les auteurs ne sont pas membres de la société contractante, le peuvent aux conditions définies dans le contrat conclu par la société de gestion. Le contrat pose l'ensemble des conditions d'utilisation des œuvres, y compris la rémunération due. La loi détermine également la forme du contrat, les types d'œuvres couverts, ou encore le régime de revendication des droits ».

et l'exploitant de l'œuvre et qu'elles sont opposables aux auteurs non adhérents à la société de gestion, à moins qu'ils n'aient exercé leur droit de veto et qu'ils l'aient adressé soit directement à l'utilisateur soit par l'intermédiaire de la société de gestion⁶⁵⁶. Le droit de veto est en principe ouvert aux membres des sociétés de gestions signataires⁶⁵⁷. L'OMPI a considéré que « *ce système contient nécessairement des éléments d'un système de licence non volontaire et par conséquent il semble qu'il ne soit envisageable selon la convention de Berne ou de Rome que dans les cas où les licences non volontaires sont autorisées* »⁶⁵⁸. Ces licences collectives étendues se distinguent de la gestion collective obligatoire, mise en place en France dans les secteurs les plus concernés par les licences collectives étendues (reprographie de documents imprimés, radiodiffusion terrestre et par satellite, retransmission par câble ou voie hertzienne, exception d'enseignement et de recherche, exception en faveur des handicapés) et qui contredit elle aussi clairement le caractère exclusif des droits de propriété littéraire et artistique mais s'en rapprochent aussi par certains aspects : les licences sont, selon les cas, d'origine légales ou collectives mais s'imposent aux auteurs membres ou non membres des sociétés de gestion ; elles visent à la fois à assurer une rémunération aux auteurs et sécuriser les usages de l'œuvre que les auteurs ne peuvent contrôler en pratique ; les licences collectives étendues sont plus souples que les licences légales en ce que les auteurs peuvent s'opposer à ce que leurs œuvres soient exploitées selon ce mécanisme, ce qui n'est pas le cas des licences légales ; une licence collective étendue doit être conclue entre la société de gestion et chacun des utilisateurs des œuvres. Ainsi, transformés en droit à rémunération⁶⁵⁹, les droits sur la création tendent à se rapprocher des droits portant sur le travail. De manière générale, on peut noter avec le Professeur Siirainen qu'« *en entrant dans une personne morale, l'auteur ou le titulaire de droits voisins intègre une collectivité, un ordre collectif, dont la personnalité affecte ses droits individuels. La personne morale manifeste en effet théoriquement une volonté autonome qui est distincte de celle de chacun de ses membres pris individuellement. C'est pourquoi, alors même que la gestion collective est souvent qualifiée d' 'autogestion', il est possible de se*

⁶⁵⁶ Comp. le caractère supplétif de ces licences étendues et celui du contrat collectif du travail à ses premières heures : le contrat collectif de travail était négocié collectivement mais il y avait toujours possibilité pour le syndiqué ou le non syndiqué de conclure un contrat individuel de travail dont les clauses dérogeaient au contrat collectif. V. F. Babinet, « dit et non-dit du texte : rapports sociaux et portée juridique de la loi du 21 mars 1884 », in *Convergences, Etudes Marcel David*, Calligrammes 1991, p.19, spec. p.37. ; R. Morel, « les conventions collectives de travail et la loi du 25 mars 1919 », RTDCiv. 1919, p.417.

⁶⁵⁷ Le professeur Siirainen en déduit que les licences collectives étendues ne portent pas atteinte au caractère exclusif des droits et ne sont qu'un moyen d'exercer collectivement le droit exclusif, dont la nature est préservée par le droit de veto. V. F. Siirainen, préc., fasc. 1552, n°22.

⁶⁵⁸ Rapport Fisor, *Gestion collective du droit d'auteur et droits voisins*, rapport présenté par le Bureau International de l'OMPI, OMPI, publié in *Droit d'auteur* 1989, p.327, cité in Siirainen, préc., n°22.

⁶⁵⁹ V. C. Doutrelepon, rapp. Général, Actes XLIIe congrès ALAI, p.495.

demander si la gestion collective ne vide pas d'une partie de son contenu sa propre cause d'existence, c'est-à-dire le droit exclusif de l'auteur ou du titulaire de droits voisins. Ce dernier risque de mal s'accommoder de l'intérêt commun des associés ou de l'intérêt social. La gestion collective peut ainsi notamment malmener le caractère personnel du droit d'auteur »⁶⁶⁰. Et le Professeur de conclure à l'existence de droits collectifs par nature⁶⁶¹. Ainsi, qu'elle transpose des mécanismes applicables en droit du travail ou s'en distingue fortement, la gestion collective contribue surtout à rapprocher le traitement juridique du travail et de la création, puisqu'elle participe du recul de l'exclusivité. Mais, au-delà des aménagements à l'exclusivité de l'auteur opérés par la gestion collective, c'est le principe même de l'analyse propriétaire qui est parfois contesté.

§ 2. CRITIQUE DE L'APPROPRIATION PERSONNELLE

170. Le droit d'auteur (A) et le droit des brevets (B) font l'objet de critique, la légitimité et l'efficacité de l'appropriation engendrée étant contestées.

A. Critique de la référence à la propriété en droit d'auteur

171. L'exclusivité connaît des limites internes mises en place par le législateur par le biais d'exceptions ou de licences légales (1), parfois obtenues par des lobbies qui remettent en cause l'hégémonie de la propriété intellectuelle. La multiplication des exceptions pourrait *a priori* laisser accroire à un affaiblissement de l'exclusivisme propriétaire. D'autres évolutions concomitantes du droit d'auteur contredisent toutefois cette tendance. Les critiques adressées au droit d'auteur prennent au contraire l'allure de limites externes lorsque les contrats ou les pratiques sont employés comme alternative ou limite à la propriété (2).

1. Limites internes à l'exclusivité : exceptions et licences légales

172. **Le recul de l'exclusivité.** Alors que l'exclusivisme semble globalement augmenter et que le Conseil constitutionnel consacre finalement le droit d'auteur comme un droit de propriété⁶⁶², le droit d'auteur voit le nombre des dérogations à l'exclusivité augmenter. Si

⁶⁶⁰ F. Siirainen, « Théorie générale de la gestion collective, aménagement du caractère exclusif des droits par la gestion collective », J-Cl Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1551, 2006, n°1.

⁶⁶¹ V. F. Siirainen, préc., n°31 et 32.

⁶⁶² Cons. Constit. 27 juill. 2006, déc. n° 2006-540 DC, Loi 2006-961 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information : « *Considérant que les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que, parmi ces derniers, figurent les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins* ».

l'Assemblée n'a fait qu'évoquer l'hypothèse de la « licence globale »⁶⁶³, le Parlement a néanmoins consacré différentes hypothèses de licences légales, qui autorisent l'exploitation mais accordent en contrepartie une rémunération, comme c'est le cas pour les exploitations à des fins d'enseignement et de recherche et pour les exploitations d'œuvres d'art graphique, plastique ou architectural par voie de presse, lorsque l'exploitation n'est pas strictement proportionnée au but d'information immédiate poursuivi ou pas en relation avec l'information⁶⁶⁴. La loi DADVSI a aussi multiplié les exceptions au droit d'auteur, exceptions

⁶⁶³ Et encore, Comp. l'amendement proposé (amendement n° 153 et 154, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/amendements/1206/120600153.asp> et <http://www.assemblee-nationale.fr/12/amendements/1206/120600154.asp>) et la licence globale telle qu'elle est promue par ses défenseurs (pour des informations et références : http://fr.wikipedia.org/wiki/Licence_globale, qui propose notamment des liens vers le site de l'Alliance-Public-Artists http://alliance.bugieweb.com/pages/2_1.html, le rapport de l'UFC-Que Choisir ? <http://alliance.bugieweb.com/usr/Documents/EtudeImpactUFC-QC-mai2005.pdf> et la cartographie de la controverse par les étudiants de Sciences po http://medialab.sciences-po.fr/controversies/2011/ecole_com/licence_globale/). V. également C. Bernault et A. Lebois, sous la direction d'A. Lucas, *Peer-to-Peer et propriété littéraire et artistique, étude de faisabilité sur un système de compensation pour l'échange des œuvres sur internet*, juin 2005, disponible sur <http://alliance.bugieweb.com/usr/Documents/RapportUniversiteNantes-juin2005.pdf>.

⁶⁶⁴ V. CPI, art. L.122-5, 3°, e) et 9°. Il existait déjà une hypothèse de licence légale en faveur du droit de prêt en bibliothèque, consacrée à l'article L.133-1 du Code de la propriété intellectuelle depuis la loi du 18 juin 2003, transposant la directive droit de prêt et de location. La rémunération pour copie privée pourrait s'analyser en une licence légale mais la qualification mérite alors quelques explications. Les travaux préparatoires de la loi de 1985 font état des pertes subies par les auteurs du fait du développement de la copie privée et de l'impossibilité de contrôler ces exploitations. Ainsi, dès cette époque, on admettait qu'un simple acte de réception, dès lors qu'il se soldait par une reproduction, relevait du droit exclusif d'exploitation, et qu'une exception ne devait pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Dès lors que de tels troubles étaient constatés, l'exception devait être compensée, par exemple par la perception d'une taxe sur les supports vierges, les redevances ayant vocation à compenser ces troubles sont donc partagées entre auteurs et exploitants. V. les rapports de M. Jolibois et celui de M. Richard. Néanmoins, l'exception de copie privée est en effet qualifiée soit d'exception au droit d'auteur, soit de limite au droit d'auteur : Comp. A. et H. J. Lucas, *Traité* et P. Gaudrat et F. Sardain, « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur », CCE 2005, étude 17. V. aussi M. Vivant, « les exceptions nouvelles au lendemain de la loi du 1^{er} août 2006 », préc., qui semblent admettre la distinction des exceptions et des limites. Selon MM. Gaudrat et Sardain, la copie privée est moins une exception qu'une limite au droit d'auteur dans la mesure où le droit exclusif d'exploitation ne porte que sur la communication de l'œuvre au public. La copie privée ne relève donc pas du droit exclusif d'exploitation simplement car elle ne réalise aucune communication au public. Or, si la copie privée ne relève pas même du droit d'auteur, il ne saurait y avoir de licence légale : l'auteur ne peut pas interdire la copie privée car cet acte ne relève pas de son droit d'exploitation ; la loi n'impose pas une licence à l'auteur mais définit le contenu de son droit d'exploitation. La rémunération pour copie privée n'a donc pas de cause et n'a pas lieu d'être. A moins que cette rémunération ne vise qu'à compenser les copies qui relèvent d'une exploitation, notamment les copies pour autrui, notamment une personne qui n'est pas membre du cercle de famille. Pourtant, l'assiette de la rémunération ne tient pas compte de cette distinction (il est vrai que l'assiette de la rémunération – les supports vierges – conduit à taxer même les supports utilisés afin de reproduire les œuvres dont le copiste est l'auteur ou des informations qui n'accèdent même pas à la protection. Pour une critique, V. P. Gaudrat, « Propriété littéraire et artistique », préc., T. II, n°290 et s.

qui permettent l'exploitation de l'œuvre sans autorisation, ni compensation financière. Ainsi, le droit d'auteur voit son étendue limitée et se transforme parfois en simple droit à rémunération. Si l'intérêt général ou l'intérêt du public est avancé pour justifier exceptions et licences légales, cet intérêt n'est pas toujours présent, ni exclusif d'une exploitation commerciale. Tel est le cas notamment de la licence légale accordée en cas d'exploitation des œuvres d'art ou architecturales par voie de presse à des fins d'information immédiate. Tel est aussi le cas de l'exploitation sous forme de revue de presse, de parodie, pastiche ou caricature, ou de la reproduction dans les catalogues de vente judiciaire. Enfin, la loi DADVSI a été l'occasion de mettre en place une nouvelle cession automatique des droits d'auteur, cette fois au profit de l'administration dont l'agent a créé une œuvre dans l'exercice de ses fonctions⁶⁶⁵. Cette cession automatique est limitée aux strictes nécessités du service public mais implique une perte de contrôle par l'auteur de l'exploitation de son œuvre. Cette perte de contrôle vaut non seulement en ce qui concerne les modalités d'exploitation, dès lors qu'elles relèvent de l'exécution des missions de service public, mais aussi en ce qui concerne la détermination de la forme de l'œuvre, de l'achèvement de l'œuvre et de l'aptitude de l'œuvre à la communication au public, puisque l'auteur ne peut s'opposer à la modification de l'œuvre et peut être contraint à la divulgation, ou se voir interdire l'exercice de son droit de divulgation, de retrait ou de repentir.

2. Limites contractuelles à l'exclusivité : mouvements « libres »

173. **Le renforcement de l'exclusivité.** L'évolution du droit d'auteur français conduit à une progression du champ de l'appropriation due à la conjugaison des quatre facteurs mis en évidence par le Professeur Mackaay⁶⁶⁶ à propos du droit américain : augmentation du champ de la protection, notamment avec l'admission d'objets non esthétiques et la multiplication des

⁶⁶⁵ V. déjà la cession automatique au profit de l'employeur d'un auteur de logiciel (CPI, art. L.113-9) ; V. aussi la présomption de cession du droit exclusif d'exploitation au producteur et la paralysie du droit moral des coauteurs d'une œuvre audiovisuelle en cas de production de l'œuvre audiovisuelle (CPI, art. L.132-24 et L.121-5). V., pour les agents publics, CPI, art. L.131-3-1 et s. et L.121-7-1. Pour de plus amples développements, cf. infra n°393 et s.

⁶⁶⁶ V. notamment E. Mackaay, « La propriété intellectuelle et l'innovation – Analyse économique du droit », in *Droit & Patrimoine*, Dossier Propriétés intellectuelles : le droit favorise-t-il l'innovation ?, actes du colloque de Sciences Po du 22 mai 2003 (sic), octobre 2003, p.59, spéc. p.62. V. aussi E. Mackaay, « L'économie des droits de propriété émergents sur l'Internet », in *Cahiers de propriété intellectuelle*, 1997, 9/3, p.281, disponible sur <http://www.robic.ca/cpi/Cahiers/09-2/04MackaayW97.htm> ; E. Mackaay, « On property rights and their modification », in F. P. Ellen, *Property rights and Eminent Domain*, Transaction Books, 1987, p.245, disponible sur <https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/88/1/0043.pdf> ; E. Mackaay, « The economics of intellectual property rights in civil law systems », disponible sur <https://depot.erudit.org>.

droits voisins⁶⁶⁷, comme les logiciels ; diminution du niveau d'exigence pour l'accès à la protection du fait d'une conception de plus en plus large de l'originalité, qui pourrait facilement osciller entre notion à géométrie variable, approche objective ou critère superfétatoire⁶⁶⁸ ; augmentation européenne de la durée de la protection et augmentation des actes réservés, la jurisprudence et la loi DADVSI s'accordant à consacrer une conception large de l'exploitation et une conception restreinte des exceptions⁶⁶⁹. Le droit d'auteur continental n'échappe donc pas à la critique de l'augmentation du champ de l'appropriation au détriment du domaine public⁶⁷⁰. Ceci n'est probablement pas sans lien avec l'admission des créations non exclusivement esthétiques, qui exige une protection contre la concurrence conduisant à un renforcement de la protection⁶⁷¹. Ainsi, le droit d'auteur du logiciel est-il un droit spécial au sein du droit commun, spécifiquement adapté à l'œuvre de l'esprit toute particulière qu'est le

⁶⁶⁷ Pour une approche critique, V. P. Gaudrat, « Propriété littéraire et artistique », préc., T. II, n°207 et s. et pour une dénonciation du rent-seeking à propos de la rémunération pour copie privée, V. spec. n°294.

⁶⁶⁸ Ceci conduit même les praticiens à poser une présomption d'originalité. V. en ce sens, G. Vercken, « L'originalité vue par la pratique : vers une reconnaissance de présomptions généralisées d'originalité » LPA 2007, n° 244, p. 17 ; V. aussi la pratique des sociétés de gestion collective, notamment la SACD, qui évalue la créativité de l'œuvre en fonction des formats et non de l'originalité. V. encore la pratique de la réunion des musées nationaux considérant que toute photographie d'œuvres d'art est en soi une œuvre originale susceptible d'être protégée. Une telle analyse qui sécurise certes la relation (le praticien préfère ici conclure un contrat inutile plutôt que prendre des risques liés à l'incertitude de la qualification qui dépend de l'interprétation judiciaire de l'originalité) ne devrait pas emporter de conséquence pour le juge qui lui détermine si l'œuvre est ou non originale : Pour une illustration, à propos des photographies, dont l'originalité a toujours posé question : CA Toulouse, 2e ch, 30 mai 2012 : RLDI 2012, act. n°2818, obs. M. Trézeguet. V. en sens contraire : CA Paris, 22 juin 2009 : JCP E 2010, 1691, n°3, obs. M.-E. Laporte-Legeais, qui observe que « *que cette reconnaissance globale de l'originalité des photographies entre en contradiction, d'une part, avec le caractère restrictif de la propriété intellectuelle limitée à certains objets répondant à des critères précis et, d'autre part, avec le principe de non-discrimination des œuvres selon leur genre* ».

⁶⁶⁹ V. notamment la jurisprudence appliquant le triple test à l'exception de copie privée et validant l'insertion d'une mesure technique de protection : Cass., civ. 1^{re}, 28 fév. 2006 : Bull. n° 126 ; JCP G 2006, II, 10084, note A. Lucas ; RTDcom. 2006, p.370, obs. F. Pollaud-Dulian. Depuis la loi DADVSI, le triple test figure à l'avant-dernier alinéa de l'article L.122-5 du Code de la propriété intellectuelle et s'applique à l'ensemble des exceptions au droit d'auteur. V. la précision des conditions dans lesquelles certaines exceptions peuvent être invoquées (pour un exemple flagrant, V. CPI, art. L.122-5, 7°, relatif à l'exception en faveur des handicapés). Pour une approche critique, V. M. Vivant, « les exceptions nouvelles au lendemain de la loi du 1^{er} août 2006 », D. 2006, p.2159, sous titré « du statu quo au mouvement (presque) immobile ».

⁶⁷⁰ Sur ce point, V. S. Dussolier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Ed. Larcier, 2005, p.374. C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, IRPI, 2004 ; V.-L. Benabou, « Puiser à la source du droit d'auteur », RIDA avr. 2002, p.3 ; M. Buydens et S. Dussolier, « Les exceptions au droit d'auteur : évolutions dangereuses », CCE 2001, p.10 ; B. Hugenholtz : « Why the Copyright Directive is Unimportant and Possibly Invalid », EIPR 2000, p.499.

⁶⁷¹ Une protection par le droit de la concurrence, plutôt que par le droit d'auteur, est pourtant envisageable et, pour être plus souple, serait sans doute plus adaptée. V. M. Buydens, *La protection de la quasi-crédation*, Larcier, 1993.

logiciel, droit spécial qui influencerait peu à peu le droit commun⁶⁷². On ne peut aussi que reconnaître l'influence en la matière des politiques judiciaires des sociétés de gestion collective⁶⁷³. Réciproquement, la critique de la sur-appropriation en matière de logiciel gagne l'ensemble du droit d'auteur.

174. **La critique de l'exclusivité.** En France comme en Europe, la critique de la sur-appropriation atteint le droit d'auteur⁶⁷⁴. Des mouvements tentés par le *copyleft* s'organisent. On compte parmi les plus connus *Copyleft attitude*, document libre, art libre. En France comme dans d'autres pays, les licences *Creative Commons* ont été traduites pour être rendues compatibles avec le droit d'auteur français⁶⁷⁵. Les défenseurs du mouvement ont d'ailleurs fait pression sur le législateur français pour obtenir une modification du droit positif facilitant la traduction des licences. Ainsi, lors des débats parlementaires ont été proposées l'introduction d'un article consacrant la mise à disposition des œuvres à titre gratuit, l'utilisation des logiciels de pair à pair à des fins de création. Finalement, seule la mise à disposition à titre gratuit subsiste à l'article L.122-7-1 du Code de la propriété intellectuelle⁶⁷⁶. La critique de la sur-appropriation est fondée sur deux idées, qui pour être très à la mode sont relativement atemporelles : d'une part, l'art est fait d'une discursivité entre les auteurs, la création répond à la création, elle est faite d'emprunts, le droit d'auteur, en ce qu'il permet la réservation des créations, nuit à la liberté de création⁶⁷⁷ ; d'autre part, l'auteur fait (ou doit faire) don de son

⁶⁷² V. P. Gaudrat, « Objet du droit d'auteur, œuvres protégées, notion d'oeuvre », *Juris-Classeur Propriété Littéraire et Artistique*, fasc. n°1134, 2009, n°116 et s. ; P. Gaudrat, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTDcom*, 2009, p.323.

⁶⁷³ V. notamment la jurisprudence sur les antennes collectives, Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} mars 2005 : Bull. n°105 ; cette jurisprudence a été remise en cause par la loi DADVSI, qui proclame à l'article L.132-20, 4° du Code de la propriété intellectuelle que l'autorisation de télédiffuser une œuvre par voie hertzienne comprend la distribution à des fins non commerciales de cette télédiffusion sur les réseaux internes aux immeubles ou ensembles d'immeubles collectifs à usage d'habitation installés par leurs propriétaires ou copropriétaires à seule fin de permettre le raccordement de chaque logement de ces mêmes immeubles ou ensembles d'immeubles à des dispositifs collectifs de réception des télédiffusions par voie hertzienne normalement reçues dans la zone.

⁶⁷⁴ Pour un exposé des questions, des débats et des pratiques, aussi bien en droit d'auteur qu'en droit des brevets, V. les Actes du colloque « les pratiques contemporaines de la propriété intellectuelle », journée d'études JC-RDST, Grenoble, 30 septembre 2011, CUERPI, publiés in *RLDI*, déc. 2011, suppl. au n°77.

⁶⁷⁵ Pour une approche critique de ces licences et une réflexion sur leur introduction en droit français : V. M. Clément-Fontaine, *Les œuvres libres*, Thèse Montpellier, 2006, dir. M. Vivant ; S. Dussolier, « Les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », *Propriétés intellectuelles*, 2006, n°18, p.10. On notera notamment les problèmes du droit au respect de l'œuvre et de la renonciation au droit moral ; ainsi que le problème de l'absence de rémunération même pour les exploitations non prévisibles.

⁶⁷⁶ La disposition est d'ailleurs relativement superfétatoire étant donné que l'article L.122-7 prévoyait déjà que le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou onéreux.

⁶⁷⁷ Pour une présentation de la théorie moderne, V. sur cette question les débats ayant eu lieu lors du colloque *Copyright/Copywrong*, le Mans-Nantes-Saint-Nazaire, février 2010, Actes publiés aux éditions MeMo, 2003,

œuvre au public pour enrichir la société toute entière s'il ne veut pas faire de son art, un art mercenaire⁶⁷⁸. Le Professeur Dussolier, qui a participé à la transposition des licences *Creative Commons* en droit belge, a développé une approche critique du mouvement fondée sur une analyse philosophique et sociologique qui met en évidence les limites de l'idéologie proposée⁶⁷⁹. Elle dénonce notamment le modèle du don⁶⁸⁰, qui n'est plus généreux lorsqu'il est imposé à autrui et qui, alors qu'il vise à remettre la création au cœur du système, contribue finalement à la déconsidération de l'auteur et de la création. Selon elle, les *Creative Commons* relèvent d'une bonne initiative si le projet correspond aux besoins propres des créateurs. Elle prend l'exemple des scientifiques qui veulent partager leurs connaissances avec leurs pairs, des enseignants qui veulent mettre leurs outils pédagogiques à la disposition de collègues, des projets non commerciaux, qui veulent diffuser largement le contenu qu'ils créent ou même d'artistes qui veulent mettre le partage plutôt que la rémunération au cœur de leur processus artistique⁶⁸¹. Il ne faut pas oublier que le mouvement du *copyleft* est né dans les universités américaines, pour répondre aux difficultés que rencontraient les chercheurs à avoir accès à leurs propres créations après cession à leurs partenaires privés (éditeurs de logiciels, de revues scientifiques notamment)⁶⁸². Ces difficultés ont d'ailleurs conduit à un certain renouvellement des politiques en matière de brevet : « *Contre une exclusivité exacerbée, les ressources du contrat sont doubles : d'abord, l'autocorrection conduit à la disparition progressive de clauses scélérates de propriété industrielle ; ensuite, et surtout, la plasticité de l'outil contractuel permet la mise au point de montages ingénieux constituant un système dit de mensuralisation* »⁶⁸³. Toutefois, une économie du partage ou de la mutualisation ne peut occulter la réflexion sur la propriété, d'une part, parce qu'il s'agit du modèle de droit positif, et d'autre part, parce que c'est le moyen qui permet d'assurer la

notamment R. Fleck, « Qu'est-ce que l'appropriationnisme ? », Actes précités, p.92. Sur la fonction auteur, V. M. Foucault, « Qu'est-ce qu'un auteur ? », préc. ; R. Barthes, « la mort de l'auteur », *Œuvres complètes*, T. 2, Le Seuil, 1994, p.491. V. aussi pour des points de vue de juristes, A. Strowel (dir.), *Autour de la figure de l'auteur*, Bruylant, 2005.

⁶⁷⁸ V. le discours de copyleft attitude : <http://artlibre.org/copyleft>

⁶⁷⁹ S. Dussolier, « Les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », préc..

⁶⁸⁰ V. l'analogie développée avec le travail domestique féminin.

⁶⁸¹ S. Dussolier, préc. p.20

⁶⁸² V. pour une présentation historique succincte, P. Gilliéron, « Open source et droit des brevets », revue Lamy droit de l'immatériel, 2007, n°24, p.67. V. aussi C. Bernault, « Archives ouvertes et droit d'auteur : un nouveau mode de diffusion des travaux scientifiques », *Propri. Intell.* 2011, p.374. V. l'initiative de « document libre » : <http://www.linux-nantes.org/Document-Libre.html> ; ou du centre pour l'édition électronique ouverte : <http://www.revues.org/6438>.

⁶⁸³ F. Bellivier et C. Noiville, *Contrats et vivant*, LGDJ, 2006, coll. Traité des contrats sous la direction de J. Ghestin, n°256. V. la présentation de la problématique et du renouveau qu'apporte l'outil contractuel, p.219-241.

subsistance des créateurs et de l'économie de la création⁶⁸⁴. Comme le note le Professeur Dussolier, la critique de l'exclusivité ne peut se passer d'une véritable réflexion sur l'économie de la culture et les conditions de la pratique créative. C'est sur le fondement de l'insuffisance de la propriété à assurer la subsistance des créateurs que les partisans de la licence globale ont interpellé le législateur en décembre 2005⁶⁸⁵. Cette tentative très vite avortée de remettre en cause la logique propriétaire, individualiste, pour un statut collectif démontre l'ambiguïté des discours entre la figure romantique de l'artiste créant isolément, parfois dans l'indigence ou la pauvreté opposé aux grosses sociétés de production et d'exploitation ; ou la figure des artistes entrepreneurs et maintenant celle des créateurs en réseau, auto-producteur et auto-exploitant. Au-delà de l'appropriation des créations, le droit d'auteur ayant failli à assurer la subsistance des créateurs, en tout cas pour la majorité d'entre eux, la rémunération des créateurs s'organise donc différemment, autour de la rémunération du travail, soit car le créateur exerce une activité parallèle, parfois connexe, ou effectue des prestations qui sont rémunérées, soit parce qu'il gère son activité au sein ou sous la forme d'une entreprise. Le créateur exerce alors un « métier » artistique. Qu'il soit salarié ou indépendant, le créateur cherche un statut accueillant et protecteur, sur le modèle du salariat et dont la figure la plus emblématique est sans doute le statut de l'intermittent du spectacle.

175. **Statut du créateur.** Dans son *Portrait de l'artiste en travailleur*, Pierre-Michel Menger reprend différentes figures de créateurs pour illustrer la professionnalisation du métier d'artiste, la recherche de sécurité mais aussi de flexibilité (élément caractéristique du secteur), les organisations et modalités d'exercice de l'activité garantissant l'indépendance économique (donc créative) des créateurs⁶⁸⁶. Ce sociologue, étudiant les organisations du travail dans le secteur artistique, ne pose pas la question du droit d'auteur et de l'appropriation des créations. L'organisation du statut économique du créateur est ici pensée en dehors de la propriété et en référence au salariat ou à l'entrepreneuriat. C'est donc le droit social, entendu au sens large qui est plutôt interrogé. Il est intéressant de remarquer un certain parallélisme des problématiques. Il oppose ainsi la figure romantique de l'artiste qui est moins un travailleur qu'un créateur, celui qui touche la sensibilité de chacun plus que la raison de tout un chacun et par les œuvres

⁶⁸⁴ V. également l'avis du CSPLA n°2007-1 du 26 juin 2007 relatif à la mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit.

⁶⁸⁵ V. les débats législatifs, notamment les discussions du 21 décembre 2005, et l'argumentation de Mme le député Christine Boutin. V. aussi CSPLA, avis n°2005-2 du 7 décembre 2005 relatif au téléchargement des œuvres qui abordait la question de la licence globale.

⁶⁸⁶ P.-M. Menger, *Portrait de l'artiste en travailleur, Profession artiste, extension du domaine de la création*, préc., spec. p.80-81.

duquel tout individu devrait être affecté sans préalable didactique d'un apprentissage et la figure de l'artiste œuvrant à la production et la diffusion de l'art comme bien d'un service public, représenté alors comme un travailleur infatigable, il prend en exemple Vilar, fer de lance de la décentralisation théâtrale et du théâtre populaire d'après guerre. L'artiste est alors un entrepreneur, responsable d'institutions, organisateurs de festival. Il note que ces deux figures emblématiques mettent en exergue l'idéal de l'universalisme de l'art comme facteur de rassemblement social. Mais pour Vilar, « *c'est la nature collective du travail qui apparaît, avec l'activité d'une troupe et la situation de jeu vivant face à un public* »⁶⁸⁷ qui confère un sentiment de responsabilité. A chaque art, correspond une figure de l'artiste : le poète a seulement besoin d'un stylo ou d'un ordinateur et collabore à des revues peu coûteuses et avec quelques éditeurs. Il tire une rémunération insuffisante de ses créations et doit trouver un emploi-abri qui lui permet d'exercer ailleurs sa liberté, son autonomie créatrice. Il prend ensuite comme exemple le réalisateur de cinéma, « acteur-clé » dans une « économie de projet » et une organisation en équipe de plusieurs dizaines à centaines de personnes. Il observe toutefois une nouvelle tendance à la petite équipe où la division classique du travail est remise en cause. Il souligne par ailleurs que toute activité créatrice individualisée a une épaisseur collective⁶⁸⁸. « *Est-ce qu'un artiste, dans ces conditions, peut continuer à célébrer aristocratiquement les vertus de la distance au monde comme condition pure et parfaite de son inventivité ?* »⁶⁸⁹. On trouve ici une véritable revendication de la professionnalité et de l'organisation d'un groupe professionnel sur le modèle du salariat : spécialisation dans la division du travail en métiers, organisation des formations, cotation des qualifications, structurations des relations de travail dans l'entreprise, négociation collective des conditions de travail, « *pas de quoi faire rêver et pourtant rien que de très nécessaire* »⁶⁹⁰. Il note également une ambivalence des artistes qui s'organisent en corps professionnel mais qui cultivent la figure de l'artiste romantique au génie autocréé. L'organisation collective emporterait-elle un risque de perte d'individualité ou de liberté ? Pierre-Michel Menger prône au contraire la mise en place d'un statut collectif, sur le modèle de l'intermittence du spectacle, pour lequel il prévoit trois sources de financement : les employeurs culturels, qu'il convient de responsabiliser, leur contribution pouvant varier en fonction de la précarité au sein de l'entreprise⁶⁹¹ ; l'État et collectivités territoriales du fait de

⁶⁸⁷ *Ibidem*.

⁶⁸⁸ Se référant ici aux travaux d'Howard Becker, notamment H. Becker, *Les Mondes de l'art*, Flammarion, 1988.

⁶⁸⁹ P.-M. Menger, préc., p.83.

⁶⁹⁰ *Ibidem*, p.84.

⁶⁹¹ Il établit un parallèle avec la tarification des accidents du travail et des maladies professionnelles.

l'intérêt général d'une politique de soutien à la culture et à la création artistique⁶⁹² ; la solidarité interprofessionnelle incluant une mutualisation des risques au plus large y compris en dehors des secteurs culturels⁶⁹³. Cette organisation collective, si elle peut paraître coûteuse, puisqu'il s'agit de financer des périodes d'inactivité, en tout cas de non production ou non exploitation au titre ou pour le compte d'une entreprise individuelle, employeur ou commanditaire, comme cela est le cas des intermittents, est le prix « social » de l'hyperflexibilité du secteur. *« Le système que je propose, s'il est ancré dans la plus longue tradition du droit social français, a bien des affinités avec ce que l'on observe dans d'autres pays pour responsabiliser les employeurs utilisateurs de contrats précaires, mais non principalement dans le secteur culturel de ces pays où les professionnels des arts et de la culture sont souvent des free lance. Reste une leçon plus générale à tirer. Admettons que, si un système pouvait conjuguer une grande flexibilité contractuelle (là où elle se justifie) et une protection assurantielle viable, efficace et équilibrée, on progresserait sur la voie de ce qu'on recherche aujourd'hui, en France et en Europe, à savoir une sécurisation des parcours professionnels exposés à des risques plus élevés et plus systématiques de chômage et d'obsolescence rapide des compétences. Voilà qui appartient à un agenda européen d'innovation dans les politiques de protection sociale »*⁶⁹⁴, que d'autres nomment la flexi-sécurité. La figure de l'inventeur indépendant ayant vécu beaucoup plus rapidement que celle de l'artiste, l'invention salariée étant rapidement devenue le mode classique de création technique, l'influence du salariat sur le modèle d'appropriation des inventions s'est fait sentir beaucoup plus tôt.

B. Critique de la référence à la propriété en droit des brevets

176. **Insuffisance de la notion d'invention à délimiter le champ de la brevetabilité.** La critique de l'extension du champ de la brevetabilité a connu une grande virulence à propos de l'appropriation du vivant⁶⁹⁵. La critique s'est d'abord concentrée sur les aspects éthiques de la question, ainsi que sur la notion d'invention⁶⁹⁶. De la même manière, c'est la notion d'invention qui a été mise en exergue lors des querelles relatives à l'extension du champ de brevetabilité au profit des méthodes commerciales ou des logiciels. La critique de la propriété intellectuelle par le mouvement du libre, qui prône un nouveau modèle économique excluant

⁶⁹² Il établit alors un parallèle avec le chômage partiel.

⁶⁹³ *Ibidem*, p.67 et s.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, p.77.

⁶⁹⁵ Pour une présentation générale de la question et la nécessité de son dépassement, V. F. Bellivier et C. Noiville, *Contrats et vivant*, préc., spéc. n°65 et s. V. aussi les n°50-51 (la définition de l'expression « ressource biologique » préférée au « vivant » renvoie clairement à la notion d'invention).

⁶⁹⁶ Pour une démonstration de l'indaptation première du droit des brevets à la protection du vivant et de la « déformation de la catégorie des brevets » pour mettre en place une telle protection, V. J.-P. Clavier, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, préc., n°148 et s.

le modèle propriétaire, n'a d'ailleurs pas épargné le brevet, notamment quant aux inventions dont la mise en œuvre est au moins en partie réalisée par voie logicielle⁶⁹⁷ : le droit d'auteur pourrait même être un moindre mal dans l'esprit des détracteurs de la brevetabilité des logiciels. La critique du brevet dépasse néanmoins ce mouvement et tient pour beaucoup au fait que, comme en droit d'auteur, la protection a été trop étendue, *via* la facilitation de l'accès à la protection⁶⁹⁸, bouleversant les équilibres au point de remettre en cause la légitimité du brevet. *« En effet en déplaçant la frontière entre 'invention' et 'découverte', ou en relâchant considérablement le critère d'utilité, le nouveau régime de la propriété intellectuelle qui s'est installé a miné le délicat équilibre qui prévalait jusqu'à aujourd'hui et rompu la logique qui sous-tendait la production des innovations. Dès lors en effet que l'accès (en amont) à la connaissance devient coûteux et soumis à des stratégies marchandes de valorisation, les firmes prêtes à s'engager dans l'innovation peuvent se trouver fortement découragées de le faire »*⁶⁹⁹. Benjamin Coriat et Francine Orsi notent alors que nombre d'analystes dénoncent les risques de l'expansionnisme propriétaire : certains démontrent que les nouveaux entrants sont pris en otage par les grandes firmes propriétaires de portefeuilles de brevet sur des algorithmes, d'autres appréhendent une véritable *« tragédie des anti-communs »*, ou du moins, un risque d'entraver la recherche⁷⁰⁰. En tous cas, *« la multiplication spectaculaire des conflits juridiques et des contentieux relatifs à la propriété intellectuelle, ainsi que la montée des coûts liés à ces contentieux, atteste du fait que loin de garantir les détenteurs de brevets, le nouveau régime expose ceux-ci à des risques démultipliés. Après avoir été encensé et donné partout en exemple, le modèle américain de promotion des firmes innovantes fait aujourd'hui l'objet de réévaluations »*⁷⁰¹. Face aux critiques, un nouvel équilibre doit

⁶⁹⁷ V. pour illustration, J.-L. Goutal (dir.), *Brevetabilité des logiciels*, Ed. Hermes-Lavoisier, coll. Droit des technologies avancées, Travaux du CUERPI, Vol. 9, n°1-2/2002, spéc. p.35 et s. V. également T. Sueur et J. Combeau, « Un monument en péril : le système des brevets en Europe », in M.-A. Frison-Roche et A. Abello (dir.), *Droit et Economie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, coll. Droit & Economie, p.95, spec. p.125-127, concluant que *« lorsqu'il sera redevenu possible de discuter sereinement des relations entre brevets et modèle de développement coopératif, on s'apercevra sans doute que la coexistence demeure l'hypothèse prospective la plus vraisemblable, malgré de temps à autre quelques frictions ici ou là. Les intérêts industriels et commerciaux des entreprises puisent probablement dans les deux modèles »*.

⁶⁹⁸ Sur les raisons de cette facilitation, V. les constats désabusés de T. Sueur et J. Combeau, préc. p.115 et s. ; et, dans le même sens, B. Coriat et F. Orsi, « Propriété intellectuelle, marchés financiers et promotion des firmes innovantes. Un retour sur la 'nouvelle économie' », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, préc. p.265.

⁶⁹⁹ B. Coriat et F. Orsi, « Propriété intellectuelle, marchés financiers et promotion des firmes innovantes. Un retour sur la 'nouvelle économie' », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, préc. p.265, spéc. p.284.

⁷⁰⁰ Les auteurs se réfèrent notamment aux travaux des économistes Shapiro, Heller, Eisenberg, Rai et Nelson. V. aussi R. R. Nelson, « The market economy, and the Scientific Commons », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, préc., p.27.

⁷⁰¹ B. Coriat et F. Orsi, « Propriété intellectuelle, marchés financiers et promotion des firmes innovantes. Un retour sur la 'nouvelle économie' », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, préc. p.265, spéc. p.284.

être mis en place. Estimant que la notion d'invention, tout en participant à la délimitation du champ de la protection par brevet, doit être suffisamment souple pour s'adapter aux évolutions de la science et de la technique, le Professeur Schmidt-Szalewski considère que cette délimitation doit surtout être mise en place par des règles extérieures au droit de la propriété industrielle, comme les considérations éthiques, les droits fondamentaux ou la notion d'ordre public⁷⁰². En effet, le droit des brevets ne devrait pas contredire mais servir les impératifs socio-économiques fondamentaux que sont le développement, la diffusion du savoir et des connaissances, la protection de la vie car ces principes socio-économiques ont été à l'origine de la reconnaissance du brevet, l'exclusivité accordée au déposant doit donc céder devant ces impératifs. De la même manière, le droit des brevets devrait être un instrument favorisant l'innovation et non un frein à la concurrence. La régulation, qui peine à être mise en œuvre au sein de la matière, se fait donc parfois par la mise en place de limites externes.

177. **Brevet et développement.** En son essence même, le brevet est un instrument de développement puisqu'il est, dans son fondement même, un outil d'incitation à l'innovation. Cette valeur reconnue par le législateur révolutionnaire français est commune au législateur américain et international. Ainsi, l'article 7 des accords ADPIC affirme-t-il que « *la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations* ». Selon M. Tran Wasescha, « *compte tenu de son emplacement dans la partie I, après les principes fondamentaux et l'épuisement des droits, cet article Revet plus d'importance que s'il avait été dans le préambule. La formulation reflète le débat sur la fonction du brevet et l'intérêt public dans le domaine des brevets d'invention, principale pierre d'achoppement pendant le Cycle d'Uruguay* »⁷⁰³. Les brevets ne devraient donc pas nuire au développement mais, au contraire, y contribuer. C'est pourtant sur ce terrain que nombre de détracteurs dénoncent ses excès. Tel est le cas par exemple en matière de diversité biologique ou de protection des savoirs traditionnels et du folklore, ce qui a conduit à l'adoption des déclarations de Doha en novembre 2001, qui n'ont pour l'instant pas eu de résonance, faute de consensus, sur les traités ADPIC⁷⁰⁴. Tel est le cas aussi en

⁷⁰² J. Schmidt, « La notion d'invention face aux développements technologiques », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, préc., p.243, spec. p.264.

⁷⁰³ T.-L. Tran Wasescha, « L'accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, préc. p.135, spec. p.156.

⁷⁰⁴ V. OMC, Déclaration ministérielle, 14 novembre 2001, n°17-19, WT/MIN(01)/DEC/1 disponible sur http://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_f.htm. V. aussi les travaux qui ont suivi cette déclaration, notamment concernant la compatibilité de l'accord sur les ADPIC et la convention sur la diversité biologique. V. notamment la note du Secrétariat de l'OMC relative à la relation entre l'accord sur

matière de médicament et de santé mondiale : là, les évolutions sont d'ailleurs patentes⁷⁰⁵. Au-delà des problèmes spécifiques de la diversité biologique, de la préservation des ressources des pays en développement ou de la santé publique mondiale, problématiques qui relèvent d'un intérêt supérieur au développement économique et doivent pouvoir limiter l'appropriation par brevet, c'est aussi le développement scientifique et la diffusion du savoir et des connaissances qui sont mis en exergue dans la critique de l'exclusivisme⁷⁰⁶. La critique est là encore essentielle puisqu'elle met en cause son efficacité à assurer ce pour quoi ce droit a été mis en place : le brevet, doit être un instrument du développement technologique, donc du développement durable, en ce qu'il permet le développement industriel, mais aussi en ce qu'il permet la divulgation des informations.

178. **Brevet, développement scientifique et innovation.** Il est de l'essence du brevet de favoriser la diffusion du savoir et des connaissances : la procédure de dépôt de brevet a justement pour objectif d'organiser la divulgation des inventions. Le brevet garantit juridiquement l'exclusivité sur l'invention. Il est plus efficace que le secret mais est accordé en

les ADPIC et la convention sur la diversité biologique, résumant les questions qui ont été soulevées et les observations qui ont été formulées : concernant les conflits entre les deux conventions, trois positions sont exprimées : il n'y a pas de conflit entre les deux accords, il y a un conflit inhérent entre les deux et l'accord sur les ADPIC doit être supprimé, il n'y a pas de conflit inhérent mais il pourrait y avoir conflit si aucune action internationale n'était mise en place pour assurer que les accords sont mis en œuvre de manière complémentaire. On remarque que, comme MM. Barlow et Mackaay représentent deux courants critiques divergents en ce que l'un remet en cause le système propriétaire alors que l'autre dénonce simplement son étendue, les critiques sur la brevetabilité des ressources génétiques portent soit sur le principe même de cette brevetabilité (c'est le cas de l'Inde par exemple), soit sur les excès des régimes de protection mis en place (la Suisse note ainsi que lorsque les critères de brevetabilité sont correctement appliqués, la plupart des problèmes peuvent être évité). V. aussi la note clôturant les travaux sur la réforme de l'article 27-3, b), en l'absence d'accord, le 9 février 2006 : http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/art27_3b_e.htm. La proposition d'une obligation de divulgation de la source du matériel breveté pour la divulgation de l'invention, pour éviter les brevets sur les connaissances traditionnelles sans consentement préalable ni partage juste et équitable des avantages n'a donc pas pu aboutir. V. néanmoins la proposition par un groupe de pays en développement d'une réforme de l'article 20 de l'accord ADPIC, introduite le 29 mai 2006 : Document WT/GC/564 TN/C/W/41 du 31 mai 2006, relatif au *Doha work program – The outstanding implementation issue on the relationship between the trips agreement and the convention o Biological diversity ?* Sur cette question de la protection des savoir-faire traditionnels et pour une analyse prospective basée sur les principes de transparence et d'équité, V. S.S. Kowouvihi, *Le savoir-faire traditionnel, contribution à l'analyse objective des savoirs traditionnels*, Thèse Limoges, 2007, dir. J.-P. Marguénaud.

⁷⁰⁵ V. la Déclaration de Doha de novembre 2001 relative aux accords ADPI et à la santé publique et sa présentation : http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/health_background_f.htm. Pour un bilan statistique du prix des médicaments :

http://www.wto.org/french/thewto_f/coher_f/mdg_f/medicine_f.htm ; Pour une note rappelant le bilan politique favorable malgré quelques contestations de l'efficacité du système : http://www.wto.org/french/news_f/news11_f/trip_23nov11_f.htm.

⁷⁰⁶ V. en ce sens, à propos des ressources génétiques, la position du Kenya, de l'île Maurice au nom du groupe africain, du Brésil et de l'Inde, à propos de la compatibilité de l'accord sur les ADPIC et la convention sur la diversité biologique, documents précités.

récompense de la divulgation. Ainsi, le système de brevet devrait favoriser l'émergence de nouvelles créations, la publication des demandes de brevet augmentant d'autant l'état de la technique. Au contraire, beaucoup dénoncent la difficulté d'innover du fait du brevet qui parfois interdit la brevetabilité de nouvelles inventions dans le même domaine, ce qui n'incite pas à poursuivre les recherches sur le sujet⁷⁰⁷ ; parfois interdisent la recherche dans certains secteurs, ou offrent au titulaire du brevet, par l'effet du brevet ou des licences que propose le breveté, un avantage en recherche inégalable pour les laboratoires concurrents. L'effet incitatif du brevet se limite donc parfois à la première invention. Cette difficulté vient essentiellement de l'étendue des brevets accordés et du contenu des licences qui sont imposées par les brevetés. Nombreux sont les professionnels et analystes à observer que si le Bayh-Dole Act a été le moyen pour les États-Unis, en pleine période de pessimisme économique, de redresser le développement technologique et économique du pays, aujourd'hui la politique des États-Unis en matière de propriété intellectuelle est moins volontariste que contre-productive économiquement. *« Cette évolution a été poussée si loin qu'on en arrive aujourd'hui à décourager plus qu'à encourager l'innovation : la protection de la propriété intellectuelle incite certes à l'innovation en ce qu'elle réserve à l'innovateur une part importante des fruits de ses efforts et de sa réussite. Mais elle freine l'innovation en ce qu'elle privatise ce bien public qu'est la connaissance attachée aux innovations protégées »*⁷⁰⁸. De nombreux économistes considèrent que les dispositions légales et la politique de l'UPSTO⁷⁰⁹ peuvent impliquer des surcoûts élevés pour les acteurs de la recherche parce qu'elles restreignent l'accès aux connaissances et la recombinaison de celles-ci dans des voies nouvelles et fructueuses⁷¹⁰. Si l'histoire de l'art est faite de clins d'œil et de références aux travaux anciens, les œuvres de Duchamp ne se comprenant que par rapport à l'histoire ou la sociologie de l'art, les innovations scientifiques obéissent au même phénomène d'accumulation, ce que Newton évoquait déjà en considérant qu'il a vu loin parce qu'il était perché sur les épaules de géants. L'analyse économique du droit rappelle donc que pour avoir des effets utiles, les principes essentiels de la propriété intellectuelle doivent être strictement respectés : *« ainsi un brevet ne*

⁷⁰⁷ En ce sens, R. P. Merges et R. R. Nelson, « On the complex economics of patent scope », *Columbia Law review*, 90 (4), p.839, estimant que lorsqu'un brevet trop large est accordé, son étendue diminue pour d'autres inventeurs l'incitation à rester dans le jeu de l'innovation ; d'où l'importance de n'accorder qu'un brevet dont les revendications sont plus proches des résultats obtenus par le titulaire. V. aussi R. R. Nelson, « The Market Economy, and the Scientific Commons », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, préc., p.27.

⁷⁰⁸ C. Henry, « Développement durable et propriété intellectuelle. Comment l'Europe peut contribuer à la mise en œuvre des ADPIC », in *Droit et Économie de la propriété intellectuelle*, préc., p.223, spéc. p.227.

⁷⁰⁹ The United States Patent and Trademark Office.

⁷¹⁰ Paul David, « Intellectual property institutions and the panda's thumb : patentes, copyrights and trade secrets in economic theory and history », cité par C. Henry, préc.

doit-il être accordé que si l'invention pour laquelle la protection est demandée est véritablement une invention, c'est-à-dire comporte des nouveautés par rapport à ce qui est déjà connu, et que ces nouveautés sont suffisamment significatives pour ne pas paraître évidentes à un spécialiste du domaine dont relève l'invention en cause (un 'homme de l'art' disent les textes). L'invention doit aussi être utile, c'est-à-dire déboucher sur des applications qui le sont. (...) L'étendue des droits conférés par un brevet doit être bien ajustée à celle des résultats obtenus par l'inventeur ; le respect de ce principe (qui revient à dire qu'il ne faut pas accorder de droits sur ce qui n'a pas été inventé) est essentiel pour éviter de privatiser anticipativement la connaissance, en réservant à un seul bénéficiaire des progrès de la connaissance qui n'ont pas encore été réalisés »⁷¹¹. Selon le Professeur Henry, l'étendue optimale d'un brevet devrait donc être d'autant plus réduite qu'il y a moins de substituts aux produits développés à partir de l'invention protégée ou qu'il est plus difficile de se passer de l'invention, ou plus encore de la découverte pour faire progresser la recherche, que l'invention est peu coûteuse à réaliser, qu'il y a plus de mécanismes incitatifs autres que la protection par la propriété intellectuelle (promotions, honneurs académiques) susceptibles de motiver l'inventeur⁷¹². Concentrant son propos sur les recherches relatives au biologique, le Professeur Frison-Roche observe qu'avec la directive communautaire de 1998 relative à la brevetabilité du vivant, « la distinction fondamentale en droit des brevets entre le naturel et l'artificiel, entre le spontané et le besogneux, disparaît »⁷¹³. La critique de cette évolution peut être de deux ordres : essentiellement éthique et fondée sur l'indisponibilité de la « nature naturante » ou essentiellement économique et fondée sur le contrat social sur l'information et l'épuisement de la recherche. Ces deux ordres de critiques n'emportent pas les mêmes conséquences : l'analyse économique du droit conduit à la « distinction entre l'appropriation qui n'empêche pas l'accroissement d'informations en aval, et celle qui bloque cette perspective », c'est-à-dire à penser le brevet en termes d'innovation⁷¹⁴. Dans cette acception, seules les appropriations bloquant les innovations à venir sont critiquables pour contrevenir à la finalité sociale du brevet. Réfléchir en termes d'innovations, c'est aussi réfléchir en termes de développement économique et donc de concurrence. Les spécialistes de cette matière critiquent eux-aussi la montée de l'exclusivisme.

⁷¹¹ C. Henry, préc.

⁷¹² Le professeur Henry présente ici une synthèse des travaux des économistes Chang, Scotchmer, Gallini and Denicolo, qu'il estime être des plus significatifs.

⁷¹³ M-A. Frison-Roche, « L'évolution conceptuelle et technique du cadre juridique européen et français relatif à la propriété intellectuelle sur les médicaments et le vivant », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, préc., p.289, spéc. p.312.

⁷¹⁴ M-A. Frison-Roche, « L'évolution conceptuelle et technique du cadre juridique européen et français relatif à la propriété intellectuelle sur les médicaments et le vivant », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, préc., p.289, spéc. p.312.

179. **Brevet, concurrence et consommation.** *A priori*, droit des brevets et droit de la concurrence sont des branches du droit distinctes. Le brevet, comme le droit de propriété sur les choses corporelles, n'atteint pas par essence au droit de la concurrence, même si l'on peut admettre que la mise en œuvre du brevet peut aboutir à des distorsions de concurrence. Aussi droit de la concurrence et droit des brevets peuvent-ils facilement être conciliés. Le droit de la concurrence ne permet pas en lui-même de remettre en cause le monopole du breveté : ainsi, un concurrent ne peut déposer un échantillon d'un médicament breveté pour anticiper la demande d'autorisation de mise sur le marché et pouvoir ainsi commercialiser un générique dès la fin de la protection par brevet⁷¹⁵. Le titulaire du brevet ne peut s'affranchir des règles de la concurrence pour prolonger indirectement les effets de la protection : un laboratoire ne peut donc pas faire des offres promotionnelles consistant en une vente couplée de médicaments brevetés et de médicaments tombés dans le domaine public, pour inciter un hôpital à préférer les médicaments qu'il produit aux génériques désormais commercialisés sous peine d'abus de position dominante⁷¹⁶. Ici le droit communautaire opère une régulation classique entre droit de la concurrence et propriété intellectuelle⁷¹⁷. Au-delà de ces abus possibles dans la mise en œuvre du brevet, l'existence même du monopole d'exploitation peut poser question. Pourtant, le brevet est un instrument d'incitation économique à l'innovation. C'est donc un outil de développement économique⁷¹⁸. Et s'il confère temporairement un

⁷¹⁵ CJCE 9 juillet 1997, C-316/95, Generics BV c/ Smith Kline : une disposition néerlandaise prévoyait que le brevet permettait d'interdire à la société ayant développé un générique de déposer des échantillons de ce médicament pour demander une AMM, avant la fin de la protection, quand bien même la durée de la procédure administrative garantissait le breveté que l'AMM ne pourrait intervenir avant l'expiration du brevet. La cour était interrogée par question préjudicielle sur la conformité de cette disposition au droit communautaire de la concurrence. La cour admet la conformité de la disposition : le droit de la concurrence ne permet pas de déroger au monopole de propriété intellectuelle. Toutefois, la directive 2004/27 a modifié le droit applicable pour que les demandes d'AMM puissent être anticipées. Sur le succès mitigé de ces dispositions : J. Armengaud et E. Berthet-Maillols, « Enquête sur les pratiques des laboratoires pharmaceutiques : les propos mesurés et constructifs de la Commission européenne », *Propri. Intell.* 2010, p.550, spéc. p.563 et s.

⁷¹⁶ Conseil de la concurrence 5 mars 1996 Lilly France, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/96d12.pdf>, confirmé par CA Paris, 6 mai 1997, BOSP 11 juin 1997, p.404 et Cass. com. 18 mai 1999 : BOCCRF, 27 juill. 1999. Dans le même sens : Cons. conc. 24 juill. 2003 : n°03-D-35, Sandoz, BOCCRF, 8 oct. 2003, p.731.

⁷¹⁷ J. Armengaud et E. Berthet-Maillols, « Du mauvais usage du droit des brevets en matière pharmaceutique, selon le rapport préliminaire de la Commission européenne », *Propri. Intell.* 2009, p.132, à propos du Rapport préliminaire de la Commission européenne en date du 28 novembre 2008 relatif au secteur de l'industrie pharmaceutique et J. Armengaud et E. Berthet-Maillols, « Enquête sur les pratiques des laboratoires pharmaceutiques : les propos mesurés et constructifs de la Commission européenne », préc., à propos du rapport final du 17 juillet 2009.

⁷¹⁸ V. la politique économique volontariste menée par les États-Unis dans les années 1980 et 1990 en la matière, révolutionnant la recherche scientifique, qui soit était financée sur fonds publics, les résultats devant alors

monopole d'exploitation au titulaire de brevet, c'est moins pour atteindre aux règles de la concurrence que pour garantir le breveté contre la concurrence déloyale ou le parasitisme des concurrents en lui assurant juridiquement l'exclusivité de l'invention. Aussi le droit de brevet est-il conçu comme un outil garantissant le libre jeu de la concurrence. Il apparaît donc curieux qu'on puisse considérer le brevet comme une entrave à la concurrence. Le Professeur Tirole explique cette méfiance à l'égard du brevet par le fait que souvent, le monopole d'exploitation constitue une facilité essentielle⁷¹⁹. Remontant aux origines américaines de la théorie, il définit l'infrastructure essentielle comme un *input* indispensable pour produire en aval, dont l'entreprise en position dominante n'a aucune raison de refuser l'accès à des tiers, si ce n'est pour contrôler l'accès au marché – et en exclure certaines entreprises - ; donc pour étendre son pouvoir de marché à partir du segment monopolisé aux segments complémentaires et accroître artificiellement la valeur du marché. Dès lors, le brevet constitue dans la plupart des cas une infrastructure essentielle : il confère un monopole sur un marché à son titulaire, qui contrôle l'accès des tiers à ce marché par le biais du droit d'autoriser ou d'interdire l'exploitation de l'invention et des inventions ou obtentions végétales dépendantes. Toutefois, un monopole sur une infrastructure essentielle peut être justifié par l'innovation et les investissements mis en œuvre pour la créer. Or, si l'analyse juridique peine à dépasser l'antagonisme conceptuel du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle, l'analyse économique ne s'encombre pas d'atermoiements : dès lors qu'il s'agit d'une récompense à des investissements ou des innovations, l'existence de l'infrastructure essentielle – donc du droit de propriété intellectuelle – est justifiée. Encore faut-il néanmoins qu'il y ait réellement eu investissements et innovations. Lorsque le droit de propriété intellectuelle est accordé trop facilement ou sur des objets hors du champ légitime de la protection⁷²⁰, il est logique que le droit de la concurrence retrouve son empire : si le droit de la propriété intellectuelle ne parvient pas à se réguler en interne par le contrôle de l'accès à la protection, son champ sera régulé par les normes externes, comme le droit de la concurrence, qui admet la

être mis gratuitement à disposition du public ; soit était menée sur fonds privés, les inventions techniques pouvant alors être brevetées. Désormais, la recherche publique est menée en lien avec les entreprises innovantes, les universités peuvent déposer des brevets, constituer des joint venture avec des entreprises privées pour exploiter commercialement des brevets obtenus grâce à des recherches financées sur fonds publics et privés. Pour une présentation historique, V. B. Coriat et F. Orsi, « propriété intellectuelle, marchés financiers et promotion des firmes innovantes. Un retour sur la 'nouvelle économie' », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, préc., p.265.

⁷¹⁹ V. en ce sens, J. Tirole, « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, préc., p.3.

⁷²⁰ Pour une critique du même auteur, V. J. Tirole, C. Henry, M. Trommetter, L. Tubiana et B. Caillaud, *Propriété intellectuelle, rapport du Conseil d'analyse économique*, La documentation française, 2003.

protection de l'investissement, tout « *l'investissement, rien que l'investissement* »⁷²¹. Si la propriété intellectuelle est, dans l'esprit du législateur communautaire, un outil économique à valoriser⁷²², la CJCE n'hésite pas à appliquer la théorie des facilités essentielles à des objets protégés par des droits de propriété intellectuelle⁷²³. C'est aussi qu'en droit communautaire, la propriété intellectuelle semble plus conçue comme un instrument visant à protéger l'intérêt des consommateurs que celui des entreprises⁷²⁴. Le droit de la concurrence lui-même est d'ailleurs présenté comme tel. MM. Sueur et Combeau se montrent plus que réticents à admettre une telle dialectique : « *il s'agit, nous semble-t-il, pour la puissante Direction générale de la Concurrence, d'embrasser la propriété intellectuelle pour mieux l'étouffer. Une fois posé le principe que l'objectif de la délivrance des brevets est l'accroissement du bien-être du consommateur, il sera facile de justifier les atteintes portées au droit exclusif en invoquant une absence ou une insuffisance de sentiment de bien-être chez le consommateur. Et, comme le bien-être du consommateur est aussi présenté comme la raison d'être du droit de la concurrence en Europe, c'est tout naturellement la Direction générale de la Concurrence qui se chargera d'appliquer les sanctions correspondantes sous la forme de licences obligatoires tous azimuts. (...) Au lieu de nier le conflit, l'autorité politique serait mieux inspirée de l'assumer pleinement et de rechercher en permanence un équilibre entre les besoins des entrepreneurs et ceux des consommateurs ou, dit autrement, entre les objectifs de la stratégie de Lisbonne et ceux de la politique de concurrence. (...) Et, à tant faire que de chercher un objectif supérieur commun aux politiques de propriété intellectuelle et de concurrence de l'Europe, il paraîtrait raisonnable que cet objectif soit, non pas le bien-être immédiat du consommateur, mais la compétitivité de l'Europe et de ses entreprises au service de la croissance et de l'emploi* »⁷²⁵. Il s'agit donc selon ces auteurs de ne pas considérer que l'intérêt des consommateurs mais aussi celui des entreprises, donc des travailleurs, en acceptant de mettre au cœur des régulations à opérer entre propriété intellectuelle et droit de la concurrence non seulement l'intérêt des consommateurs mais aussi

⁷²¹ La formule est empruntée au professeur M. Vivant, à propos des quatre arrêts de la CJCE en date du 9 novembre 2004, à propos des bases de données : « *L'investissement, rien que l'investissement* », RDLI 2005, n°3, p.41. Ici, la régulation est interne : la CJCE définit restrictivement le champ de la protection et exige, pour l'accès à la protection par le droit *sui generis*, la présence d'investissements substantiels pour la création de la base de données.

⁷²² Conseil européen de Lisbonne, 23 et 24 mars 2000, conclusions de la présidence, DOC/00/8.

⁷²³ Au contraire, dans les affaires Magill et IMS Health, la CJCE condamne sur le fondement du droit de la concurrence, par l'intermédiaire de la théorie des facilités essentielles, la protection par le droit d'auteur d'informations. Dans ces deux affaires, les objets protégés auraient sans doute dû ne pas être protégés par le droit d'auteur, c'est cette extension du champ de la protection qui est ici sanctionnée. cf. supra, chap.I. Dans le même sens, T. Sueur et J. Combeau, « Un monument en péril : le système des brevets en Europe », préc., spéc. p.124.

⁷²⁴ Pour une illustration, V. le préambule de la Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

⁷²⁵ T. Sueur et J. Combeau, « Un monument en péril : le système des brevets en Europe », préc., spec. p.123-124.

l'innovation. Or, selon eux, le droit des brevets offre déjà des garanties suffisantes aux consommateurs : en cas d'insuffisances, quantitatives ou qualitatives, de produits brevetés, une licence d'office peut être demandée. *« En revanche, le simple fait que des concurrents aimeraient bien pouvoir offrir le même produit et que cela ferait peut-être baisser les prix pour le bien-être du consommateur n'est pas une raison suffisante pour une action de la puissance publique. Ils pourront le faire et les prix baisseront parce que d'autres produits seront apparus qui se substitueront aux produits couverts par le brevet dans les choix des consommateurs »*. Cette période de protection, et de prix plus élevés, est néanmoins nécessaire pour rentabiliser l'innovation et permettre la poursuite des recherches et des innovations, dans l'intérêt des entreprises mais aussi des consommateurs. Selon ces professionnels, l'aura des brevets doit être restaurée. Pour cela, le brevet doit être légitime. Plutôt que des limites externes, par le biais de la théorie des facilités essentielles, ce qui ne garantit pas la sécurité juridique des titulaires de brevets, qui paient pourtant cher pour obtenir ce titre, ces auteurs prônent une application stricte de la convention de Munich et une rigueur dans l'octroi des brevets : *« l'examen des brevets doit être performant dans le fond et la forme en éliminant les brevets de piètre qualité qui perturbent le libre jeu concurrentiel »*⁷²⁶. Les auteurs expliquent en partie le laxisme de l'OEB quant à l'extension du champ de la protection par l'intérêt financier qu'il y a à admettre la protection d'un plus grand nombre d'« inventions »⁷²⁷. Une politique réellement centrée sur l'innovation devrait être sélective en qualité, et donc exigeante en termes d'accès à la protection ; accessible à tous en termes de coûts, et donc moins onéreuse en coûts de traduction et de dépôts dans les offices nationaux. Cela aurait dû être l'objectif du brevet communautaire, le brevet européen étant trop insatisfaisant. Le projet de brevet communautaire est pour l'instant en attente⁷²⁸. On notera toutefois que le droit communautaire évolue dans un sens favorable à l'innovation, notamment en admettant que le partage des connaissances, par transferts de technologies ou mise en commun de R&D ne soient plus des ententes illicites⁷²⁹. De la même manière, c'est non seulement l'intérêt du consommateur mais aussi l'atteinte à l'innovation que la Commission a pris en compte dans

⁷²⁶ *Ibidem*, p.130.

⁷²⁷ Dans le même sens, à propos du droit américain, C. Henry, préc., dénonçant les brevets de faible qualité accordés par l'UPSTO, absorbé par une logique plus budgétaire que centrée sur l'innovation et relayé par une jurisprudence laxiste.

⁷²⁸ V. N. Binctin, « Le projet de brevet européen à effet unitaire : en attendant un brevet de l'Union ? », *Propri. Intell.* 2011, p.270.

⁷²⁹ Règlement CE n°772/2004 du 27 avril 2004, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie.

l'affaire Microsoft⁷³⁰. La pertinence – ou la performance – du brevet est aujourd'hui remise en cause à divers titres, qui se rejoignent dans la critique de l'insuffisance d'effets bénéfiques sur le développement durable et l'analyse de la cause principale de cette insuffisance : le champ trop étendu de l'exclusivité. D'où la mise en place de limites à cet exclusivisme soit *a posteriori*, ces limites sont alors obtenues après contentieux et sont contraignantes, comme les licences d'office ; soit *a priori* et volontaires comme les nouvelles pratiques de mutualisation⁷³¹. Tant qu'elles restent cantonnées à ces mécanismes, ces limites remettent moins en cause l'existence de l'exclusivisme que son étendue. Ces limites nécessaires constituent moins une critique de la propriété intellectuelle que de l'étendue et des formes de l'appropriation.

⁷³⁰ Commission, décision du 24 mars 2004, aff. COMP/C-3/37.792 Microsoft : JOUE, 6 février 2007, L 32/23 ; décision condamnant la société Microsoft pour abus de position dominante, confirmée par TPICE, 17 septembre 2007, aff. T-201/04, Microsoft Corp. contre Commission des Communautés européennes (voir l'arrêt de la CJCE).

⁷³¹ Pour une présentation, V. F. Bellivier et C. Noiville, *Contrat et vivant*, préc., spéc. n°261 et s.

CONCLUSION

180. Le personnalisme a justifié l'appropriation des créations, qui est apparue comme une nécessité économique et sociale, seule capable de garantir la liberté des créateurs, de garantir le partage de la création en incitant à sa divulgation et à son exploitation. Car si la propriété rend libre, elle rend également le créateur responsable de l'exploitation de sa création. Aussi les modèles d'appropriation ont-ils initialement mis en exergue l'appropriation des créations par les créateurs. La définition même de l'objet de l'appropriation est en lien avec le créateur, qui soit marque l'œuvre de l'empreinte de sa personnalité ; soit par son activité inventive se distingue de la masse des hommes de métier, ce qui justifie l'attribution exceptionnelle d'un monopole d'exploitation.

181. Cette mise en exergue de l'individu ne peut rester sans influence sur le régime de l'appropriation. Les régimes de propriétés intellectuelles reflètent à divers degrés ce personnalisme.

182. L'industrialisation a conduit à la critique de ce personnalisme. La dépersonnalisation du droit des brevets est intervenue facilement du fait de l'importance quantitative et qualitative de l'invention d'entreprise et des investissements rendus nécessaires à la création. En matière d'œuvre de l'esprit, le mouvement dépersonnalisant est plus lent : dans de nombreux genres de création, il n'est pas tant besoin d'investissement pour créer que pour exploiter. La fin du personnalisme est au cœur de la critique du modèle d'appropriation de la propriété intellectuelle, que ces critiques n'atteignent que l'organisation du régime actuel ou qu'elles visent sa légitimité politique et philosophique.

183. Dans l'une et l'autre branche de la propriété intellectuelle, on observe la montée de la question du collectif, aussi bien quant à l'exercice ou à la gestion des droits que dans ses fondements. La revendication d'un modèle de partage de la richesse particulière que constitue la création, scientifique – dans sa forme littéraire ou technique – ou culturelle met ici en exergue un autre collectif, une autre communauté que celle de l'entreprise. La problématique ne se résume plus ici à la question de la titularité des droits ou des modes de gestion des propriétés mais pose la question d'un changement de paradigme dans la protection des créations pour mieux inciter à la création et à l'exploitation des créations, mais aussi mieux rémunérer les créateurs. Ces débats relèvent encore souvent de l'idéologie, parfois de l'utopie. Mais un mouvement en ce sens se dessine.

184. Le droit positif reste centré sur l'appropriation et l'exclusivité, techniques fondamentales du droit positif et du système économique.

185. A ce titre, sans doute, n'y a-t-il pas lieu de critiquer le personnalisme pour être trop romantique car c'est lui qui a fondé et fonde encore l'appropriation. Et la technique juridique a besoin de cette légitimation politique et philosophique. En comparaison, l'analyse du modèle de l'appropriation des fruits du travail met d'ailleurs en évidence l'individualisation et le personnalisme comme élément justifiant la reconnaissance de nouveaux objets de droit. A une époque où tout est signé, marqué, le nom de l'auteur est aussi un élément de valorisation. Au-delà de la critique fondamentale de la légitimité de la propriété intellectuelle, la véritable question sous-jacente à la critique du personnalisme n'est sans doute pas tant la critique en soi de l'individualisation, de la légitimité de l'appropriation privée ou le romantisme mais bien le rapport antagoniste entre le créateur et l'exploitant, entre le salarié et l'employeur, la personnalité de l'individu, membre de la communauté que constitue l'entreprise, ayant vocation à être dissoute dans la personnalité « morale », fictive, de l'entreprise, du moins aux yeux de ceux qui la représentent.

CONCLUSION DU TITRE I.

186. Ce premier titre a permis d'observer, de manière empirique, les différentes modalités d'appropriation des fruits du travail et des créations. Cette observation a permis de dégager deux modèles d'appropriation distincts :

- le modèle d'appropriation des fruits du travail est un modèle qui favorise la propriété de l'investisseur, de l'entrepreneur, au détriment du travailleur, qui bénéficie certes d'un droit à rémunération, mais qui n'a pas vocation à la propriété du fruit du travail susceptible de faire l'objet d'une propriété. La protection du travailleur passe plus par la mise en place d'un statut protecteur, contrepartie notamment de la subordination, de l'abandon de la liberté, que par la propriété. Pour avoir vocation à la propriété des fruits de son travail, le travailleur doit soit être le propriétaire de l'objet, corporel ou incorporel, dans lequel le travail va s'incorporer, soit démontrer l'existence d'une valeur particulière de son travail, qui permet de l'identifier et de le valoriser à travers la reconnaissance d'un droit patrimonial particulier. Cette identification peut prendre des formes très diverses, qui vont de la réification à la personnification de l'activité, à travers les modes de protection traditionnels de l'entreprise (fonds de commerce, apport en industrie, parts sociales, entité économique autonome, clientèle) ou les droits patrimoniaux sur les éléments de la personnalité du travailleur (droit sur le nom de famille déposé à titre de marque ou employé comme nom commercial, droit sur l'image, droit sur la renommée). Les contrats, notamment le contrat de travail, les contrats de transmission ou partage d'informations ou de savoir-faire, les contrats de confidentialité sont également des modes de réservation des valeurs ;
- le modèle d'appropriation des créations est un modèle qui met en avant la vocation propriétaire du créateur, la création étant le fait générateur de la propriété. C'est la jouissance de la propriété et le contenu de la propriété qui assurent la protection du créateur, notamment par les garanties qu'elle confère à l'égard des exploitants et des tiers. Le rôle de la propriété est ici d'affermir et de sécuriser l'exploitation pour garantir une rémunération de la création à travers cette exploitation. On remarque toutefois une remise en cause de l'individualisme propriétaire du fait de la prégnance de la création d'entreprise, très majoritairement salariée, en droit des brevets et du fait de la gestion collective des droits de propriété individuelle des créateurs en droit d'auteur.

187. Au-delà de la mise en évidence de ces deux modèles d'appropriation, ce premier titre a permis d'en observer les points de convergence et de divergence. Ces deux modèles mettent en exergue le rôle de la propriété dans la réservation des richesses produites par l'homme.

188. Or cette propriété entretient des rapports certains avec la liberté. Le travail étant subordination l'exclut en principe : la propriété revient à celui qui fournit la matière, qui investit autre chose que lui-même et assume dès lors les risques de l'exploitation, la responsabilité étant à la fois le prix et la cause de la propriété ; le travailleur a, lui, droit à rémunération. La création, elle, doit au contraire être libre pour être expression de créativité. Aussi la propriété revient au créateur. Toutefois, dès lors que la création exige des investissements si conséquents que la création ne peut plus être individuelle et exige d'être organisée dans le cadre d'une entreprise, le paradigme de l'appropriation est modifié.

189. Par ailleurs, à l'heure de nos sociétés postmodernes, où le travail est de moins en moins laborieux et de plus en plus intellectuel, travail et création tendent à se rapprocher : le travail s'individualise, son appropriation aussi ; la création s'organise collectivement, son appropriation aussi. Les modèles se modifient, se complexifient, les lignes de partage s'entrecroisent. Restent des évidences : le travail et la création sont à l'origine d'objets de droit de natures diverses, appropriés par celui qui a pris l'initiative de leur production, qui rémunère ceux qui ont contribué à cette production, et qui en assume l'exploitation. Les différences de nature de ces objets conduisent à des différences de régime : différences qui s'expriment quant à la protection dont bénéficie ces objets, à la titularité des droits exercés sur ces objets ainsi qu'aux attributs de ces droits. Pourtant, ces droits semblent relever d'une seule et même catégorie : le législateur ou la doctrine invitent à la qualification de ces droits en droits de propriété, qualification qu'il convient maintenant de mettre en question.

TITRE II.

ANALYSE SYSTÉMIQUE : LA QUALIFICATION DE PROPRIÉTÉ DES DROITS SUR LES CRÉATIONS ET LES FRUITS DU TRAVAIL

190. **Problématique.** Au vu de l'importance du travail et de la création comme mode de production de la valeur dans nos sociétés, les mécanismes de réservation de ces valeurs se sont multipliés et affinés. Le premier titre de cette partie a permis d'inventorier les modes d'appropriation des fruits du travail et de la création et d'identifier les principes de titularité qui régissent les deux modèles d'appropriation. Il convient maintenant de confronter ces techniques juridiques à la qualification de propriété pour déterminer, si la référence à la propriété correspond à une réalité technique ou si la référence à la propriété a surtout une valeur symbolique. L'opération de qualification exige toutefois de définir le droit de propriété. Or le premier obstacle pour mener l'opération de qualification tient à la diversité des théories de la propriété.

191. **Propriété intellectuelle et droit réel.** Le droit d'auteur et le droit des brevets sont deux branches de la propriété intellectuelle. Par cette appellation, le législateur semble avoir clairement qualifié ces droits de droits de propriété. Pourtant, la définition classique du droit de propriété peut interroger quant à cette qualification. La propriété est définie comme le « *type le plus achevé de droit réel* » : « *employé seul, [le terme propriété] désigne la propriété privée – droit individuel de propriété – et la pleine propriété, type le plus achevé de droit réel : droit d'user, jouir et disposer d'une chose d'une manière exclusive et absolue sous les restrictions établies par la loi (Civ., art. 544)* »⁷³². Est-ce à dire que les droits de propriété intellectuelle sont des droits réels ? Ceux-ci sont définis comme les droits qui « *porte[nt] directement sur une chose (jus in re) et procure[nt] à son titulaire tout ou partie de l'utilité économique de cette chose* »⁷³³. Le droit d'auteur et le droit de brevet sont des droits qui permettent à leur titulaire de bénéficier de l'utilité économique de l'œuvre de l'esprit ou de l'invention. Toutefois, le mot réel concerne ce « *qui a pour objet une chose (corporelle) ou un droit sur une chose* »⁷³⁴. La référence à la corporéité de la chose exclut de la qualification les droits d'auteur et de brevet.

192. Le vocabulaire Cornu poursuit en définissant le mot réel « *dans un sens très voisin, qui est attaché à la propriété ou à la possession d'une chose* »⁷³⁵. Or la possible possession des œuvres de l'esprit et des inventions n'est pas évidente⁷³⁶. Déjà Roubier avait qualifiés ces droits de droits de clientèle⁷³⁷. Picard, en Belgique, a classés dans une catégorie séparée, à côté des droits réels

⁷³² G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, préc.

⁷³³ *Ibidem*.

⁷³⁴ *Ibidem*.

⁷³⁵ *Ibidem*.

⁷³⁶ Cf. infra n°260.

⁷³⁷ P. Roubier, *Droits intellectuels ou droits de clientèle*, Sirey, 1935.

et personnels, les droits intellectuels⁷³⁸. Le vocabulaire Cornu ne se lance pas dans un tel débat et définit la propriété littéraire et artistique comme une « *expression employée pour désigner le monopole temporaire d'exploitation pécuniaire appartenant à l'artiste ou à l'écrivain sur son œuvre et aussi, dans un sens plus large, l'ensemble des droits patrimoniaux ou non, reconnus au créateur d'une œuvre de l'esprit* »⁷³⁹. Le droit n'est donc pas qualifié⁷⁴⁰.

193. Il en est de même de la propriété industrielle : « *expression employée pour désigner soit un monopole d'exploitation (brevet d'invention, dessin ou modèle), soit le droit exclusif à l'usage d'un nom commercial, d'une marque ou de tout autre signe permettant l'identification d'un commerçant ou d'un industriel* »⁷⁴¹ ou « *expression employée pour désigner spécifiquement le droit de brevet par opposition au droit de marque (propriété commerciale)* »⁷⁴², laquelle propriété commerciale est définie comme l'« *expression donnée au droit, pour le preneur, d'obtenir, à l'expiration du contrat, le renouvellement du bail commercial ou, à défaut, une indemnité d'éviction (si du moins le refus de renouvellement ne procède pas d'un motif légitime* »⁷⁴³ ou « *expression employée pour désigner le droit de marque par opposition au droit de brevet* »⁷⁴⁴. La propriété commerciale désigne donc à la fois un droit exclusif (le droit de marque n'est pas qualifié de monopole d'exploitation) et un droit personnel (droit au renouvellement du bail ou à une indemnisation). Le vocabulaire Cornu parle d'ailleurs d'une « *expression* », prenant ainsi des distances avec la valeur qualifiante du terme⁷⁴⁵. En matière de travail, aucun droit de propriété n'est en tant que tel reconnu.

194. **Existence de quasi-propriétés ?** Si certains ont pu évoquer l'existence d'une quasi-propriété sur le travail⁷⁴⁶, la qualification de propriété des droits portant sur les fruits du travail dépendra de l'incorporation du travail dans une chose susceptible ou non d'être appropriée. Le droit à rémunération/indemnisation du travailleur est clairement un droit personnel, ce qui exclut *a priori* la qualification de droit de propriété. Il en est de même des actions et parts sociales. Quant au fonds de commerce, qui est une chose incorporelle, fait-il l'objet d'un droit réel ?

⁷³⁸ E. Picard, *Le droit pur*, Ernest Flammarion, 1908.

⁷³⁹ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, préc.

⁷⁴⁰ Contrairement à l'usufruit par exemple, clairement qualifié de droit réel.

⁷⁴¹ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, préc.

⁷⁴² *Ibidem*.

⁷⁴³ *Ibidem*.

⁷⁴⁴ *Ibidem*.

⁷⁴⁵ Comp. les termes « action » (notamment action collective) ; « contrat ».

⁷⁴⁶ J.M. Mousseron, J. Raynard, T. Revet, « De la propriété comme modèle », préc.

195. Les fruits du travail et de la création sont bien souvent des fruits incorporels, dématérialisés ou intellectuels. L'appropriation du travail passe également par la reconnaissance de droit personnel, la qualification de propriété peut donc poser problème si la propriété est définie comme un droit réel. Tel n'est pas le cas si le droit de propriété n'est pas un droit réel mais une technique (un droit) permettant d'approprier aussi bien les droits réels que les droits personnels.

196. La question de la qualification des droits portant sur les fruits du travail et de la création n'est donc pas anodine : elle n'est pas si évidente qu'il y paraît et implique des conséquences sur la définition du concept même de propriété. C'est pourquoi après avoir étudié l'influence des théories de la propriété sur la qualification (chapitre I), nous étudierons l'influence de la qualification sur les théories de la propriété (chapitre II).

CHAPITRE I.

L'INFLUENCE DES THÉORIES DE LA PROPRIÉTÉ SUR LA QUALIFICATION

197. **Préambule méthodologique.** L'opération de qualification juridique consiste à confronter un droit dont la nature n'est pas définie aux critères de qualification des droits « nommés ». Dans le titre premier, l'analyse de l'appropriation des fruits du travail et des créations a permis de mettre en exergue divers moyens d'organiser la réservation des valeurs produites par le travail ou la création. Cette analyse n'emportait pas pour autant qualification de bien et de droit de propriété. En effet, la première analyse a seulement consisté à démontrer l'existence d'un objet et d'un droit portant sur cet objet. Il convient désormais de confronter ces objets et ces droits aux critères de qualification de bien et de propriété. Or la détermination de ces critères pose difficulté au vu de la pluralité des théories de la propriété.

198. **Pluralité des théories de la propriété.** Le droit des biens pose aujourd'hui encore des difficultés sémantiques : ni la nature, ni le contenu, ni l'objet du droit de propriété ne sont définis unanimement par la doctrine, le Code laissant apparaître de nombreuses contradictions. Le droit des biens, au sein du Code civil, n'apparaît ni unifié, ni clair et plutôt vieilli. L'analyse historique ne permet pas de dépasser les incertitudes, d'une part, car le Code civil a voulu opérer une rupture par rapport au droit médiéval et, d'autre part, car le droit romain ne peut être pleinement utile à comprendre la matière puisqu'il ignorait alors la notion de droit subjectif, notion qui a inévitablement bouleversé les représentations. Mikhaïl Xifaras conclut sa thèse, consacrée au concept de propriété dans la doctrine du XIX^e siècle, en mettant en évidence qu'il n'existe pas un mais des modèles propriétaires : la propriété est pour les uns une maîtrise souveraine ; pour les autres l'appartenance patrimoniale ; et, concernant les propriétés industrielles, littéraires et artistiques, une réservation de jouissance. A propos de ce troisième modèle, il observe le tiraillement entre la qualification de propriété, qui paraît naturelle et la difficulté à retenir la qualification de propriété pour des objets nouveaux, trop proches de l'homme pour en être distincts, dont la réservation paraît nécessaire sans être absolument légitime. Ainsi, « *dans la propriété réservataire, (...), la propriété porte sur l'activité même du propriétaire, et non sur la chose qui reste toujours, quant à son essence, en deçà de toute appropriation réelle, à l'instar des idées dans le droit d'auteur ou de la terre dans la saisine coutumière. Peut-être faut-il alors faire droit à l'intuition selon laquelle ce mode de conceptualisation de la propriété est toujours celui des défrichements inauguraux, des accumulations initiales, encore trop timides pour se penser comme de véritables appropriations, où l'homme ose pour la première fois étendre son empire sur des forêts enchantées, des trésors de pensée et autres objets qu'il ne sait pas encore se représenter comme siens* »⁷⁴⁷. « Forêts enchantées », « trésors de pensée », la comparaison met en exergue à la fois la dimension sacrée du travail ou de la création en ce

⁷⁴⁷ M. Xifaras, préc. p.484.

qu'ils sont le fruit de l'activité humaine, en ce que ces objets, peut-on dire ces choses, entretiennent une relation privilégiée avec la personne et leur valeur intrinsèque, difficilement mesurable mais fortement pressentie. Leur réservation devient nécessaire et s'impose inexorablement. « *Après la soumission des choses naturelles au propriétaire souverain, l'identité de soi à son monde dans l'appartenance patrimoniale, la propriété réservataire trouverait à se définir dans l'entre-deux de l'esprit présent et de l'esprit passé, du travail vivant et du travail mort, comme si la donne anthropologique était changée, comme s'il n'était désormais plus question de maîtriser le monde naturel, ni même le monde de l'homme, mais l'homme lui-même, ses propres facultés créatrices* »⁷⁴⁸. Si ces trois conceptions sont analysées successivement par le philosophe, elles se mêlent, s'entremêlent et se superposent allègrement aujourd'hui, toutes participant de la construction du concept de propriété en droit moderne, toutes influençant l'évolution du droit des biens aujourd'hui. Le droit de propriété ne laisse pas les commentateurs. Aussi la qualification de la réservation du travail et de la création en propriété est à la fois aisée et malaisée. Si tout droit subjectif est une propriété, alors le droit de l'auteur sur son œuvre, le droit du breveté sur son titre sont clairement des propriétés⁷⁴⁹. Quelle conclusion tirer d'une telle qualification ? La propriété de l'auteur est-elle pour autant soumise au même régime que la propriété des immeubles, d'un usufruit ou des créances ? L'on ne saurait conclure cela. Dans cette acception, ces propriétés relèvent d'un même genre, le droit subjectif, mais sont des propriétés spéciales. Mais quelles sont les conséquences d'une telle qualification sur le concept général de propriété⁷⁵⁰ ? Plus classiquement, le droit de propriété se limite aux choses. Les propriétés incorporelles peuvent-elles alors véritablement accéder à la qualification de propriété ? Qu'est-ce que la propriété quand elle n'est qu'une maîtrise souveraine ? Une exclusivité de jouissance et de disposition, accordée au propriétaire sur toutes les utilités que présente sa chose, sauf celles que l'usage ou les règlements ont exclues. Une telle acception semble suffisamment large pour admettre la

⁷⁴⁸ *Ibidem*.

⁷⁴⁹ La qualification des propriétés incorporelles de droit subjectif ne peut être mise en cause eu égard à la définition classique du droit subjectif. V. pour une telle définition H. Capitant, « sur l'abus de droit », RTDCiv. 1928, p.365, spec. p.372 : « *qu'est-ce qu'un droit subjectif ? Pour en trouver le type, il faut considérer les rapports patrimoniaux ou économiques qui se forment entre les hommes. Dans ces rapports, le droit nous apparaît comme un pouvoir, sanctionné par l'autorité publique, appartenant à l'homme à l'encontre des autres hommes (droits absolus, comme le droit de propriété, le droit de l'auteur, de l'inventeur), ou à l'encontre d'une ou plusieurs personnes déterminées (obligations ou droits de créance) et ayant pour objet la protection d'un intérêt économique. Plus simplement, on peut dire avec Ihering que le droit est un intérêt juridiquement protégé* ».

⁷⁵⁰ V. J. Ghestin (dir.), M. Billiau et G. Loiseau, *Traité de Droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, spec. n°5 à 18 : distinguant dans l'introduction générale, l'obligation (lien de droit) de la créance (le résultat économique attendu de l'exécution de l'obligation), considérant que toutes les créances ne sont pas des biens, que la qualification de bien des créances de somme d'argent ne « *produit pas de conséquences fâcheuses* » et peut même par certains côtés être utile, sans pour autant permettre la cessibilité pure et simple des créances.

qualification de propriété des propriétés incorporelles. Quelles conséquences emporte cette qualification, admise par des auteurs de plus en plus nombreux, sur le concept de propriété ?

199. Il convient donc de présenter les difficultés de qualification liées aux incertitudes sur la définition de la propriété (section I). Les doctrines étant en la matière diverses et prolifiques, on se basera sur les éléments communs à toutes ces doctrines pour apprécier la qualification des fruits du travail et de la création (section II).

SECTION I.

DÉFINITION INCERTAINE DE LA PROPRIÉTÉ ET DIFFICULTÉS DE QUALIFICATION

200. Il existe plusieurs théories de la propriété (I). En fonction de celles-ci, la qualification de propriété des droits sur le travail et la création est soit évidente, soit à démontrer. Il apparaît toutefois que toutes ces théories se rejoignent sur des points essentiels de définition. C'est finalement sur le dénominateur commun à toutes les théories (II) que nous nous appuierons pour les opérations de qualification.

§ 1. PRÉSENTATION SYNTHÉTIQUE DES THÉORIES DE LA PROPRIÉTÉ

201. La diversité des théories s'explique, d'une part, par la polysémie du terme (A) et d'autre part, par la polymorphie du droit de propriété (B). Selon que l'on adopte une conception large ou stricte de la notion de propriété, la définition proposée mettra plus ou moins en relief certains de ses attributs ou de ses caractéristiques.

A. Polysémie du terme propriété

202. Le droit de propriété est le plus souvent présenté comme le droit réel « *par excellence* »⁷⁵¹. Le droit réel est défini dans le Vocabulaire juridique comme celui « *qui a pour objet une chose* »⁷⁵², la chose étant qualifiée entre parenthèses de « *(corporelle)* ». La qualification permet ici de situer le droit de propriété au sein des droits patrimoniaux : le droit de propriété est un

⁷⁵¹ F. Terré et P. Simler, *Droit civil, Les biens*, 5^e éd., Dalloz, précis, 2000, n°107. V. aussi G. Cornu, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, 12^e éd., Domat, Montchrestien, 2005, n°1011, qualifiant le droit de propriété de « *canon ou, au moins, référence, pour d'autres droits, (idéal à atteindre ou modèle à abattre ; nombre d'or ou veau d'or de l'ordre juridique)* » ; P. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, 4^e éd., Defrénois, 2010, n°431 et 432, qualifiant tout à tour le droit de propriété de droit absolu, sans limite et complet. Le droit de propriété est aussi le « *modèle* » du droit réel : « *c'est par rapport à lui que les juristes ont tendance à raisonner* », C. Atias, *Droit civil, Les biens*, 11^e éd., Litec, 2011, n°72. V. aussi qualifiant le droit de propriété de droit réel « *le plus parfait et le plus complet* », C. Larroumet, *Droit civil, T. II, Les biens, droits réels principaux*, 6^e éd., Economica, 2006, n°155 ; ou qualifiant le droit de propriété de droit réel « *universel* », M. le Marquis de Vareilles-Sommières, « la définition et la notion juridique de la propriété », RTDCiv. 1905, p.443, spec. p.445. Ou encore estimant que « *le droit de propriété est le droit fondamental, le droit-type* », R. Martin, « De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété », RTDCiv. 1975, p.52.

⁷⁵² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, préc. ; V. aussi J. Dabin, « Une nouvelle définition du droit réel », RTDCiv. 1962, p.20, spéc. p.28 : « *Tout droit ou appartenance comporte en effet, dans sa structure, un sujet, bien sûr, mais aussi un objet, sans compter, en outre, un contenu. (...) Qu'on le veuille ou non, il est impossible d'échapper à cette constatation que le droit de propriété a pour objet une chose, que le droit de créance a pour objet (il ne faut pas hésiter sur le vocable) une personne.* »

droit patrimonial, qui plus est un droit réel et se distingue donc des droits personnels. De plus en plus d'auteurs atténuent néanmoins la portée de la *summa divisio* entre droits réels et droits personnels en admettant que les choses incorporelles introduisent une difficulté particulière puisque, sans faire l'objet d'un droit personnel, elles ne constituent pas un droit réel au sens strict. « Ainsi en est-il des droits de propriété sur les choses incorporelles. Sans doute, ils ne sont pas des droits réels, mais ils ne sont pas non plus des droits personnels »⁷⁵³ et le Professeur Larroumet de conclure que leur étude relève du droit des biens. Traditionnellement, on présente le droit de propriété comme un droit réel car il porte sur une chose et est opposable *erga omnes*⁷⁵⁴. Néanmoins, le droit réel complet que serait la propriété est différent des autres droits réels car il établit une relation d'appartenance qui, en principe, est une relation exclusive, alors que les autres droits réels, principaux ou accessoires, portent sur les biens d'autrui. Cette présentation classique du droit de propriété a pu être remise en cause : certains critiquent la qualification de droit réel⁷⁵⁵, les droits réels (droits portant sur la chose d'autrui⁷⁵⁶) comme les droits personnels (droits portant sur une personne, et plus précisément sur le patrimoine d'autrui⁷⁵⁷) pouvant être appropriés. Dans cette théorie, la propriété est essentiellement un rapport d'appartenance, elle est le lien entre la personne juridique et son patrimoine. Au contraire, d'autres, considérant que seuls les droits – et non les choses – sont appropriés, assimilent le droit de propriété lui-

⁷⁵³ V. en ce sens, C. Larroumet, *Droit civil, T. II, Les biens, droits réels principaux*, préc.

⁷⁵⁴ V. sur l'obligation passive universelle, M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, T. 1, n°2158 ; et, au contraire, sur l'absence d'incidence de l'opposabilité *erga omnes*, S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, relevant le même caractère de la part de la créance, qu'il qualifie par conséquent d'objet du droit de propriété. Pour une présentation synthétique et critique de chacune de ces théories, C. Larroumet, préc. n°12 et s., rappelant la nécessaire distinction de l'effet relatif du droit personnel et de son opposabilité absolue. Et sur cette question du caractère relatif par l'effet et absolu par l'opposabilité des droits tant personnels que réels, J. Dabin, « Une nouvelle définition du droit réel », préc., spéc. p.32 et 33.

⁷⁵⁵ F. Zenati et T. Revet, *Les biens*, coll. droit fondamental, PUF, 2^{ème} édition, 1997, n°2 et n°88.

⁷⁵⁶ S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*, préc., V. aussi, en réponse au Professeur Jean Dabin, S. Ginossar, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », RTDCiv. 1962, p.573.

⁷⁵⁷ F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Manuel de droit des personnes*, préc., n°229 et : « De la même manière que l'obligation réelle se transmet avec la chose, les obligations personnelles se transmettent et s'acquièrent avec le patrimoine. Cette solidarité qui l'unit aux biens fait de l'obligation une manifestation de l'aptitude des personnes juridiques à la propriété et, plus précisément, de l'aptitude à disposer. Le caractère universel du bien grevé par l'obligation personnelle s'explique par le particularisme de la sanction de cette forme d'obligation. (...) Dans l'obligation personnelle, la prestation attendue ne résulte pas de l'utilité d'une chose mais de la prestation d'une personne. La chose n'intervient que pour compenser l'inexécution par le débiteur de sa prestation. (...) Le lien qui dédouble l'obligation personnelle pour en compenser l'inexécution ressemble fort à une obligation réelle ; la loi la qualifie de gage (art. 2285 C.civ.) et la doctrine de droit de gage général. (...) On comprend à présent pourquoi s'obliger consiste toujours à disposer de ses biens. Dans l'obligation réelle, s'obliger, c'est grever un bien d'un droit réel, dans l'obligation personnelle, c'est constituer un droit d'une nature voisine sur ses biens. L'engagement personnel mobilise bien le premier aspect de la personnalité juridique qui est le pouvoir fondamental de disposer. Le débiteur constitue sur l'universalité de ses biens un droit qui, pour n'être pas réel stricto sensu, n'en affecte pas moins la propriété de ses biens ».

même à un bien patrimonial⁷⁵⁸. Dans la première analyse, la propriété se confond avec la notion de droit subjectif⁷⁵⁹. Dans la seconde analyse, la propriété est un droit subjectif parmi d'autres. Or Dabin caractérise le droit subjectif à la fois par l'appartenance et la maîtrise⁷⁶⁰. Il convient donc, préalablement à tout développement, de préciser les différentes acceptions du terme 'propriété' pour éviter les ambiguïtés ultérieures : le concept de propriété évoque inévitablement un rapport d'appartenance, le rapport entre le sujet et le contenu de son patrimoine, c'est-à-dire la titularité des droits (1) ; mais, au-delà du lien du droit entre le sujet et la chose, le droit de propriété est aussi par essence une exclusivité (2).

1. Une titularité

203. Dans l'acception « patrimoniale » de la propriété, deux éléments sont essentiels, le bien (a) objet de la propriété et la titularité opérée par la propriété (b).

a. Biens et patrimoine

204. **Notion de bien.** La définition du droit de propriété passe par la querelle intemporelle sur la définition de son objet, c'est-à-dire du terme « bien ». Qu'est-ce que l'objet du droit de propriété ? Le bien. Mais ce bien, est-ce la chose ou le droit qui porte sur la chose ? L'article 526 du Code civil, qui classe parmi les immeubles l'usufruit, les servitudes et les actions en revendication portant sur les biens immobiliers⁷⁶¹ incite à penser que l'objet du droit de propriété peut être un droit. Tel est en effet le cas de l'usufruit des choses immobilières, des servitudes ou services fonciers et des actions qui tendent à revendiquer un immeuble. Ces droits sont des biens immeubles car ils se rapportent à un immeuble. Le droit de propriété est-il alors lui-même qualifiable de bien ou est-ce la chose qui est un bien ? L'article 544 précise que le droit de propriété est le droit de jouir et disposer des choses. Lorsqu'il définit les meubles et les immeubles par nature ou par destination, le Code se réfère aux choses : il s'agit pour les immeubles des fonds de terre et des bâtiments, des moulins à

⁷⁵⁸ C. Caron, *Le droit des biens*, Dalloz, 2002, coll. connaissance du droit, p.13.

⁷⁵⁹ F. Zenati, *La nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse Lyon, 1981.

⁷⁶⁰ J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, spéc. p.80 et s. V. déjà J. Dabin, *La définition du droit subjectif*, Mémoires de l'Académie royale de Belgique, section lettre, 1947, T. 33, p.107. V. également commentant la thèse de M. Ginossar, J. Dabin, « Une nouvelle définition du droit réel », RTDciv. 1962, p.20.

⁷⁶¹ V. aussi l'article 529 qui qualifie de meubles par détermination de la loi les obligations et actions qui ont pour objet des sommes d'argent ou effets mobiliers, les actions et parts sociales, les rentes perpétuelles ou viagères. V. les articles 530 et 1983 du Code civil (relatifs aux rentes). Sont aussi susceptibles de cession les droits réels immobiliers (Cciv., art 2181). Enfin, le droit commercial permet l'escompte des effets de commerce et des créances.

vent ou à eau, des récoltes pendantes et des fruits non encore recueillis, des animaux pour le service et l'exploitation d'un fonds ; et pour les meubles, des animaux et des corps qui peuvent se transporter. Sont meubles par détermination de la loi les obligations et actions qui ont pour objets des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, les rentes perpétuelles ou viagères, c'est-à-dire l'argent et les titres, « choses immatérielles » ou plutôt « valeurs matérialisées »⁷⁶². Ainsi sont des biens les choses et les droits qui portent sur ces choses⁷⁶³ (usufruit, servitudes, actions), la qualité de ces biens (meuble ou immeuble) dépendant de la nature et de la destination de la chose à laquelle ils se rapportent.

205. **Confusion entre le bien et le droit de propriété.** On a pu remarquer que « *la transparence du droit de propriété, fondu dans la chose qui en est l'objet, confondu à elle, comme le soulignait Ihering, marque bien l'empreinte romaine sur le droit français contemporain comme elle impose le relatif éclatement de la notion de bien* »⁷⁶⁴. Et ces auteurs d'ajouter qu'à l'époque romaine, cette transparence « *traduisait la volonté du droit romain d'affirmer l'exclusivisme de la propriété* ». Cette transparence évoquait donc que le propriétaire de la chose en était le maître exclusif puisqu'il disposait de l'ensemble de ses utilités et que toute utilité que la chose pourrait développer relèverait du droit de propriété. Dès lors que le droit contemporain n'est plus marqué par la quête de l'exclusivité mais, au contraire, par sa remise en cause, mouvement qui a d'abord été mis en évidence par la fonction sociale de la propriété⁷⁶⁵ puis mis en œuvre par l'explosion des contraintes légales et réglementaires imposées à la propriété privée⁷⁶⁶, « *la notion de bien ne reflète plus le droit des biens. Il reste alors à dégager les conclusions qui s'imposent au plan conceptuel. En effet, si la*

⁷⁶² Cf. infra n°293 et s., les développements sur la corporéité des titres, d'après le professeur D. R. Martin. V. aussi R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, 1992, coll. Bibl. de dr. privé, T.225, préf. P. Mayer.

⁷⁶³ Sur les ambiguïtés terminologiques et les difficultés qu'elles posent, V. W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », RTDciv. 2012, p.419, qui rappelle que la propriété doit être « cantonnée aux choses » et ne porte pas sur des droits. Sur les difficultés liées au terme « bien » et ses rapports avec les choses et les droits, W. Dross, *Droit des biens*, Domat – Montchrestien, 2012, n°1 et 2, concluant à la possible distinction des termes « chose » et « bien » et à la limitation de l'objet de la propriété aux choses : « *Une partie de la doctrine n'hésite pas à parler de propriété des droits, faisant ainsi du droit l'objet d'un autre droit. Nous rejetons cette analyse. Le droit est peut-être un bien mais ce n'est pas une chose* ».

⁷⁶⁴ C. Caron et H. Lécuyer, préc. p.11

⁷⁶⁵ Cf. infra n°307 et s.

⁷⁶⁶ Le mouvement entamé par l'émergence des théories des troubles anormaux du voisinage et de l'abus de droit, poursuivi par les législations en matière de salubrité publique, subit lui aussi l'inflation législative récente : au-delà de la protection des locataires accordée au détriment des propriétaires, les règles relatives à la protection du patrimoine ou de l'environnement et les normes de sécurité imposent des contraintes spécifiques aux propriétaires en dehors de toute exploitation de leur bien, sans compter le développement de l'expropriation corrélatif au développement de la notion d'utilité publique.

*quête de l'exclusivité de la propriété n'est plus celle du droit positif, il ne s'impose plus, dès lors, de confondre le droit et la chose sur laquelle il porte »*⁷⁶⁷. Une telle conclusion impose néanmoins de considérer que le droit de propriété lui-même doit être qualifié de bien⁷⁶⁸, paradoxe sur lequel nous reviendrons bientôt.

206. **Notion de meuble.** Alors que le Code civil maintient une ambiguïté sur l'objet du droit de propriété, voire sur le terme de « propriété », sur la distinction des biens et des choses, des choses et des droits, des biens et des droits, il pose avec précaution les différents sens que le terme « meuble » peut recouvrir dans le code ou dans la pratique contractuelle ou judiciaire. Ainsi, les articles 533 à 536 illustrent la polysémie du terme « meuble »⁷⁶⁹. L'objectif de ces articles est en fait de déterminer ce qui a été vendu lorsque l'on a procédé à une vente de maison meublée, ou lorsque l'on saisit les effets mobiliers d'une personne. Il ne s'agit donc pas ici de qualifier ces choses de *biens* au sens technique (c'est-à-dire de chose susceptible de propriété, puisque cela est évident) mais de distinguer le sens technique du mot *bien* du sens courant de ce même terme⁷⁷⁰.

207. **Le bien, la chose et la propriété.** Si la chose se distingue du droit, elle n'est pas pour autant neutre : elle permet sa qualification. La chose, si elle n'est pas un bien, est l'objet sur lequel porte le droit qui constitue le bien. Elle est à la fois l'objet du droit de propriété, qui est lui-même un bien, et l'objet d'autres droits. Ainsi, sur une même chose peuvent porter plusieurs droits : droit de propriété, servitude, possession, hypothèque. *« Doté d'une autonomie certaine par rapport à son objet, le droit de propriété ne se distinguerait plus tant, à le regarder sous le prisme de la notion de bien, des autres droits et accèderait lui-même à la qualification de biens, rejetant hors de la catégorie les choses sous son emprise »*⁷⁷¹. Il s'agit en fait de remarquer ici que ce sont les droits et non les choses qui appartiennent au patrimoine de la personne. Seules les abstractions relèvent

⁷⁶⁷ C. Caron et H. Lécuyer, préc. p.11.

⁷⁶⁸ C. Caron et H. Lécuyer, préc. p.13 ; Contra F. Zenati et T. Revet, *Les biens*, 2^e éd., préc., n°2. Cf. infra n°208.

⁷⁶⁹ Ces articles distinguent notamment le sens technique du sens commun dans la loi et dans les contrats : meubles meublants à distinguer des effets mobiliers (ou mobilier ou meuble) qui comprennent les meubles meublant et d'autres effets mais pas l'argent comptant, les pierreries, les dettes actives, les livres et les médailles, les instruments des sciences, des arts et des métiers, le linge de corps, les chevaux, équipages, armes, grains, vins, foin et autres denrées, et ce qui fait l'objet d'un commerce (encore que cette dernière affirmation soit source d'ambiguïté dans la mesure où il ne faut pas comprendre qu'elle ne laisserait à la catégorie des meubles que les choses hors du commerce mais qu'elle exclut les choses dont la commercialité est courante comme les denrées).

⁷⁷⁰ « meubles meublants » dans le sens le plus courant, mais aussi, parfois, surtout dans les actes juridiques, « meubles saisissables », c'est-à-dire l'ensemble des possessions matérielles à l'exception des effets personnels, des outils de travail, des provisions et de l'argent comptant.

⁷⁷¹ C. Caron et H. Lécuyer, préc. p.12.

du droit, seules les valeurs, c'est-à-dire les utilités, seuls les droits donc, relèvent du patrimoine. Est-ce à dire que la propriété doit être qualifiée de bien ? On pourrait y voir un certain contresens.

208. **Droits et biens.** Les droits réels immobiliers sont qualifiés d'immeubles parce qu'ils sont soumis à un régime spécifique plus proche de celui du droit de propriété que de celui des droits personnels. Contrairement aux droits personnels, sauf exceptions expressément prévues⁷⁷², les droits réels peuvent en effet être cédés et abandonnés. D'aucuns ont déduit de l'admission de la cession de créance et de celle, progressive, de la cession de dette, que les droits réels comme les droits personnels faisaient l'objet d'une propriété et que la propriété n'étaient finalement que le rapport entre l'individu et ses droits ou ses choses. Pour ceux-là, il est clair que le droit de propriété en ce qu'il a notamment pour objet les droits réels eux-mêmes ne peut que s'en distinguer : *« les droits peuvent assurément être considérés comme des biens car ils se prêtent parfaitement à la jouissance privative : il est de l'essence des droits d'être attribués à une personne déterminée. (...) Seuls peuvent être des biens les droits qui ne réalisent pas l'appropriation des choses : car il serait absurde (et, en outre, inutile) d'approprier le rapport d'appropriation. Telle est la fonction du droit de propriété, qui n'est donc pas un bien, puisqu'il est ce qui permet aux choses d'être des biens »*⁷⁷³. En effet, comment la propriété pourrait-elle être à la fois un bien et le droit qui porte sur les biens ? Dans cette analyse, le droit de propriété porte soit sur une chose, soit sur des droits qui portent sur des choses appartenant à autrui (les droits réels) ou sur des personnes (les droits personnels qui portent sur autrui et les droits extrapatrimoniaux qui portent sur les éléments et attributs de la personne propriétaire elle-même). Aussi, si les droits réels sont appropriables, le droit de propriété ne peut être à la fois objet du droit de propriété et droit sur cet objet, il n'est donc pas un droit réel. Encore faut-il considérer que les droits réels comme les droits personnels peuvent faire l'objet d'une propriété⁷⁷⁴. Mais si tel est le cas, le « droit de

⁷⁷² Rentes viagères, créances professionnelles, parts sociales et actions, créances de sommes d'argent qui sont dès lors des meubles par détermination de la loi. La solution s'explique par la neutralité de l'objet de l'obligation personnelle : donner une somme d'argent. Remarquons néanmoins la spécificité de ces cessions, soit considérée comme des contrats aléatoires (comme les cessions de rentes viagères), soit impliquant une garantie particulière du cédant (cf. cession de créance, lettre de change).

⁷⁷³ F. Zenati et T. Revet, préc., n°2.

⁷⁷⁴ Ces auteurs arguent du texte même du Code civil : certes l'article 544 du Code civil n'évoque que la propriété des « choses » mais d'autres articles, comme l'article 526, classent parmi les biens les immeubles, l'usufruit des choses immobilières, les servitudes et les actions en revendication des immeubles, ce qui laisse à penser que la propriété peut aussi porter sur les droits, droits réels comme dans l'article 526 mais aussi droits personnels, comme c'est le cas à l'article 529 qui classe parmi les meubles les obligations et actions qui ont pour objet des sommes d'argent exigibles, les effets mobiliers ou les parts sociales. Pour plus de précision, cf. infra n°229 et s. ; 290 et s.

propriété » n'est plus ni un droit personnel, ni un droit réel. C'est un concept supérieur⁷⁷⁵ qui permet de s'approprier les choses et les droits (droits personnels ou droits réels), c'est-à-dire d'être titulaire du pouvoir d'en jouir et d'en disposer dans les limites prévues par la loi. La propriété est donc moins un *droit* (au sens des droits réels et personnels) que la *faculté* de jouir exclusivement des droits dont on est titulaire ou des choses que l'on possède⁷⁷⁶. C'est aussi une faculté d'exclure les tiers de la jouissance des utilités d'une chose ou d'un droit, qu'on peut ainsi se réserver.

209. **La propriété, un pouvoir sur le bien.** L'exclusivité de jouissance dont bénéficie le propriétaire ne doit pas être entendue comme un simple pouvoir d'interdire mais comme une faculté qui peut être contractuellement partagée. Par le contrat de louage d'un immeuble à usage d'habitation, le propriétaire abandonne une certaine utilité de la chose puisqu'il renonce à en faire son propre logement et qu'il permet à un tiers de profiter de cette utilité ; mais dans le même temps, le propriétaire continue de jouir des fruits de son bien puisqu'il perçoit des loyers. Dès lors, le propriétaire peut user de son bien lui-même, privativement, à vocation à percevoir les fruits naturels du bien, mais peut aussi le louer et ainsi faire fructifier l'ensemble de son patrimoine en exploitant juridiquement son bien : quel que soit son choix, il jouit de son bien. Cette faculté de jouissance est complétée par le pouvoir de disposition qui permet au propriétaire de faire de son bien l'objet d'un contrat⁷⁷⁷. Alors que certains⁷⁷⁸ considéreront que

⁷⁷⁵ Une « *notion fondamentale du droit privé* », selon F. Zenati et T. Revet, n°88 ; un « pilier » du droit français selon J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2001, 10^e éd. Pour les professeurs Zenati et Revet, le droit de propriété est au cœur de la construction du droit civil, en ce qu'il est au cœur du Code civil ; mais au-delà de la place fondamentale qu'il occupe au sein du système juridique français, le droit de propriété est aussi un droit supérieur au sens qu'il relève presque plus des libertés fondamentales que du droit subjectif, puisqu'il est le droit subjectif et que l'aptitude à la propriété et à la disposition constitue la définition de la personnalité juridique : a la personnalité juridique, celui qui a vocation à être propriétaire et qui peut engager ses biens, V. en ce sens, F. Zenati-Castaings et T. Revet, *Manuel de droit des personnes*, n°3 et 4 et n°106 et s. Le Doyen Carbonnier insiste, lui, sur les rapports entre propriété et liberté, sur la nature de droit fondamental du droit de propriété, sur la place de la propriété dans la société d'un point de vue politique et sociologique et les dispositions juridiques qui en découlent. Il n'y voit pas un droit ou une technique juridique unitaire mais une liberté, ou la garantie d'une liberté. Définie, assimilée ou « réduite » à un droit, la propriété se pare de caractéristiques qui permettent au législateur de réconcilier propriété, liberté et égalité « *pour les mettre au service d'un équilibre sociale* » (p. 346). Ainsi la propriété est « *multipliée* » (p.346 puis 349), en quantité (remise en cause des communaux, privatisations) et en variété (diversité des droits qu'elle recouvre). On notera ainsi qu'il observe : « *au vrai, rien n'est simple dans la réalité que l'article 544 recouvre si simplement. C'est déjà en soi une erreur, pour la sociologie, que d'étudier le droit de propriété en général. Sociologiquement, la propriété n'existe pas ; il n'existe que des propriétés diverses, autant que de catégories de choses et de personnes, toutes les variables y compris quantitatives, devant être combinées. La remarque n'a pas seulement une portée scientifique, mais politique : à traiter la propriété comme un bloc (...), on rend toute conclusion législative impossible* » (p.361).

⁷⁷⁶ F. Zenati, *La nature juridique de la propriété*, thèse préc.

⁷⁷⁷ F. Zenati et T. Revet, n°101 et s., V. notamment le n°102, où les auteurs distinguent le pouvoir de disposition de la notion d'*abusus* : « *En disposant, le propriétaire accomplit exclusivement des actes juridiques ; c'est en cela que*

le pouvoir de disposition s'exprime à l'occasion d'un transfert définitif de la propriété, entre vifs ou à cause de mort, d'un abandon de la propriété ou de la destruction du bien⁷⁷⁹, d'autres⁷⁸⁰ considèrent que la destruction du bien constitue une modalité de jouissance du bien⁷⁸¹ et que le transfert de propriété relève du pouvoir de disposition, qui se distingue ici du sens traditionnel conféré à l'*abusus*, puisqu'il est le pouvoir d'engager le bien et d'en faire un objet de contrat. La vente du bien pourrait elle-même ne constituer qu'une modalité de jouissance des utilités, si ce n'est du bien, du moins du patrimoine. En s'engageant, le propriétaire du patrimoine modifie en effet la structure de son patrimoine, il en dispose⁷⁸² et profite de la valeur de son bien⁷⁸³. Pour reprendre la synthèse établie par MM. Caron et Lécuyer, les biens sont dès lors définis comme « *tous les éléments mobiliers ou immobiliers, qui composent le patrimoine de la personne, à savoir les choses matérielles (biens corporels) qui lui appartiennent et les droits (autres que la propriété) dont elle est titulaire (biens incorporels)* »⁷⁸⁴. Dès lors, les notions de « bien » et de « patrimoine » sont indissociables. « *Si les biens sont en étroite relation avec le patrimoine, le droit des biens est aussi en étroit rapport avec le droit patrimonial, qui est l'ordre des valeurs pécuniaires, tandis que le droit extrapatrimonial, qui régit la personnalité et les rapports d'ordre personnel, est « foncièrement non monétaire ». On dira que le droit des biens, qui, d'une certaine manière, englobe le droit des*

disposer n'est pas une simple utilité résultant de l'appropriation, mais un véritable attribut de la propriété. La loi ne conçoit pas autrement cet attribut que comme une faculté d'agir juridiquement, tant quand elle affirme le principe fondamental de la libre disposition des biens (art. 537 CC) que quand elle traite des dispositions à titre gratuit (art. 893, 895 à 900, 902 et s., 913 et s., etc., CC) ».

⁷⁷⁸ En ce sens, F. Terré et P. Simler, *Droit civil, Les biens*, 5^e éd., Dalloz, n°111 à 113 ; G. Cornu, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, 12^e éd., Montchrestien, coll. Domat, droit privé, 2005, n°1021 à 1024 ; V. aussi Malaurie et Aynès, préc. n°433, estimant que le droit de disposer est l'élément caractéristique de la propriété et qu'il confère au propriétaire un pouvoir sur la substance de la chose, mais admettant aussi que le droit de disposer comprend le choix du mode d'exploitation du bien. V. J.-L. Aubert, « le droit de disposer de l'immeuble », in *Etudes Flour*, Defrénois, 1971, p.1.

⁷⁷⁹ Le pouvoir de disposition se confondant alors avec l'*abusus*.

⁷⁸⁰ Ainsi, les professeurs Zenati et Revet distinguent-ils l'*abusus* du pouvoir de disposer, la disposition étant limitée à l'accomplissement des actes juridiques, F. Zenati et T. Revet, *Les biens*, préc., n°102. V. aussi F. Zenati, *La nature juridique de la propriété*, thèse, préc., n°425 et s.

⁷⁸¹ L'une de ses utilités étant la consommation et la destruction.

⁷⁸² F. Zenati, *La nature juridique de la propriété*, thèse préc., n°466 : par l'obligation, le propriétaire use de son pouvoir de disposition et modifie son patrimoine. On constate ici comme dans le manuel des personnes écrit avec le professeur Revet, le constant aller-retour entre la propriété des biens et la propriété du patrimoine du fait de la conception du pouvoir de disposer, pouvoir de s'engager, c'est-à-dire d'engager un bien particulier ou l'intégralité de son patrimoine.

⁷⁸³ Soit parce qu'il fait une plus-value, soit parce qu'il transforme son bien matériel en une valeur monétaire pour jouir différemment des utilités de cette valeur (achat, don, partage, épargne).

⁷⁸⁴ C. Caron et H. Lécuyer, *Le droit des biens*, préc., p.10.

obligations, est la base du droit patrimonial »⁷⁸⁵. Dans cette acception, la propriété est un pouvoir, une faculté et désigne essentiellement une titularité.

b. Patrimoine et titularité

210. **Propriété et titularité.** Entendue au sens que l'on vient d'énoncer, la propriété ne peut se comprendre que comme le rapport entre le sujet de droit et ses droits ou ses choses, c'est-à-dire l'appartenance des choses et des droits à la personne. Le terme 'propriété' désigne alors la titularité des droits et des choses en ce qu'il désigne ce qui est propre (*proprius*) à la personne, ce qui lui appartient. Les prérogatives du propriétaire ne sont donc limitées que par la spécificité du bien sur lequel la propriété porte : la propriété d'un immeuble bâti n'emportera pas les mêmes prérogatives pour le propriétaire que celle d'une créance ou d'une servitude non pas parce que la propriété est d'une nature différente mais parce que les biens sont de natures différentes et qu'ils n'ont pas pour le propriétaire les mêmes utilités. Le propriétaire a dans tous les cas l'exclusivité de la jouissance de ces utilités, dont il peut, par ailleurs, disposer mais ces utilités varient selon le bien en cause. Une part essentielle du droit des biens consiste donc à définir les utilités des différents biens, et pour cela, classer les biens, et à déterminer la titularité, c'est-à-dire les modes d'acquisition et le titulaire de la propriété. Le terme propriété ne désigne plus un régime de droit applicable au bien mais un lien de droit, un rapport d'appartenance. Cette conception du terme 'propriété' peut conduire à dépasser la notion de droit patrimonial. Par ailleurs, si l'exclusivité du droit de propriété lui confère un certain caractère absolu, reconnu par la loi, tout homme ayant vocation à être propriétaire⁷⁸⁶, et tout droit étant l'objet d'une propriété, une conciliation doit nécessairement être opérée entre les différentes exclusivités dont bénéficient les propriétaires. Il importe donc de déterminer les limites spécifiques à certains biens et les règles de conciliation des différents droits de propriété.

211. **Conséquences de l'assimilation de la propriété à la titularité.** Les biens objets du droit de propriété, chose corporelle ou incorporelle, bien matériel ou droit, représentent en principe une valeur patrimoniale : le bien est appropriable, cessible et saisissable, et représente, pour son propriétaire, une valeur économique au sein de son patrimoine. En tant que rapport d'appartenance entre la personne et ses droits, la propriété ne porte même plus nécessairement

⁷⁸⁵ C. Caron et H. Lécuyer, *Le droit des biens*, préc., p.3.

⁷⁸⁶ Ce qui n'est qu'une conséquence de la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau, le patrimoine étant le reflet de la personnalité juridique et qui est corroboré par l'affirmation du droit fondamental de propriété (article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, article 17 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et article 1^{er} du Protocole n°1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme).

sur une valeur économique : les droits au respect de la vie privée, au nom, à l'honneur et à la réputation⁷⁸⁷ appartiennent bien à une personne qui en a la jouissance exclusive et qui peut autoriser ou ne pas autoriser les actes des tiers qui y auraient trait. L'individu maîtrise ces droits au même titre que tous les autres et, suivant la théorie des Professeurs Zenati et Revet, on pourrait aller jusqu'à les inclure dans l'objet de la propriété⁷⁸⁸. Pourtant, ces droits, usuellement qualifiés d'extrapatrimoniaux, sont si intimement liés à la personne qu'ils disparaissent à son décès. Ces droits ne sont ni cessibles, ni saisissables et ne peuvent être exercés par un tiers⁷⁸⁹ et ne devraient pas, en conséquence relever des biens. Le Professeur

⁷⁸⁷ Nous ne visons pas ici le droit sur l'image, le nom ou le pseudonyme, attributs de la personnalité patrimonialisés par la personne qui les exploite mais bien les droits extrapatrimoniaux, assimilés au droit au respect de l'intimité de la vie privée prévu par le Code civil, à l'article 9. Sur la distinction, cf. supra n°101.

⁷⁸⁸ Ces professeurs excluaient une telle solution en 1997 en considérant que « les droits extrapatrimoniaux sont un droit de propriété sur les éléments et les attributs de la personne : ils ne constituent donc pas des biens, avant tout parce que le droit de propriété n'est pas un bien » : F. Zenati et T. Revet, préc., n°2. On aurait pu comprendre que ces auteurs excluent la qualification de propriété parce que ces droits, en ce qu'ils portent sur des éléments ou des attributs de la personne, portent sur la personne même du titulaire de droit et qu'il est impossible, à moins de remettre en cause la distinction des personnes et des choses et du sujet et de l'objet de considérer que la personne puisse être un bien. Encore qu'il eût suffi de rappeler que la propriété portait moins sur la personne que sur le droit de la personne à défendre son nom, à exploiter son image, pour inclure ces droits dans l'objet de la propriété, au même titre que les droits patrimoniaux, qui « peuvent assurément être considérés comme des biens car ils se prêtent à la jouissance privative : il est de l'essence des droits d'être attribués à une personne déterminée ». Dès lors qu'elle n'était fondée que sur la qualification des droits extrapatrimoniaux en « propriété », l'exclusion de ces droits de la catégorie des biens ne pouvait qu'être rapidement dépassée... Et désormais, ils affirment clairement que le corps et ses attributs que sont l'image, la vie, la voix de la personne sont des objets de propriété : la personne est à la fois sujet de droit et objet de droit, les auteurs parlent alors de personne réelle. F. Zenati-Castangs et T. Revet, *Manuel de droit des personnes*, préc., spec. n°1 ; n°258 et s. V. également F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., coll. Droit fondamental, 2007, n°2, où ils affirment très clairement désormais : « les choses peuvent se définir comme des objets qui existent indépendamment du sujet. Il s'ensuit que le sujet n'est pas une chose. Ce n'est pas dire que, comme réalité substantielle, l'homme ne puisse constituer un objet par rapport au sujet qui a pour support et signaleur son être physique. Le droit moderne l'admet, et cette évolution de la pensée a abouti à une scission à l'intérieur de la notion juridique de personne. La personne juridique constitue le sujet de droit et ne peut être envisagée comme une chose puisqu'elle est le pôle de rattachement des choses. En revanche, la personne humaine peut l'être ; elle est la réalité de l'homme constituée par son corps ; elle peut, par suite, être perçue comme un objet et constituer l'assiette d'un droit. D'où l'idée que la personne ainsi conçue et ses attributs ne sont pas étrangers au monde des biens, que ces objets spéciaux peuvent être envisagés comme des biens, des biens innés ».

⁷⁸⁹ Cciv., art. 1166. : les droits exclusivement attachés à la personne ne peuvent être exercés par les créanciers. De la même manière, le droit au respect de la vie privée n'est pas transmissible aux héritiers mais est-ce seulement parce que le droit s'éteint avec le décès de la personne, ou est-ce aussi parce que le droit ne peut être exercé que par la personne protégée elle-même ? V. en ce sens, Civ. 1^{re}, 14 déc. 1999 : JCP 2000, II 10241, concl. Petit, RTDCiv. 2000, p.291, obs. J. Hauser Comp. Civ. 1^{re} 15 fév. 2005 : Bull. n°86, RJPF 2005-6/14, note E. Putman et Civ. 2^e, 20 nov. 2003, Bull. n°354. V. aussi à propos de la divulgation de faits relatifs à la vie privée d'un mineur et à la reproduction d'images représentant des handicapés mentaux dans l'intimité de leur existence, l'exigence du consentement de leur représentant (l'objectif de protection de ces personnes vise-t-il une protection de la personne contre elle-même ou contre les tiers ?) : Civ. I. 18 mai 1972, JCP 1972 II, 17209, concl. R. Lindon et Civ. 1^{re}, 24 février 1993 D. 1993, p.614, note Verheyde. On notera de toute façon que la Cour de cassation considère comme illicite toute atteinte à la vie privée d'autrui, peu important le mode compassionnel, bienveillant ou désobligeant sur lequel elle est opérée : Civ.

Zenati rappelle néanmoins que la propriété n'est pas « *un vague rapport d'appropriation portant sur n'importe quel élément de l'actif du patrimoine, c'est-à-dire, en définitive, sur chaque droit patrimonial* »⁷⁹⁰. Finalement, la propriété-titularité ne se distinguera plus de la notion de droit subjectif⁷⁹¹. Dès lors, tout droit, patrimonial ou extrapatrimonial, du moment qu'il a un titulaire déterminé qui jouit de ce droit à titre exclusif, fait l'objet d'une propriété. Peu importe l'objet sur lequel porte ce droit : une chose, une personne ou un attribut de la personnalité du propriétaire lui-même. Mais, à élargir ainsi le champ de la propriété, le droit de propriété perd en puissance : la puissance du propriétaire ne dépend plus du statut de propriétaire mais de l'objet du droit. Or la réglementation de l'objet de droit n'atteint pas à la propriété en elle-même : on peut donc limiter la puissance propriétaire en restreignant les utilités de l'objet du droit de propriété tout en continuant d'invoquer le caractère sacré de la propriété. Le litige entre propriétaire d'un immeuble et propriétaire d'un droit au bail est dès lors un litige entre « propriétaires » et peut être arbitré sans égard particulier à la propriété immobilière. Et alors que les droits paraissent de prime abord de natures différentes, on opère finalement une conciliation entre deux propriétés. L'absence de distinction des deux acceptions du terme propriété conduirait à conclure que tout droit est nécessairement patrimonial, puisque tout droit appartient à quelqu'un, c'est-à-dire est l'objet d'un droit de propriété, figurant, par conséquent, au patrimoine de la personne. La théorie « classique » du patrimoine doit donc être dépassée : figurent au patrimoine les droits de créance mais aussi les droits réels sur les choses (d'autrui), et les choses dont la personne est propriétaire ; y figureraient, en outre, les droits de la personnalité, dits classiquement extrapatrimoniaux. L'actif du patrimoine n'est donc pas exclusivement composé de droits mais aussi des choses corporelles sur lesquelles s'exerce la propriété, choses qui y figurent sans le truchement du droit de propriété, qui, par principe, ne peut être approprié par le droit de propriété⁷⁹².

1^{re}, 23 février 2003, JCP 2003, II 10085, note Ravanas. Aussi l'action oblique devrait-elle être exclue par principe, même si elle bénéficie à la personne, elle seule pouvant être juge de ce qui relève ou non de sa vie privée ou de l'atteinte à son image ou à son corps. Sur le principe d'autonomie.

⁷⁹⁰ F. Zenati, *La nature juridique de la propriété*, thèse préc., T. 1, p.10.

⁷⁹¹ En ce sens, S. Ginossar, thèse préc. ; F. Zenati, *La nature juridique de la propriété*, thèse préc.

⁷⁹² F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3^e éd. préc., n°3 : « *Malgré qu'elle soit couramment présentée comme telle, il n'est guère concevable que la propriété soit un bien, car il serait tautologique et absurde de s'approprier le rapport d'appropriation. Le droit de propriété ne peut être un bien parce qu'il est ce qui permet aux choses d'être des biens. Ce sont les objets de propriété qui sont des biens, non pas la propriété elle-même* », (souligné par les auteurs eux-mêmes).

2. Une exclusivité

212. **Propriété et opposabilité.** Le droit de propriété n'est pas un simple rapport d'appartenance. Il jouit d'une aura particulière de par les prérogatives qu'il confère au propriétaire, prérogatives dont l'efficacité a été renforcée par l'unification de la propriété à la Révolution, devenue droit « absolu et sacré ». Si l'on ne peut nier certains traits communs aux droits personnels et réels, c'est sans doute que ces droits sont deux variétés de droits subjectifs et qu'en tant que tels, ils jouissent d'une reconnaissance et de garanties en partie au moins identiques, par exemple l'opposabilité *erga omnes* qui permet, notamment, aux titulaires de droits réels comme de droits personnels de revendiquer en justice le respect de leurs droits par les tiers. Planiol et Ripert ont particulièrement analysé la question de cette opposabilité *erga omnes*, ou plutôt de l'obligation passive universelle, selon eux caractéristique du droit réel⁷⁹³. Il s'agissait pour eux de contester que la propriété était un rapport de droit entre le propriétaire et la chose, ce qui était novateur à l'époque⁷⁹⁴ : il ne peut y avoir de rapport de droit entre une personne et une chose, la chose ne peut être un sujet, même passif ; le lien qui unit la chose et son propriétaire est un lien de fait ; le rapport de droit s'établit entre le propriétaire et les tiers, les tiers étant ici non une (ou plusieurs) personne identifiée ou identifiable mais l'ensemble des tiers. Si l'argumentation a permis de dépasser la définition classique, réductrice, de la propriété et de la distinguer de la possession, elle ne convainc pas pour distinguer entre droit réel et droit personnel, ce que reconnaît d'ailleurs Maurice Picard dans l'édition du *Traité* qu'il a entreprise⁷⁹⁵.

⁷⁹³ Planiol, *Traité élémentaire*, 1896, n°2158 et s., cité in M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. III, *Les biens*, par M. Picard, LGDJ, 1952, n°37. V. également G. Ripert, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Thèse Aix-Marseille, 1902, p. 290 et s. : « on ne saurait comprendre un droit existant entre une personne et une chose ; un droit ne peut exister qu'entre des personnes, parce qu'à tout droit du côté actif correspond nécessairement une obligation du côté passif ; or la chose ne saurait avoir de devoirs ». Puis, « il n'y a donc de droit que de personne à personne. Le sujet actif du droit est ici facile à trouver : c'est le propriétaire, celui qui peut se servir de la chose, en user, en jouir, en disposer. (...) L'objet du droit, c'est la chose. Reste à découvrir le sujet passif, c'est-à-dire celui contre lequel le propriétaire pourra exercer son droit. Or le propriétaire (...) agit (...) contre quiconque vient le troubler dans l'exercice de son pouvoir privatif sur cette chose. (...) En face du sujet actif unique, il y a un sujet passif universel. ».

⁷⁹⁴ Ripert évoque même le terme d'« hérésie ». Ces théories amenaient à dépasser les doctrines classiques, empreintes de droit naturel ou trop attachée à la chose et à la corporéité. Ce dépassement était nécessaire pour dépasser le caractère absolu du droit de propriété, fonder les théories de l'abus de droit, des troubles anormaux de voisinage. Etape nécessaire du raisonnement, elle a permis d'autres dépassements. On notera d'ailleurs que cette obligation passive universelle est développée par Ripert au moment de la définition du droit de propriété, de son étendue et de ses limites et non dans les chapitres consacrés à la définition du droit réel, par opposition aux droits de créance, et qu'il ne faudrait peut-être pas lui faire dire, par quelques raccourcis, ce qu'il n'a finalement pas dit.

⁷⁹⁵ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. III, *Les biens*, par M. Picard, préc., n°39.

213. **Propriété et droit subjectif.** Le droit de propriété est un droit essentiellement moderne : d'une part, la Révolution a entendu clairement marquer une césure vis-à-vis du droit féodal et abolir la distinction des domaines, ténures et autres fiefs ; d'autre part, le droit de propriété actuel n'est pas même un renouveau du droit de propriété romain puisque les Romains ne connaissaient pas le concept de droit subjectif. « *Les différentes res, ou réalités objectives pourvues d'une existence en soi, deviennent normalement les objets d'une appropriation individuelle, les objets d'un droit subjectif. Nul ne peut se passer tout à fait de l'idée du droit subjectif. Mais quelle différence entre l'idée romaine du droit subjectif, vague, informe, indifférenciée, exprimée par un vocabulaire pauvre et imprécis, et la riche floraison de droits subjectifs variés, très exactement définis, que décrivent les systèmes modernes !* »⁷⁹⁶. Et le Professeur Villey de décrire l'éclosion du concept de droit subjectif sous la plume de Grotius et ses contemporains, qui tout en critiquant la rupture que la notion réalise avec le système romain, en admettent la réalité⁷⁹⁷. Dès lors, la *proprietas* ne désigne pas un droit de propriété mais la qualité d'être propre à quelqu'un et le *dominium* lui-même n'a pas de contenu précis⁷⁹⁸ : par exemple « *ce contenu sera différent selon que le fundus, objet du dominium, comporte tel ou tel statut, et par exemple implique une servitude active de passage chez le voisin, ou au contraire est un fundus deducto usufructu. La situation du propriétaire de l'immeuble reste donc caractérisée, non par le mot de dominium, mais toujours par le contenu, le statut spécial de la res. Et s'il est vrai que le droit subjectif tend à revêtir des noms divers selon qu'il porte sur telle ou telle catégorie des choses (dominium, potestas, manus, mancipium), il reste largement indifférencié quant à son contenu* »⁷⁹⁹. La définition moderne de la propriété par le triptyque classique *usus-fructus-abusus* est par ailleurs inconnue à Rome : la *proprietas* désigne plutôt la nue-propriété, l'appartenance, et n'implique pas pour le propriétaire la faculté d'user de la chose. Centré sur la chose et non sur l'individu, le concept de propriété en droit romain se décline moins en termes de facultés attribuées à l'homme que d'utilités qu'offre la chose. La propriété n'est plus universelle mais plurielle.

214. **Exclusivité et souveraineté.** Aujourd'hui, la propriété est avant tout une souveraineté. Souveraineté en son seul domaine mais souveraineté en son domaine. Souveraineté qui s'exprime différemment selon les objets auxquels elle se rapporte (choses

⁷⁹⁶ M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 2^{ème} éd., Dalloz, rééd. 2002, p.186 ; V. aussi p.187 : « *Meum* esse n'indique qu'un vague rapport d'appartenance, le même pour toutes ces situations. Les Romains s'intéressent si peu à l'idée du droit subjectif qu'ils n'ont pas de terme générique pour l'exprimer. Le mot *jus*, ne recouvre point la notion générale, la preuve est qu'il ne s'applique point aux plus importants des droits subjectifs, le *dominium* et le droit de créance. »

⁷⁹⁷ M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, préc., p.221 et s.

⁷⁹⁸ V. aussi la présentation succincte mais très claire de la *proprietas* romaine (et accessoirement du *dominium*) in M. Villey, *Critique de la pensée juridique moderne, douze autres essais*, Dalloz, 1976, IX, Notes sur le concept de propriété, p.187, spec. p.193-195.

⁷⁹⁹ M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, préc., p.221 et s.

corporelles mobilières, immobilières, incorporelles, œuvres de l'esprit, inventions, marques, dessins et modèles et autres innovations faisant l'objet d'un droit de propriété intellectuelle) car les utilités de ces « choses » varient selon la nature de ces « choses »⁸⁰⁰ mais le droit de propriété ne varie pas : c'est le droit de jouir exclusivement de ces utilités et d'en disposer. Ces utilités sont classiquement analysées sous le prisme du triptyque *usus-fructus-abusus*. Si la présentation traditionnelle emporte des facilités pédagogiques indéniables, on peut toutefois noter que le rattachement à ces catégories de certaines utilités n'est pas toujours aisé et que cette division tripartite est parfois seulement bipartite⁸⁰¹. Ainsi en est-il des choses incorporelles comme le fonds de commerce : on use du fonds en l'exploitant, ce qui engendre des fruits et, au contraire, l'absence d'exploitation du fonds aboutit à l'extinction de la clientèle, donc du fonds : *abusus*, *usus* et *fructus* sont donc extrêmement liés. De la même manière, on use des fonds de terre en les travaillant pour en obtenir des fruits. Quant aux mines et aux carrières, en les exploitant, on en use et on en abuse puisque l'exploitation conduit à l'épuisement. En cas de pleine propriété, ces distinctions importent peu ; elles sont plus délicates dès lors que la propriété est « démembrée » entre nu-propiétaire et usufruitier. Plutôt qu'à une définition théorique des pouvoirs du propriétaire, mieux vaut, alors, se référer à la réalité des usages et utilités de la chose, ce que permet notamment le concept de destination.

215. **Exclusivité et destination.** Le Professeur Dockès rappelle ainsi que l'usufruit est d'abord « *agraire* » : « *somme du jus fruendi et du jus utendi romains, il accorde à l'usufruitier les fruits et l'usage du bien grevé. Les fruits se définissent classiquement comme les biens qu'une chose produit à des intervalles périodiques, sans altération de sa propre substance. On pense aux récoltes qui se succèdent au rythme des saisons, sans user la terre dont elles sont issues. Et l'usage est conçu comme le droit de se servir soi-même de la chose, de l'utiliser en conservant sa substance. On usera d'une maison en l'habitant, d'une faux en fauchant. Hélas ! L'apaisement que procurent ces idées simples, toujours enseignées, n'est que de courte durée. Une lecture plus approfondie de la doctrine moderne incite au trouble. L'usufruit y est souvent présenté comme une hydre aux multiples visages, ou plutôt comme un caméléon toujours changeant en fonction du contexte. On parle du particularisme irréductible de l'usufruit des créances, des SICAV, des parts sociales. Particularismes auxquels*

⁸⁰⁰ Ce qui peut rappeler le droit romain.

⁸⁰¹ V. par exemple, M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. III, *Les biens*, par M. Picard, préc., n°216 et s., démontrant que l'abusus fait parfois défaut, notamment du fait de certaines inaliénabilités, de certaines obligations mises à la charge du propriétaire pour conserver la chose et que l'exercice du pouvoir de disposition opère seulement un « *déplacement total ou partiel de ce droit d'user ou de consommer ; c'est l'exercice d'une faculté spéciale, la faculté de céder son droit* » (n°218).

s'ajoutent ceux, plus classiques, attribués aux biens consommables, aux forêts, ou aux rentes viagères »⁸⁰². Particularismes, relativisations, multiplicité de sens de l'usufruit qui auraient pu faire douter de la possibilité de définir l'usufruit. Le Professeur Dockès démontre, au contraire, comment la notion d'usufruit retrouve une certaine unité lorsque, au lieu de focaliser la définition des fruits par exemple sur la notion de périodicité, on préfère utiliser celle de substance du bien, entendue non en tant que réalité naturelle, matérielle, mais utilité de la chose, c'est-à-dire destination du bien⁸⁰³. L'usufruitier peut donc user de la chose conformément à sa destination, celle-ci étant déterminée par le plein propriétaire, quand bien même cet usage pourrait conduire à l'épuisement définitif du bien. L'usufruitier et le nu-propriétaire subissent donc la destination conférée au bien par le plein propriétaire. Tout changement de destination exige leur commun accord, le nu-propriétaire, véritable « gardien » de la destination du bien bénéficiant d'un droit de veto. Au-delà donc du rapport d'appartenance, qui seul subsiste dans la nue-propriété, la propriété comporte donc des prérogatives essentielles dans la direction du bien et notamment celle de « choisir la destination du bien »⁸⁰⁴. Seul ce pouvoir sur la chose confère au propriétaire une pleine maîtrise de la chose, une réelle souveraineté. Le Professeur Villey observe ainsi que le droit de propriété moderne tient du dominium romain qui « semble désigner le cas de celui qui gouverne⁸⁰⁵ une institution juridique, corporelle ou incorporelle ». Il remarque néanmoins, comme le Professeur Zenati, que « s'il existe un dominium fundi, res corporalis, on trouve aussi, dans certains textes dominium usufructus, usus, servitutum, hereditas »⁸⁰⁶. Le droit de propriété moderne est donc la combinaison de la proprietas et du dominium : la maîtrise souveraine des choses qui nous appartiennent en propre. Cette maîtrise souveraine est caractérisée par la

⁸⁰² V. en ce sens, E. Dockès, « Essai sur la notion d'usufruit », RTDCiv. 1995, p.479, spéc. p.480.

⁸⁰³ *A fortiori* en est-il ainsi de l'usus puisque « l'usus recouvre, les utilités premières, directes des biens. La conduite d'un véhicule, l'habitation d'une maison, le port des vêtements, sont autant de manifestations de l'usus », in E. Dockès, préc., p.493. Le professeur démontre ensuite que la notion de substance, définie au sens de destination du bien et non au sens matériel du terme, permet ainsi d'unifier les notions d'usufruit et de quasi-usufruit. V. p.498, comparant la situation du nu-propriétaire de biens consommables et du nu-propriétaire d'un bien qui se détériore peu à peu par l'usage ou par la production de fruits, lequel n'aura droit à rien si le bien périt avant qu'il accède à la pleine propriété, alors que le nu-propriétaire de biens consommables a droit à restitution par équivalent : « cette différence de situation s'explique. Lorsque la destination d'un bien le voue à une destruction progressive, à l'ouverture de l'usufruit le nu-propriétaire peut nourrir l'espoir d'une restitution, partielle tout au moins, en cas d'expiration de l'usufruit avant que le bien n'ait été totalement détruit. Tel n'est pas le cas en présence d'un bien 'consommable' ». Aussi, à défaut de principe de restitution par équivalent, le nu-propriétaire de biens consommables n'aurait jamais qu'un droit vide de sens.

⁸⁰⁴ E. Dockès, préc. p.501.

⁸⁰⁵ Nous soulignons.

⁸⁰⁶ M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, préc. p.185.

montée de l'exclusivisme du XVI^e au XIX^e siècle⁸⁰⁷, corollaire à la fois de l'éclosion de la notion de droit subjectif et de l'individualisme libéral. Toutefois, dès lors que plusieurs droits peuvent porter sur une même chose, le droit de propriété ne devrait plus être considéré comme un droit exclusif : il n'est pas exclusif de tout autre droit portant sur la chose objet de propriété. L'exclusivisme devrait s'opposer d'une part à la théorie des démembrements du droit de propriété et, d'autre part, aux théories niant à la propriété son caractère absolu, comme, pour ne citer que les plus connues, l'abus de droit et les troubles anormaux de voisinages. Sans compter les multiples contraintes imposées aux propriétaires par l'État, qui restreint d'autant leur liberté.

216. **Limites de l'exclusivité.** Déjà la théorie du démembrement de la propriété est remise en cause par certains⁸⁰⁸. En cas d'hypothèque, de servitude ou de possession par un tiers, le propriétaire reste propriétaire et peut toujours bénéficier des utilités de la chose ; le domaine de la propriété subit simplement une limite particulière. Ce serait donc moins le droit de propriété qui serait démembré que l'étendue de la propriété qui serait limitée. La liberté et l'indépendance dont jouit classiquement le propriétaire s'en trouvent restreintes par les droits d'un tiers. Il s'agit toutefois moins de l'attribution de certaines utilités de la chose à un tiers que de la paralysie de la jouissance de certaines utilités par les droits des tiers, une conciliation entre les différents droits portant sur la chose devant être opérée. Plutôt qu'un démembrement du droit de propriété, il s'agit d'une polymorphie de la chose, susceptible d'être l'objet de droits distincts, d'être l'objet auquel différents domaines sont relatifs⁸⁰⁹, l'étendue de chaque domaine étant limitée par celui des autres. On a pu parler de

⁸⁰⁷ V. A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, préc., deuxième partie où l'auteur décrit à propos des immeubles les différentes étapes qui ont participé à la construction de l'exclusivisme avant son déclin au XX^e siècle, au profit de l'exploitant et de la collectivité. Sur ce thème précis, cf. infra n°277.

⁸⁰⁸ F. Zenati, *La nature juridique de la propriété*, thèse préc.

⁸⁰⁹ Le terme « domaine » est à entendre ici dans un sens renvoyant aux propriétés simultanées, comme cela était le cas à la période médiévale. Un même droit (qu'il soit appelé par les juris-consultes de l'époque *dominium*, *proprietas* ou *saisine*) recouvrait des appropriations distinctes quant à leur contenu, adaptées aux utilités de la chose qui étaient réservées par des droits distincts, attribués à des propriétaires différents et se rapportant à un objet unique. V. A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, préc., n°4 rappelant que « *Au haut Moyen-Age, les mots proprietas, dominium sont toujours utilisés par des scribes qui reproduisent mécaniquement un vocabulaire romain desséché ; nombreux sont les textes qui mentionnent la « propriété ». Mais le mot désigne alors, non plus la maîtrise corporelle de la matière, mais seulement la jouissance de ses utilités. Il n'évoque plus l'orgueilleuse puissance solitaire du propriétaire romain, étrangère aux rapports juridiques entre les hommes. Il est seulement maîtrise partielle, enserrée dans la solidarité des rapports avec les autres et légitimée par le consensus du groupe. La « propriété » n'est plus la souveraineté, elle est seulement, et pragmatiquement, la possibilité légitime de tirer un profit de la terre. Elle ne se confond plus avec la matière, elle n'est que l'exploitation de la matière (...).* » Cette propriété recouvre « *une technique polymorphe d'appropriation* », adaptée en fonction des utilités de la chose. Voir ensuite la définition de cette propriété qu'elle préfère appeler uniquement « *saisine* » pour utiliser un vocable spécifique.

démembrement « vertical » de la propriété⁸¹⁰, puisque la chose pourrait être démembrée en des domaines se superposant, se surajoutant les uns aux autres, au contraire du démembrement horizontal du droit de propriété, démembrement des attributs du droit de propriété. Dès lors, l'exclusivisme du droit de propriété n'est plus que relatif : limité spécialement par la loi⁸¹¹, il est aussi limité de manière très générale par la théorie de l'abus de droit et par l'existence même des autres droits réels. Si le droit de propriété est le droit le plus étendu sur la chose puisqu'il comprend tout ce que la loi n'a pas expressément exclu de la jouissance⁸¹², il n'est pas vraiment un droit absolu, en tout cas pas au sens d'arbitraire ou sans limite⁸¹³, l'article 544 ayant lui-même prévu la possible existence de limites à son exercice. Le terme « absolu » ne peut donc être compris qu'au sens d'exclusif, d'« *universel* »⁸¹⁴, c'est-à-dire que tout ce qui n'est pas exclu est *a priori* réservé au propriétaire, qui bénéficie exclusivement de la jouissance de son bien et peut en écarter autrui. Cette exclusivité est par nature relative puisqu'elle est limitée à son domaine par l'existence d'autres domaines et limitée en son domaine, par la théorie de l'abus de droit, celle des troubles anormaux de voisinage et plus globalement toutes les limites qui exigent du propriétaire une jouissance « raisonnable » de son bien. On remarque que, comme le terme propriété, celui d'exclusivité peut recouvrir diverses acceptions, ce qu'il convient de préciser.

⁸¹⁰ P. Gaudrat, *Commercialisation des données publiques*, La Documentation française, 1996.

⁸¹¹ Notamment par les lois protectrices des preneurs, que ce soit en matière de bail à usage d'habitation ou de bail commercial, par la mise en place de servitudes légales. Mais de nombreuses contraintes sont de plus imposées par le législateur au travers du droit de l'urbanisme et de la construction qui font chacun l'objet d'un code spécial ou participant du droit au logement, par le droit culturel des biens, ou le droit des télécommunications. V. H. Moutouh, « Le propriétaire et son double, variations sur les articles 51 et 52 de la loi du 29 juillet 1998 », JCP 1999, I. 146, affirmant que « *la propriété n'est plus seulement 'avoir des biens pour remplir ses besoins', selon l'expression consacrée par Cambacérès, mais aussi maintenir et accroître la fameuse 'interdépendance sociale' dont parlait jadis le Doyen Duguit* ». L'auteur rappelle, à l'heure de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions qui a mis en place une taxation des logements vacants et modernisé les procédures de réquisition, la théorie de la fonction sociale de la propriété et n'hésite pas à considérer que « *si les prérogatives des propriétaires n'ont pas, bien sûr, totalement disparu, progressivement, la propriété a cependant eu tendance à se dissoudre dans l'intérêt social, renouant ainsi avec divers courants de pensée historique* ». V. aussi F. Terré, « L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil », *Droits*, vol. 1, 1985, p.33, notant que « *ce n'est plus seulement le maintien de la sécurité, de la tranquillité ou de la salubrité qui motive l'intervention du législateur, c'est aussi le logement de la population, la facilité des communications, la contribution fiscale, la conservation des biens présentant un intérêt historique* ».

⁸¹² Ni ce à quoi le propriétaire (ou le précédent propriétaire) a pu renoncer par contrat, encore qu'il s'agisse là d'une limitation volontaire dont on peut considérer qu'elle n'est qu'une manifestation de la puissance propriétaire.

⁸¹³ V. déjà M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, T. III, Les biens*, préc., n°217.

⁸¹⁴ Cf. supra n°214.

B. Polymorphisme de la propriété

217. L'exclusivité est sans doute le facteur commun des deux acceptions de la propriété. On peut appréhender la notion d'exclusivité sous deux points de vue : le droit exclusif est, d'une part, un droit qui n'appartient qu'à une seule personne et est donc opposable *erga omnes*, c'est en ce sens un monopole (1), et, d'autre part, un droit qui porte sur l'ensemble des utilités du bien, c'est, en ce sens, un droit absolu en son domaine (2).

1. Propriété et monopole du propriétaire

218. **Exclusion des tiers.** La propriété, lorsqu'elle réserve à son titulaire la jouissance d'un droit, lui confère le pouvoir d'exclure les tiers de la jouissance de ce droit. Cette exclusivité est garantie civilement mais aussi pénalement par la protection contre le vol, contre la possession sans titre, contre la contrefaçon pour les droits de propriété intellectuelle. L'exercice de ces prérogatives, manifestant le pouvoir exclusif du propriétaire sur son bien, n'est pas susceptible d'abus. C'est d'ailleurs un droit fondamental⁸¹⁵ consacré notamment par l'article 1 du Protocole additionnel n°1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales⁸¹⁶. L'abus de droit ne peut donc naître de la seule volonté de faire respecter sa propriété⁸¹⁷, quand bien même le propriétaire ne subirait pas de préjudice⁸¹⁸. Tel est notamment le cas en matière d'empiètement, quelque minime qu'il soit⁸¹⁹. L'exclusivité permet au titulaire du droit d'exclure les tiers de la jouissance du bien. Ainsi, il s'en réserve les utilités. Il peut aussi, au contraire, choisir de partager cette jouissance avec autrui ou de transférer cette exclusivité à un tiers. L'origine de l'exclusivité peut donc relever de la nature du droit - c'est un droit subjectif - ou d'un contrat - le titulaire du droit subjectif transfère par une clause d'exclusivité la jouissance de ce droit -. Ainsi, par le bail ou la licence, le propriétaire partage-t-il la jouissance de son bien, il en transfère si ce n'est l'usage matériel, du moins une ou plusieurs utilités. En effet, le propriétaire, s'il cède une partie des utilités du bien (usage, reproduction, mise sur le marché, etc.), reste intéressé à l'exploitation du bien : tant qu'il bénéficie du *fructus*, il conserve, pour une part au moins, la jouissance du bien, qu'il partage avec un tiers : il aura le *fructus* alors que le tiers aura l'*usus* .

⁸¹⁵ CE, 2 juillet 2003, JCP G 2003 II 10180, note J. Martin et P.-Y. Nandreau.

⁸¹⁶ V. également article 2 de la DDHC, article 17 de la DUDH.

⁸¹⁷ Cass. Civ. III, 7 novembre 1990, époux Gonnin, Bull. civ. III, n°226.

⁸¹⁸ Malaurie et Aynès, *Les biens*, n° 455.

⁸¹⁹ Civ. III, 20 mars 2002, D. 2002, p.2075, note C. Caron, RTDCiv, 2002, p.333, obs. T. Revet ; et voir sur renvoi, CA Versailles, 11 février 2004, D. 2004, p.2819, note J.-C. Planque. L'affaire est saisissante car l'empiètement n'était en l'espèce que de quelques millimètres.

219. **Notion de monopole : distinctions nécessaires.** L'exclusivité intrinsèque au droit de propriété place nécessairement le titulaire du droit en situation monopolistique : lui seul bénéficie de la jouissance de ce droit. Ce n'est là que la conséquence de l'existence de la propriété. Cette exclusivité constitue un monopole de droit et non de fait et ne porte que sur un bien particulier. Le monopole condamné par le droit de la concurrence n'intervient pas seulement sur un bien mais sur un marché. Parfois, un monopole de droit constitue un monopole de fait sur un marché et est en ce sens condamné. C'est le cas lorsqu'est reconnue l'existence d'une facilité essentielle. La remise en cause de l'absolutisme propriétaire est justifiée par l'analyse économique. En ce qu'elle confère un monopole à son titulaire, la propriété peut être contestée. Toutefois, l'objet du droit de la concurrence est avant tout la protection de la liberté du commerce et de l'industrie, ce droit n'est donc intéressé que par les situations ayant une incidence sur le marché et entravant la liberté du commerce et de l'industrie. Il s'agit en effet de concilier entre eux des principes fondamentaux : principes fondamentaux socio-économiques à valeur supra-constitutionnelle⁸²⁰ et droit de l'Homme au respect de ses biens⁸²¹. Encore faut-il démontrer l'existence de cette facilité essentielle. Celle-ci est définie comme la propriété d'un bien obtenue par des investissements conséquents qu'aucun autre concurrent n'est susceptible de fournir et qui procure au titulaire un avantage concurrentiel qui interdit l'accès au marché (principal et dérivé) à tout autre concurrent. La théorie des facilités essentielles s'applique donc à un objet issu d'un investissement et dans le but de favoriser la libre concurrence. Or, même dans le pays d'origine de la théorie⁸²², la propriété intellectuelle est conçue comme un instrument de protection de la concurrence. Il paraît dès lors contradictoire d'appliquer la théorie des facilités essentielles aux propriétés intellectuelles, surtout lorsqu'elles portent non pas sur un investissement mais sur une création originale. Il paraît de toute évidence paradoxal de proclamer l'importance de la propriété

⁸²⁰ Sur la définition de ces principes fondamentaux et spécialement des principes que recouvrent les notions communautaires de concurrence libre, d'économie de marché ouverte, ou d'économie sociale de marché hautement compétitive, V. A. et G. Decocq, *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 4^e éd. 2010, n°5 et s.

⁸²¹ Cf. infra n°308. Droit également reconnu comme tel par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art.17, « Droit de propriété » : « 1. Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général. 2. La propriété intellectuelle est protégée. ». V. également l'article 38 affirmant la protection nécessaire des consommateurs : « Protection des consommateurs » : « Un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union ».

⁸²² Cf. supra n°179.

intellectuelle comme outil de régulation du marché⁸²³, puis de la contester sur le même fondement de la concurrence et du marché. A moins que la propriété intellectuelle, telle qu'elle a été conçue initialement par les institutions européennes⁸²⁴, confère un monopole excessif à son titulaire⁸²⁵, si bien que sa limitation soit nécessaire. Cette proposition implique de s'interroger sur le soi-disant caractère absolu de la propriété.

2. Propriété et absolutisme propriétaire

220. Pour définir la propriété, Mikhaël Xifaras⁸²⁶, qui a consacré sa thèse de philosophie à la propriété dans les écrits de la doctrine du XIX^{ème} siècle, préfère au terme d'exclusivité celui d'absolutisme. Mais le vocable n'est pas moins ambigu et l'auteur se trouve lui aussi confronté à la polysémie des termes. A « *l'entrelacs des absolus* », on pourrait ajouter celui des exclusivités. Finalement, chacun de ces termes renvoie sans doute surtout à la puissance propriétaire.

221. **Caractère absolu de la propriété.** Le caractère absolu de la propriété découle des dispositions de l'article 544 lui-même : « *la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue* ». Il convient d'abord de dépasser le premier sens qui peut être donné à ce terme, c'est-à-dire celui d'un droit qui n'est pas relatif à une personne déterminée, mais est opposable *erga omnes*. Selon Demolombe⁸²⁷ « *le droit réel est absolu, c'est-à-dire qu'il existe à l'égard de tous, erga omnes ; et le droit personnel relatif, c'est-à-dire qu'il n'existe qu'à l'égard de celui-là seul qui est obligé personnellement envers le créancier* ». Il ajoute que « *droit absolu, la propriété confère au maître sur sa chose un pouvoir souverain, un despotisme complet* »⁸²⁸. L'auteur vise moins dans cette seconde phrase

⁸²³ Pour illustration, V. le préambule de la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques ; V. également dans le secteur de la propriété littéraire et artistique, le préambule de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, spéc. (1) : « *Le traité prévoit l'établissement d'un marché intérieur et l'instauration d'un système propre à empêcher les distorsions de concurrence dans le marché intérieur. L'harmonisation des dispositions législatives des États membres sur le droit d'auteur et les droits voisins contribue à la réalisation de ces objectifs* ».

⁸²⁴ Conception qui conduit à la fois à un élargissement du champ d'application de la propriété intellectuelle (vivant, micro-biologique, topographies de produits semi-conducteurs, etc.) et une extension des prérogatives du titulaire du droit

⁸²⁵ V. P. Gaudrat, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la 'société de l'information' - L'inversion du paradigme propriétaire », RTDCom 2003, p.285, analysant en ce sens de la directive DADVSI. Plus généralement, sur cette question des monopoles et de la construction des modèles juridiques autour de la notion de pouvoirs, V. P. Gaudrat, « V^o Propriété littéraire et artistique, 2^e partie, Droits des exploitants », préc., n°269 et s., puis 327 et s.

⁸²⁶ M. Xifaras, *La propriété, étude de philosophie du droit*, Puf, coll. Fondements de la politique, 2004.

⁸²⁷ C. Demolombe, *Traité de la distinction des personnes et des biens, in cours de Code Napoléon*, T. IX, Paris, Durand, 1870, ° 532, p.448

⁸²⁸ C. Demolombe, préc., n°543, p.462.

à évaluer l'opposabilité du droit qu'à en éprouver l'étendue. Pour Proudhon, cet absolutisme du droit de propriété renvoie en réalité au *dominium*, qui, selon lui, « exprime la puissance légale que l'homme exerce sur les choses qui lui appartiennent »⁸²⁹. Il distingue ainsi propriété et domaine et considère que c'est plutôt la définition du domaine, de la maîtrise souveraine du bien, qui est donnée à l'article 544 du Code civil. Mikhaël Xifaras critique la précision : si la distinction est métaphysiquement importante car elle incite à distinguer le droit et la somme des pouvoirs qu'il confère, elle ne fait pas, selon lui, l'unanimité dans la pratique⁸³⁰. Il préfère citer Charles Toullier : « quelques auteurs établissent une différence entre le domaine et la propriété. Ils entendent par la propriété cette qualité que l'on conçoit dans la chose même en tant qu'on la considère comme appartenant à telle ou telle personne, exclusivement aux autres. Et par le domaine, ils entendent le droit de disposer à notre gré de ce qui nous appartient, droit qu'ils regardent comme l'effet de la propriété ; de sorte que selon eux, le domaine est attaché à la personne, au lieu que la propriété est attachée à la chose même. Ainsi domaine et propriété seraient deux termes corrélatifs ; l'un serait le droit actif de disposer, l'autre une qualité passive qui suit toujours la chose, et la soumet à la disposition du propriétaire. Cette distinction trop subtile, comme l'a fort bien observé Pufendorff, ne peut être d'aucun usage dans la propriété ; mais, en théorie, elle peut répandre du jour sur la nature du droit de propriété »⁸³¹. Ainsi, cette distinction terminologique permettrait de distinguer l'exclusivité en tant que rapport de droit⁸³² de l'exclusivité en tant que puissance juridique, ce que semble suggérer Demolombe lui-même, sans pour autant distinguer clairement les différentes acceptions. Dès lors, selon M. Xifaras, « cette puissance souveraine, composée des pouvoirs juridiques et physiques du propriétaire, serait donc en un sens distincte du droit de propriété comme le pouvoir est distinct du rapport juridique dont il procède, mais, en un autre sens – propre à la pratique juridique –, elle se confondrait avec le droit de propriété lui-même. Dans ce second sens, technique, il faudrait considérer que la dimension subjective de la propriété (le pouvoir du sujet sur la chose) est indissociable de sa dimension objective (la qualité de la chose d'être appropriée) »⁸³³. Le caractère appropriable de la chose justifie l'existence d'un pouvoir absolu sur cette chose. L'exclusivité qui est allouée au propriétaire n'est pas seulement un droit *erga omnes*, c'est la jouissance de l'ensemble des utilités de la chose, quelles qu'elles soient et l'entière disposition du bien : « le propriétaire n'est plus seulement porteur d'un titre qui lui confère des prérogatives déterminées, mais « maître », « souverain »,

⁸²⁹ P.-J. Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété ?*, préc., n°8.

⁸³⁰ M. Xifaras, *La propriété, étude de philosophie du droit*, Puf, coll. Fondements de la politique, 2004, p.94.

⁸³¹ Droit civil français suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie et la pratique, Paris, Renouard, 1839, III, n°83, p.55 cité in M. Xifaras, préc., p.94

⁸³² Qui est soit un rapport avec un ou des contractants – c'est un rapport inclusif, un partage d'exclusivité ; soit un rapport avec les tiers – c'est un rapport exclusif, une exclusion de jouissance.

⁸³³ M. Xifaras, préc., p.95

« despote », d'où une transmutation des droits en pouvoirs et des pouvoirs en qualités essentielles des choses »⁸³⁴.

Le droit de propriété ne confère donc pas un monopole sur une utilité de la chose mais la parfaite maîtrise du bien⁸³⁵.

222. **Limites de la propriété.** Pour être absolu, le droit de propriété est-il pour autant insusceptible d'abus ou de limites ? L'expression « *de la manière la plus absolue* » doit d'autant moins être interprétée comme conférant au propriétaire un pouvoir arbitraire⁸³⁶ que le texte prévoit l'existence de limites à ce droit : on ne peut en faire « *un usage prohibé par les lois ou les règlements* »⁸³⁷. La théorie de l'abus de droit⁸³⁸ démontre par ailleurs qu'aucun droit ne peut être exercé arbitrairement ou contre les tiers⁸³⁹. Si le droit subjectif a mis au centre du système juridique l'individu⁸⁴⁰, mouvement qui est corroboré par l'individualisme libéral issu de la philosophie des Lumières, on ne peut nier, sans souscrire pour autant à la théorie de la fonction sociale de la propriété, que l'homme n'a de droit qu'en tant qu'individu au sein d'une société⁸⁴¹. Un Robinson, isolé sur une île, n'a besoin ni de constitution, ni de Code civil. Il doit

⁸³⁴ M. Xifaras, préc., p.95

⁸³⁵ Dans le même sens, F. Zenati, thèse préc.. Mais contrairement à cet auteur, nous considérons que cette définition conduit à exclure les droits réels et les droits personnels du champ de la propriété. Certes, on peut considérer que le propriétaire d'une servitude bénéficie de toutes les utilités de la chose, ce n'est que parce que les utilités d'une servitude sont limitées que l'étendue de son pouvoir est limitée et que ce n'est donc qu'une contingence due à l'objet de la propriété. Toutefois, on peut aussi considérer que seule la propriété portant sur la chose permet de jouir de toutes les utilités de la chose et que les droits portant sur la chose d'autrui ne permettent pas, eux, de jouir de toutes les utilités de la chose mais seulement de celle(s) strictement conférée(s) par ce droit, ce qui exclut la qualification de propriété, d'autant que la jouissance de cette utilité particulière peut ne pas être exclusive.

⁸³⁶ Dans le même sens, C. Simler, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Litec, 2010, coll. ? CEIPI, Préf. C. Caron, avant-propos Y. Reboul, n°131 et s.

⁸³⁷ Conseil constit 4 juillet 1989 : D. 1990, p.209 et RTDCiv. 1990, p ; 519 : une loi ne remet pas en cause le droit de propriété lorsqu'elle « définit une limitation à certaines modalités de son exercice qui n'a pas un caractère de gravité tel que l'atteinte qui en résulte en dénature le sens et la portée ». V. aussi Cons constit 20 juill. 1983, rec. p.49.

⁸³⁸ Les affaires dites de la « fausse cheminée » (CA Colmar, 2 mai 1855 : DP 1856, II, p.9) « Clément-Bayard » (Req. 3 août 1915 : GAJC, 11^{ème} éd., n°62 ; DP 1917, I, 79) ou du « rideau de fougères » (Civ. I. 20 janv. 1964 : D. 1964, p.518 note ? ; JCP 1965, II, 14035, note critique B. Oppetit et RTDCiv. 1965, p.117, obs. Rodière), si elles ont à l'époque suscité la polémique, a servi de modèle au développement d'une théorie générale qui régit aujourd'hui l'exercice des droits. V. aussi, en matière de propriété : Civ. III., 9 mai 2001 : Defrénois 2001, p.1123, obs. C. Atias.

⁸³⁹ Ainsi que la théorie des troubles anormaux de voisinage, V. en ce sens, G. Ripert, De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, thèse préc.

⁸⁴⁰ Sur le basculement de la pierre angulaire du système propriétaire de la chose à l'individu, V. M. Villey, préc.

⁸⁴¹ Si la théorie de l'abus de droit fait aujourd'hui l'unanimité, d'illustres auteurs ont eu à en défendre la pertinence : J. Charmont, « L'abus de droit », RTDCiv. 1902, p.113, louant les thèses de J. Bosc (*Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, Montpellier, 1900-1901) et E. Procherot (*De l'abus du droit*, Dijon, 1901-1902) mais doutant de l'existence d'un critère de l'abus de droit et de la possibilité de généraliser la théorie ; H. Capitant, « Sur l'abus des droits », RTDCiv. 1928, p.365, louant l'essai de Louis Josserand, *De l'esprit des*

maîtriser le temps pour ne pas sombrer dans la folie ou la vie animale mais n'a pas à organiser le statut des choses et des personnes ou les modalités de transfert de quelques droits que ce soit. En revanche, en société, l'homme n'est plus omnipotent et doit tenir compte des tiers. Point de jusnaturalisme, de socialisme, de moralisme dans une telle affirmation. Le Professeur Martin l'explique en se distinguant aussi bien de Duguit, Josserand ou Ripert⁸⁴². Le droit de propriété n'est donc pas un droit absolu, au sens d'arbitraire ou d'illimité, mais un droit qui ne se définit pas par les prérogatives qu'il confère mais par les limites que la loi lui impose. La vocation du droit de propriété est de réserver au propriétaire l'intégralité des utilités de la chose ; et le propriétaire peut, seul, en disposer et en jouir. « *On pourrait presque affirmer que tous les caractères explicites et implicites (l'exclusivité, l'individualisme ou le droit d'abuser) que revêt le droit de propriété dans cette définition (de l'article 544) sont contenus dans le seul terme 'absolu', et (...) en déclinant ses acceptions, on expose les caractères essentiels du droit* »⁸⁴³. Il est probable néanmoins qu'aujourd'hui le terme absolu paraît trop connoté, comme un droit arbitraire⁸⁴⁴, pour qu'on puisse maintenir la terminologie. La notion d'exclusivité paraît plus moderne. Même si, comme on vient de le voir, le terme maintient une certaine ambiguïté sémantique⁸⁴⁵, en ce qu'elle peut aussi bien décrire le rapport de droit que le contenu du droit, ambiguïté intrinsèque au droit de propriété, qui à travers les siècles, connaît des difficultés à se construire sans la maintenir, il permet de rappeler que le droit de propriété confère un monopole⁸⁴⁶. Surtout, l'exclusivité renvoie à une maîtrise souveraine. Maîtrise juridique qui rend souverain⁸⁴⁷ en son domaine. Maîtrise que l'on

droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus de droit, T. Ier de l'essai de téléologie juridique, Dalloz, 1927 ; M. Rotondi, « le rôle de la notion de l'abus du droit », RTDCiv. 1980, p.66, notant que l'abus de droit est un cas « de réaction ou de limitation de l'utilisation du droit subjectif à cause d'une opposition d'ordre éthique » et qu'il permet une « évaluation corrective de la part du juge pour la prévention et la répression d'abus et [qu']il est démontré historiquement que cette condamnation de la part du juge d'un exercice abusif d'un droit subjectif a souvent précédé des modifications législatives destinées à adapter les normes au changement de sensibilité ». V. aussi M. Desserteaux, « Abus ou conflit de droits », RTDCiv 1906, p.119. V. aussi le dossier in revue Droit et patrimoine, juin 2000, p.38 et s.

⁸⁴² Cf. infra n°310.

⁸⁴³ M. Xifaras, *préc.*, p.96.

⁸⁴⁴ V. C. Caron, *Abus droit et droit d'auteur*, *préc.* Notons que pas plus que l'État le propriétaire n'a un droit arbitraire, le droit administratif, le droit constitutionnel ou les libertés publiques sont par essence des normes limitant le pouvoir de l'État. Personne ne songe pour autant à nier sa souveraineté. Il est vrai qu'il n'est plus de monarchie absolue de droit divin.

⁸⁴⁵ V. C. Larroumet, *préc.*, n°197, critiquant le caractère exclusif de la propriété, en ce que ce n'est pas un caractère « original » du droit de propriété et que tout droit subjectif est exclusif en ce sens qu'il n'a qu'un seul titulaire qui l'exerce « exclusivement ».

⁸⁴⁶ Alors que tout monopole n'est pas un droit de propriété, V. en ce sens, P. Gaudrat, « Propriété littéraire et artistique, 2°) Droits des exploitants », *Rép. de droit civil*, Dalloz, *préc.* n°4.

⁸⁴⁷ Sur cette idée de souveraineté, V. R. Martin, « De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété », RTDCiv. 1975, p.52, qualifiant la propriété de droit réel, quasi régalien et poursuivant la comparaison avec l'autorité étatique : « *le propriétaire est seigneur en son domaine ; il dicte sa loi à l'intérieur de ce domaine ; son pouvoir est*

partage, dont on exclut les tiers ou que la loi limite, soit en limitant le domaine, soit en limitant les prérogatives du propriétaire pour des raisons d'intérêt général. C'est sans doute le critère essentiel de la qualification de propriété.

223. **Conclusion.** Il convient de distinguer entre les deux sens de la propriété. Dans un premier cas, la propriété est un rapport juridique entre un sujet et un bien. Ce rapport juridique est une relation d'appartenance. La propriété est ici un concept supérieur, une titularité, une faculté de jouissance des biens, entendus comme les choses et les droits. Dans une autre acception, la propriété est un droit, le droit de propriété. C'est-à-dire le droit le plus complet sur la chose, une exclusivité, une maîtrise souveraine de la chose. Dès lors, on comprend que ces deux acceptions ne s'opposent pas frontalement : l'une intervient en amont de l'autre. Le droit de propriété est la maîtrise souveraine des choses ; ce droit n'échappe évidemment pas à l'appropriation et fait l'objet d'une titularité, d'une appartenance. La focalisation sur la seule propriété-titularité (ou propriété-droit subjectif) met en exergue la théorie du patrimoine et une théorie des droits subjectifs. Elle met, en effet, en place un droit commun des droits subjectifs. Elle ne donne, en revanche, aucune indication sur le droit commun du rapport entre le sujet et les choses, rapport nommé « droit de propriété » dans l'acception propriété-exclusivité. Or la définition de ce droit commun des régimes de propriété des choses peut être utile. En ce qui concerne la qualification de propriété, si l'on s'en tient à la théorie de la propriété-titularité, le droit de l'auteur et le droit du breveté sont nécessairement objet de propriété, puisqu'il s'agit de droits subjectifs. Il n'y a pas d'enjeu autour de la qualification. La véritable opération de qualification concerne donc la qualification de « droit de propriété », c'est-à-dire de propriété-exclusivité. Il importe donc d'en déterminer les critères. On peut reprendre les critères sur lesquels se rejoignent toutes les théories de la propriété. On observe, en effet, que toutes les théories mettent l'accent sur l'appartenance du bien au patrimoine du propriétaire dès lors qu'elle emporte commercialité de la chose et sur la puissance de la maîtrise exercée par le propriétaire sur la chose. Car le droit sur la chose est un droit complet, « absolu », la jouissance étant exclusive et les utilités de la chose multiples, contrairement aux droits personnels et aux droits réels « spéciaux ».

territorial. Cette souveraineté entre en concurrence avec celle de l'État, de puissance à puissance. La propriété privée est l'assise territoriale de l'indépendance de l'individu ».

§ 2. LES CRITÈRES DE RECONNAISSANCE DE LA PROPRIÉTÉ COMMUNS À TOUTES LES DOCTRINES

224. Le droit de propriété est un droit patrimonial. Il porte donc *a priori* sur une valeur économique⁸⁴⁸. La valeur économique n'est pas exclusive de toute autre valeur mais un objet sans valeur économique ne devrait pas être qualifié de bien. Toute valeur économique est-elle pour autant un bien ? Le Professeur Mousseron l'exclut : « *Le concept de valeur n'acquiert (...) tout son sens que lorsque le souci de réservation se prolonge par celui de commercialisation ; il suppose, donc, une vie à plusieurs. Par 'biens' [il entend] tout élément, matériel ou non, suscitant un double souci de réservation et de commercialisation chez son maître du moment qui appelle et obtient la sollicitude de l'organisation sociale. Nos sociétés peuvent, un temps, ignorer certaines valeurs et ne point les reconnaître comme biens* »⁸⁴⁹. Il précise d'ailleurs que « *à ce double et commun besoin de réservation et de commercialisation, le Droit ne répond pas de façon homogène. L'intervention juridique ne s'épuise pas, en effet, dans la construction de droits privatifs, de droits réels singulièrement. (...) La constitution de droits réels – l'appropriation – n'est pas, en effet, la seule forme de l'intervention juridique et la reconnaissance d'une valeur comme bien n'implique pas son 'appropriabilité'* »⁸⁵⁰. Et le Professeur Mousseron d'évoquer le secret et le contrat comme moyen de réservation. Le critère de la valeur est donc à lui seul insuffisant. En revenant à l'essence même du droit de propriété, on observe que le propriétaire doit pouvoir disposer de son bien, le détruire, l'abandonner, l'aliéner. En effet, s'il est une distinction fondamentale, c'est celle des biens et des personnes⁸⁵¹. Le bien se distingue de la personne puisque la personne peut s'en séparer. On retrouve cette exigence dans la définition que Pierre Catala donne de la patrimonialité⁸⁵². D'autre part, il appert que les auteurs s'accordent à reconnaître que la propriété se manifeste par une maîtrise souveraine⁸⁵³ du bien objet de la propriété : le droit de

⁸⁴⁸ J. Ghestin, préc., contra A. Sériaux, préc., ; R. Libchaber, V. aussi distinguant extrapatrimonialité et extracommercialité : P. Jouary, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, thèse Paris I 2002.

⁸⁴⁹ J. M. Mousseron, « Valeurs, biens, droits », in *Inventer*, Centre du Droit de l'entreprise, 2001, p.131, spec., p.133 (cet article est aussi publié au sein des mélanges André Breton et Jacques Derrida, Dalloz 1991, p.277).

⁸⁵⁰ *Ibidem*, p.135.

⁸⁵¹ Ceux qui considèrent que tiennent la commercialité (c'est-à-dire la capacité à être l'objet d'un contrat) comme critère de la propriété sont amenés à considérer la personne humaine comme pouvant être un bien, distinguant la personne juridique (le sujet de droit) de la personne humaine, « personne réelle », objet de droit. V. F. Zenati et T. Revet, *Manuel de droit des personnes*, préc. n°1.

⁸⁵² P. Catala, « la transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », préc., p.185.

⁸⁵³ Certains auteurs y trouvent son fondement dans le droit naturel (P. Malaurie et L. Aynès, *Les Biens*, préc., n°400 et s.) ; d'autres se réfèrent à la *plena in re potestas*, puissance propriétaire qui évoque une souveraineté (F. Terré et P. Simler, *Les biens*, préc., n°107 ; le professeur Zenati met en évidence l'exclusivité dans la jouissance et surtout la disposition pour rappeler que le propriétaire maîtrise l'ensemble des utilités de la chose, c'est parce qu'il jouit de la chose qu'il peut en disposer (F. Zenati, *La nature juridique de la propriété*,

propriété est « *la forme la plus complète du droit subjectif* »⁸⁵⁴ puisque le propriétaire bénéficie à titre exclusif des utilités de la chose dont il peut user, jouir et disposer à son gré. Dès lors, il semble que deux critères permettent de qualifier la propriété : la patrimonialité (A) et la maîtrise souveraine (B).

A. Patrimonialité du bien

225. Le Professeur Pierre Catala dans son célèbre article consacré à l'analyse du patrimoine « *en droit civil moderne* »⁸⁵⁵ démontre que les biens peuvent présenter divers degrés de patrimonialité. Il définit la patrimonialité comme l'aptitude des biens à l'évaluation pécuniaire, à la cessibilité onéreuse et à la transmissibilité à cause de mort⁸⁵⁶. Les droits extrapatrimoniaux, intimement liés à la personne, se définissent d'ailleurs par des caractéristiques contraires : inaliénabilité, imprescriptibilité, insaisissabilité, intransmissibilité. Certains y ajoutent l'indisponibilité⁸⁵⁷. *A contrario*, un droit aliénable n'est pas un droit extrapatrimonial. Cette analyse a d'ailleurs conduit à la reconnaissance de droits patrimoniaux de la personnalité⁸⁵⁸. En somme, deux critères semblent essentiels à la reconnaissance de la patrimonialité du droit : la pécuniarité (1) et la cessibilité (2).

1. Pécuniarité du bien

226. **Valeur, biens, patrimoine.** Le Professeur Mousseron reconnaît l'insuffisance du critère de la valeur économique à caractériser la propriété⁸⁵⁹. Le Professeur Catala, tout en

contribution à l'étude du droit subjectif, thèse préc.) F. Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTDCiv. 1993, p.35. M. Xifaras évoque la maîtrise souveraine comme étant l'un des modèles propriétaires existant aujourd'hui mais précise que les biens immatériels y sont « *des cas limites mal conçus, théoriquement irréductibles aux choses immatérielles qui font l'objet du droit absolu de propriété, mais pratiquement assimilés à eux, faute de mieux* » (M. Xifaras, *La propriété, étude de philosophie du droit*, préc., p.347).

⁸⁵⁴ P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, p.29

⁸⁵⁵ P. Catala, « la transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », préc, p.185.

⁸⁵⁶ Définition reprise par le vocabulaire juridique de l'association capitant. Dir. Cornu.

⁸⁵⁷ M. Bui-Leturcq, « Patrimonialité, droits de la personnalité et protection de la personne, une association cohérente », RRJ, 2006-2, p.767, spec. p.786, qui identifie quatre éléments caractéristiques des droits extrapatrimoniaux : l'indisponibilité, l'insaisissabilité, l'intransmissibilité et l'imprescriptibilité.

⁸⁵⁸ G. Loiseau, *Le nom, objet d'un contrat*, LGDJ, coll. bibl. de droit privé, 1997 ; G. Loiseau, « Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français », Revue de droit de McGill, 1997, vol. 42, p ; 319 ; M. Bui-Leturcq, préc.

⁸⁵⁹ Cf. supra n°224. V. aussi admettant la « valeur patrimoniale » de la clientèle qui doit donc « *figurer dans l'actif de la communauté, comme constituant un acquêt provenant de l'industrie personnelle de cet époux, et non un propre par nature avec charge de récompense* », alors même que la jurisprudence de l'époque s'opposait à la qualification de bien de la clientèle civile, Cass., 1^{re} civ., 12 janv. 1994, D. 1994, p.311, note R. Cabrillac et JCP N 1994, p.329, note

désignant la valeur comme critère de la patrimonialité en reconnaît l'insuffisance à la caractériser. Prenant l'exemple des droits aux aliments, il note que cette « *créance de survie* » est « *si parfaitement évaluable en argent qu'on peut l'ajuster constamment aux besoins du créancier et aux ressources du débiteur. Pourtant, il ne figure point dans le commerce juridique : il n'est ni transmissible activement, ni cessible, ni saisissable ; il ne se capitalise pas et les créanciers de l'ayant droit qui néglige de se faire payer ne peuvent pas l'exercer par la voie oblique* »⁸⁶⁰. Le critère de la valeur n'est pas pour autant inutile. Certains proposent pourtant d'abandonner ce critère, opérant ainsi ce qu'ils considèrent être un « *exact retour à la conception des professeurs strasbourgeois [Aubry et Rau] pour lesquels le patrimoine est l'ensemble des droits d'une personne sans distinctions* »⁸⁶¹. Pour le Professeur Beignier, il suffit de retenir comme critère d'appartenance au patrimoine la notion de droit et non celle de bien. Au contraire, d'autres auteurs ont estimé que la portée économique du droit devait être première et, pour qualifier le droit d'auteur de propriété, le Professeur Raynard s'oblige à considérer que le droit moral n'est qu'un attribut accessoire au droit patrimonial⁸⁶². Dans le langage courant comme dans le langage juridique, le terme 'patrimoine' comporte

J.-F. Pillebout. V., déjà en ce sens, à propos de la « *valeur patrimoniale globale du droit de présentation attaché au cabinet de radiologie* », Cass., 1^{re} civ., 5 mai 1993 : JCP G 1994, p.253, II, 22279, note G. Mémeteau

⁸⁶⁰ P. Catala, art. préc., n°27.

⁸⁶¹ B. Beignier, *Le droit de la personnalité*, PUF, coll. Que sais-je ? 1992 ; Contra, F. Zenati et T. Revet, *Manuel de droit des personnes*, préc., n°245, considérant que la qualification de biens innés des droits de la personnalité n'implique pas leur appartenance au patrimoine de la personne mais indique seulement qu'ils font l'objet d'une propriété.

⁸⁶² J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois*, thèse préc. L'analyse est superficielle. D'une part, le droit moral de l'auteur n'est pas un attribut accessoire du droit d'auteur : le seul fait qu'il survive à l'extinction du droit d'exploitation démontre qu'il ne peut en être considéré comme l'accessoire. En outre, l'exercice du droit de divulgation est une condition à la patrimonialisation de l'œuvre. V. P. Gaudrat, *J-Cl Propriété littéraire et artistique*, fascicule n°1211, « droits des auteurs, droits moraux, droit de divulgation ». V. aussi A. et H-J Lucas, *Traité préc.*, n°445 et surtout. n°462, considérant que l'exercice du droit de divulgation conditionne l'exercice des droits patrimoniaux. V. également F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, préc., n°666 et s. Le droit de repentir et de retrait permet à l'auteur, certes sous réserve d'indemnisation préalable, de se libérer de ses engagements patrimoniaux antérieurs, situation si exceptionnelle en droit des obligations qu'elle exclut que l'on puisse considérer cette faculté comme accessoire au droit patrimonial. Enfin, le droit au respect et à la paternité permettent de contrarier l'exploitation même en cas de cession en bonne et due forme des droits de l'auteur : le cessionnaire des droits d'exploitation doit respecter le droit moral de l'auteur, même en l'absence de précision dans le contrat, même si, au contraire, l'auteur a renoncé partiellement (en cas d'adaptation) ou totalement (contrat de négritude) à exercer son droit : ces renoncements ne sont pas valables. Sur les relations entre droit moral et droit patrimonial, Cf. infra n°243 et s. D'autre part, les droits dits extrapatrimoniaux sont hors du patrimoine de la personne en ce sens qu'ils ne peuvent constituer un actif susceptible de désintéresser les créanciers puisqu'ils sont insaisissables. La personne en est néanmoins titulaire. En ce sens, et en ce sens seulement, ces droits appartiennent exclusivement à cette personne qui est seule à pouvoir les exercer. Il ne s'agit pas ici d'une propriété au sens d'un droit pécuniaire mais d'une propriété au sens d'une titularité du droit.

d'abord une dimension économique⁸⁶³ mais il recouvre en droit plusieurs acceptions. Il peut désigner l'ensemble des biens d'une personne, c'est alors une masse qui détermine la richesse d'une personne⁸⁶⁴. Il est aussi une universalité de droit qui comprend « *l'ensemble des biens qui appartiennent à un individu et l'ensemble des obligations, au sens passif de ce dernier terme, dont ce même individu est tenu* »⁸⁶⁵. Le vocable peut encore désigner, par extension, une universalité, dont l'unité s'apprécie soit parce que les biens qui lui appartiennent sont soumis à une protection homogène ; soit parce que l'universalité est soumise à une protection spécifique. Tel est le cas du patrimoine culturel ou du patrimoine commun de l'humanité, ensemble de biens classés ; tel est le cas du patrimoine génétique humain, ensemble de données génétiques. La pécuniarité est ici accessoire⁸⁶⁶ puisque le droit ne consacre pas ici un droit subjectif mais protège un intérêt collectif. On est loin du droit de propriété et la référence au patrimoine renvoie plus au sens courant de l'accumulation de richesses – ici culturelles ou vitales et non pécuniaires – qu'à un rapport d'appartenance. L'humanité, même réunie autour d'un intérêt commun réel, n'est ici que figurativement personnifiée et n'accède pas à la personnalité juridique. Elle ne dispose pas d'un patrimoine au sens technique qu'Aubry et Rau lui ont donné : elle n'est pas

⁸⁶³ V. aussi J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, T. 1, l'acte juridique*, préc., n°1 : « les droits extrapatrimoniaux, qui protègent des intérêts essentiellement moraux n'ont pas de valeur chiffrable. A ce titre, ils sont 'hors du commerce' : en principe au moins, ils sont incessibles et leur titulaire ne peut pas y renoncer. C'est par là qu'ils s'opposent aux droits patrimoniaux (...) qui représentent, pour leur titulaire un élément de richesse. »

⁸⁶⁴ A. Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996 : pour le droit romain n°67 et pour le droit médiéval n°203 ; V. aussi, N. Mevorach, « Le patrimoine », RTDciv. 1936, p.811, contestant « *l'affirmation que le patrimoine est invariable et omniprésent (...) ; seul un scolastique pourrait affirmer que le patrimoine du mari et de la femme, du père et du nouveau-né, du milliardaire et du mendiant sont toujours identiques* » et rejetant l'idée que le patrimoine est l'émanation de la personnalité juridique et qu'il est intransmissible. Le patrimoine n'est alors « *pas un bien, une universitas, mais tout simplement une somme d'éléments actifs, grevée d'éléments passifs, le tout ayant une seule qualité commune (...) : l'appartenance au même sujet.* » V. en ce sens, l'article 272 du Code civil, évoquant le patrimoine, au côté des capitaux et des revenus. V. aussi A. Sériaux, « Patrimoine », Rép.Civ. Dalloz, 2010, n°9, qui s'appuie aussi sur les articles 1569 et suivants, relatifs à la participation aux acquets, qui n'évoquent que la répartition des biens au sein des patrimoines des époux. On peut toutefois relever que les textes parlent des 'acquets nets' et que d'autres textes sont consacrés à la répartition des charges du ménage mais il ajoute « *l'on fait aussi beaucoup trop dire à l'article 2092 qui, lu correctement, se borne à affirmer que le patrimoine (biens présents et à venir, meubles et immeubles) est le gage général des créanciers de son titulaire. (...) En réalité comme le disaient aussi Aubry et Rau (droit civil français, T. 9, 6^e éd., 1953, § 579), c'est parce que le patrimoine est lié à la personne que 'les obligations qui pèsent sur une personne doivent naturellement aussi grever son patrimoine'.* »

⁸⁶⁵ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, T. 1 L'acte juridique*, préc., n°27. Dans le même sens : M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, T. III, Les biens*, par M. Picard, préc., n°15 ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, T. 1, Introduction générale à l'étude du droit*, 2^{ème} éd. Sirey, 1972, n°287 ; G. Cornu, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, préc., n°56 ; J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens*, 14^e éd., PUF, coll. Thémis, n°1 ; F. Terré et P. Simler, *Droit civil, Les biens*, préc., n°7 ; P. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, préc., n°10.

⁸⁶⁶ F. Bellivier, *Le patrimoine génétique humain : étude juridique*, thèse Paris I, 1997, selon qui l'évaluation pécuniaire est un critère accessoire.

techniquement titulaire de droits subjectifs, elle n'a pas vocation à posséder des biens privativement et n'a pas non plus la capacité à s'engager. Laissons conclure le Professeur Sériaux : « *le patrimoine stricto sensu est, aux yeux de la doctrine, à ranger dans le domaine de l'économique, par opposition au physique ou au psychique de la personne justement caractérisé par son extrapatrimonialité* »⁸⁶⁷. Demogue affirmait déjà l'idée en rappelant que « *le patrimoine, c'est la puissance de garantie qu'offre la personne à ses créanciers actuels et futurs* »⁸⁶⁸. Et que le patrimoine soit un compte synthétisant un actif et un passif ou un simple actif, il relève à l'évidence de la sphère économique. Certains assimilent purement et simplement patrimonialité et pécuniarité : le droit est patrimonial dès lors qu'il peut être évalué en argent, ou du moins, dès lors qu'il peut donner lieu à échange onéreux⁸⁶⁹. D'autres insistent sur la finalité économique du droit⁸⁷⁰ : le droit a-t-il vocation à protéger l'intérêt économique de la personne ? La personne peut-elle exercer le droit dans un intérêt économique ? La réponse dicterait la qualification de bien patrimonial. On comprend le légitime intérêt pour l'auteur de la proposition de l'analyse finaliste : « *la tentation est en effet grande de soutenir que cette distinction [des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux] a fait son temps et qu'elle n'a plus aujourd'hui de raison d'être. (...) mais une telle affirmation heurte l'esprit. En dépit de la mercantilisation croissante de la société, chacun sent bien l'irréductible différence qui oppose le droit à la vie privée ou le droit sur son corps, d'une part, et le droit de propriété, d'autre part. Mieux, c'est précisément cette mercantilisation et les conséquences que l'on ne voudrait pas lui voir produire qui imposent le maintien de cette frontière* »⁸⁷¹. L'analyse finaliste présente des avantages certains mais oblige à réduire le droit objectif à la poursuite d'une seule finalité, ou du moins à mettre en exergue une finalité principale. La démarche, politique plus que technique, n'est plus

⁸⁶⁷ A. Sériaux, « Patrimoine », *Rép.Civ. Dalloz*, 2010, n°2. Le Professeur Sériaux invoque ici les articles 272, 1844-4 et 1844-5 du Code civil mais aussi l'ancien article 878. On notera que le nouvel article 878 n'utilise plus le terme patrimoine mais l'expression 'actif successoral' renforçant l'idée d'une unité du patrimoine, même si l'on peut distinguer l'actif successoral en son sein, ceci permet de nuancer certaines critiques récurrentes portées aux « auteurs strasbourgeois » et admettant l'existence de patrimoines d'affectation en droit français. Contra, affirmant l'importance et la pérennité de la théorie, F. Cohet-Cordey, « la valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTDCiv.* 1996, p.819.

⁸⁶⁸ Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé, essai critique pour servir l'introduction à l'étude du droit des obligations*, p.399. Dans le même sens, J. L. Aubert et E. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 3^e éd. 2010, n°209.

⁸⁶⁹ F. Zenati et T. Revet, *Manuel de droit des personnes*, préc. n°265 : « *la patrimonialité est la pécuniarité, plus précisément l'aptitude à l'échange onéreux* », la nuance implique toutefois la transférabilité. V. aussi F. Terré, *Introduction au droit*, n°3 et F. Terré et P. Simler, *Les biens*, préc., n°7.

⁸⁷⁰ O. Boskovic, « La patrimonialité des droits, brèves observations sur une notion fondamentale », *RRJ* 2005-4, I, p.1783, qui estime toutefois que la définition de la patrimonialité comme caractère de ce qui est évaluable en argent est la conception la plus répandue en jurisprudence.

⁸⁷¹ O. Boskovic, préc., p.1785.

objective mais morale. La frontière n'apparaît pas plus sûre⁸⁷². Elle est parfois simplificatrice⁸⁷³ mais elle ne reflète pas la réalité de nombreux biens, qui sont complexes et présentent à la fois des caractères patrimoniaux et extrapatrimoniaux.

227. **Biens complexes.** Pierre Catala a démontré qu'il existait plusieurs degrés de patrimonialité. D'autres⁸⁷⁴ ont par la suite théorisé ces distinctions. Selon Pierre Catala, l'*intuitus personae*, notion classique de droit des contrats, joue un rôle non négligeable en droit des biens⁸⁷⁵. Certains droits patrimoniaux peuvent donc être teintés d'extrapatrimonialité du fait de cet *intuitus personae*. De la même manière, les droits extrapatrimoniaux ne sont pas nécessairement sans conséquence économique. Alain Sériaux⁸⁷⁶, qui préfère parler de biens et non de droits, distingue au sein des biens patrimoniaux ceux qui sont marqués par une extrapatrimonialité due à la création du bien patrimonial (ceux qui sont issus de l'activité personnelle de la personne) et ceux dont l'extrapatrimonialité est due à l'affectation du bien patrimonial (on peut alors distinguer ceux qui sont affectés à l'usage personnel de leur propriétaire comme le linge, le logement ; ceux qui assurent la subsistance de leur propriétaire, comme les outils professionnels, les pensions alimentaires, les ressources minimales ; ceux qui ont une valeur affective, comme les animaux domestiques, les souvenirs de famille et ceux qui assurent l'intégrité physique et morale de la personne, notamment les sommes ayant vocation à réparer des préjudices corporels ou moraux). Selon leur degré d'extrapatrimonialité, ces biens sont indisponibles⁸⁷⁷, intransmissibles⁸⁷⁸, insaisissables⁸⁷⁹, propres par nature⁸⁸⁰. Les

⁸⁷² Par exemple, Mme Boskovic, préc., classe les droits alimentaires dans les droits extrapatrimoniaux de la personne car ils sont « accordés pour la survie du titulaire, en vertu d'un 'droit sacré à la vie', d'évidence étranger à toute considération économique ». On peut justifier l'existence de ces droits par la nécessité d'assurer la survie du titulaire, ce qui relève du droit à la dignité, mais l'on peut aussi considérer que l'alimentaire relève de l'ordre matériel et donc économique et non moral ou affectif. Mme Boskovic concède que « la dignité est une 'notion englobante' ou notion-cadre, [mais qu'] elle doit néanmoins être maintenue dans des limites raisonnables. C'est pourquoi on ne peut suivre un auteur lorsqu'elle se demande 'l'acquisition d'une maison de campagne n'a-t-elle pas pour fin essentielle la satisfaction d'intérêts extrapatrimoniaux ?' », citant L. Collet, Le droit extrapatrimonial, thèse Paris II, 1992, p.10. Qui fixera la limite raisonnable de ce qu'englobe le droit à la dignité ? Le juge a forgé d'autres outils qui lui permettent de parvenir à des conclusions tout aussi raisonnables, notamment par l'admission de divers degrés de patrimonialité.

⁸⁷³ C'est notamment le cas en ce qui concerne l'indemnisation d'un dommage moral – des personnes physiques et morales – et la détermination des « droits exclusivement attachés à la personne » au sens de l'article 1166 du Code civil, V. O. Boskovic, préc., n°21, n°24 et s., n°29 et s.

⁸⁷⁴ J. Audier, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, LGDJ, 1979. A Sériaux, « Patrimoine » préc.

⁸⁷⁵ P. Catala préc. n°24.

⁸⁷⁶ A. Sériaux, « patrimoine », préc.

⁸⁷⁷ C'est le cas des souvenirs de famille : la jurisprudence considère que leur valeur vénale n'empêche pas leur indisponibilité. V. Cass. 2^e civ., 29 mars 1995 : JCP 1995, II 22477, note Houasse-Banget, RTDciv. 1996, p.420, obs. F. Zenati.

développements jurisprudentiels récents en matière de droits sur l'image ou de droits sur le nom ont été l'occasion de préciser encore les relations entre droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux. Le régime des droits de la personnalité a évolué vers un dualisme comparable au droit d'auteur, comme l'avait prédit le Professeur Pollaud-Dulian⁸⁸¹. Les droits de la personnalité comprennent des éléments purement extrapatrimoniaux - tel est le cas notamment du droit à l'honneur et à la réputation, du droit au respect de la vie privée, du droit au nom – et des éléments plus complexes – tels le droit sur le nom ou le droit sur l'image – qui ne peuvent pas être traités de la même manière⁸⁸². Les attributs purement extrapatrimoniaux n'ont pas même de valeur pécuniaire, au contraire des attributs patrimoniaux. Il est courant d'objecter que le droit à l'honneur et à la réputation ainsi que le droit au respect de la vie privée sont susceptibles d'une évaluation pécuniaire, notamment à l'occasion d'une action en justice visant à faire sanctionner l'atteinte qui y a été portée⁸⁸³. Ceci laisserait à penser qu'ils peuvent prétendre à la pécuniarité et donc à la patrimonialité. L'extrapatrimonialité oblige-t-elle à une réparation d'un euro, somme si symbolique qu'elle n'en est pas patrimoniale⁸⁸⁴ ?

⁸⁷⁸ C'est le cas de l'usufruit ou de la rente viagère. P. Catala, préc., note que l'extrapatrimonialité tient soit à la relation affective qui lie souvent le nu-propriétaire à l'usufruitier ; soit à la nature alimentaire de la rente viagère.

⁸⁷⁹ Art. 14 de la loi n°91-650 du 9 juillet 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution : sont insaisissables, les provisions, sommes et pensions à caractère alimentaire, les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille, sauf s'ils perdent leur caractère de nécessité en raison de leur quantité, s'ils sont des biens de valeur en raison de leur rareté, ancienneté ou de leur caractère luxueux ou s'ils ne sont pas au domicile ou sur le lieu de travail du saisi, les objets indispensables aux personnes handicapées ou malades.

⁸⁸⁰ Cciv., art. 1404.

⁸⁸¹ F. Pollaud-Dulian, « Droits de la personnalité et droit d'auteur », préc.

⁸⁸² Contrat mettant en évidence la subtilité du dédoublement du droit au nom en un attribut purement extrapatrimonial et un attribut patrimonial marqué d'extrapatrimonialité à propos du droit au nom mais considérant que l'analyse est transposable à l'ensemble des éléments de la personnalité, M. Bui-Leturcq, « Patrimonialité, droits de la personnalité et protection de la personne, une association cohérente », préc., p.767.

⁸⁸³ P. Catala, lui-même, observe lui-même que c'est « par la brèche du dommage et de la responsabilité civile que l'évaluation s'infiltre dans le champ des droits extrapatrimoniaux », art. préc., n°27.

⁸⁸⁴ Cass. 1re civ. 17 janvier 1995 : D. 1995, p.401, note D. R. Martin. On notera toutefois la particularité de l'espèce : l'acheteur avait certes payé un lot de parts sociales non négociables un franc mais il avait aussi accepté une reprise de cautionnement, la cour considère qu'un franc n'est pas une valeur patrimoniale et que l'acte donc n'exigeait pas le consentement du conjoint car les biens communs ne sont pas engagés. Mais comme le note le Professeur Martin, la modicité du prix « dissimulait le piège d'une dette conditionnelle ». Dans l'esprit du professeur Chilstein, il s'agirait sans doute d'un « bien à valeur vénale négative », V. D. Chilstein, « les biens à valeur vénale négative », RTDciv. 2006, p.663. Les professeurs Flour, Aubert et Savaux observent que « par délicatesse », les demandeurs à l'action, notamment en cas d'atteinte à l'honneur, ne sollicitent parfois qu'une réparation symbolique d'un euro. Mais ce n'est là ni une réparation, ni une compensation, ni une satisfaction. La seule satisfaction en l'espèce, c'est la condamnation. V. aussi G. Ripert, « Le prix de la douleur », D. 1948, chr. p. 1 ; P. Esmein, « La commercialisation du dommage moral », D. 1954, p.113.

L'évaluation pécuniaire était, certes, un critère utilisé par Pierre Catala. Il faut noter toutefois que le critère à lui seul est, pour le Professeur Catala, insuffisant à caractériser la patrimonialité. Le droit à l'honneur et à la réputation par exemple est à la fois intransmissible à cause de mort⁸⁸⁵ et non cessible. Surtout, le caractère évaluable en argent tient moins à ce que l'attribut représente une valeur économique – l'honneur et la réputation, la vie privée, le nom en sa qualité d'élément de l'état civil d'une personne, de moyen de preuve de l'appartenance à une famille⁸⁸⁶ ne sont pas des valeurs économiques – qu'à la nécessité d'une réparation par équivalent, qui ne peut être que pécuniaire, la réparation en nature n'étant pas évidente à mettre en œuvre ou pas toujours suffisante. C'est moins le droit qui est ici évalué que le dommage que l'irrespect a engendré. Il en est de même en ce qui concerne l'indemnisation du préjudice corporel : le droit à l'indemnisation d'un tel préjudice ne confère pas au corps une valeur pécuniaire et n'en fait pas un élément du patrimoine de la personne. A ce propos, le Professeur Sériaux note qu'il « *s'agit ici, en effet, d'une indemnisation, non d'une rémunération. Or, par définition, indemniser n'est point échanger la perte d'un bien contre une valeur pécuniaire ou un quelconque avantage en nature. Outre le fait que l'opération d'indemnisation n'a été voulue ni par celui qui en profite (qui aurait préféré conserver son intégrité corporelle), ni par celui qui en fait les frais (qui aurait préféré ne rien devoir du tout), l'indemnité a seulement pour but et pour mesure de permettre à la victime (au sens large) du préjudice corporel de faire face aux dépenses nécessaires pour récupérer autant que possible sa pleine intégrité physique. En d'autres termes, ce n'est pas la perte d'un bien corporel qui est remplacée et en quelque façon échangée contre une indemnité, ce sont les moyens, assurément patrimoniaux, pour recouvrer la santé physique qui, à titre d'indemnité, se trouvent pris en charge par le responsable (au sens large également)* »⁸⁸⁷. Cette idée d'indemnisation est aussi mise en évidence, mais dans une moindre mesure, par les Professeurs Flour, Aubert et Savaux à propos du préjudice moral. Ils notent que

⁸⁸⁵ Il ne survit pas au décès de la personne (Cass. civ. 1^{re}, 14 déc. 1999 : Bull. n°345) ; seul le respect dû au deuil de la famille protège un temps les héritiers (V. CA Paris, 24 fév. 1998 : D. 1998, p.225, note B. Beignier, saluant l'avancée jurisprudentielle par rapport à l'affaire Jean Gabin et même l'affaire François Mitterand ; V. cependant Cass. civ. 1^{re}, 20 déc. 2000 : Bull. n°341, rejetant le pourvoi mais évoquant seulement une publication attentatoire à la dignité humaine, sans se référer aux droits des héritiers). Toutefois, l'héritier démontrant l'existence d'un trouble distinct, personnel, dû le cas échéant à une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort, devrait pouvoir obtenir la cessation du trouble (Cass. Civ. 2^e, 22 oct. 2009 : Bull. n°211), la publication de la photographie du cadavre en étant clairement un.

⁸⁸⁶ Au sein de ce que l'on nomme classiquement droit au nom, il convient de distinguer ce qui relève de l'état des personnes et qui est indisponible et extrapatrimonial, notamment le droit au respect du nom qui est imprescriptible (droit à réclamer le nom de ses ancêtres) et ce qui relève de la notoriété personnelle, fruit de son travail, de son activité, de sa renommée personnelle. Les termes de nom patronymique ou de nom de famille sont à cet égard élogieux.

⁸⁸⁷ A. Sériaux, « Patrimoine », préc., n°19

L'indemnisation est une « *satisfaction de remplacement* »⁸⁸⁸, en ce que l'argent permet des plaisirs consolatoires ou qui, du moins, permettent d'oublier un peu. Mais ce n'est là qu'une pâle application du principe de réparation par équivalent. « *La somme d'argent allouée à la victime vient compenser, en lui en procurant une valeur équivalente, ce qu'elle a perdu et le gain dont elle a été privée – damnum emergens, lucrum cessans* »⁸⁸⁹. En ce qui concerne le dommage moral, le principe de la réparation intégrale du préjudice est difficile à mettre en œuvre. Certes, les juges tentent d'évaluer le préjudice pour justifier la somme allouée à la victime mais l'on ne peut nier que l'évaluation est si ce n'est impossible, du moins délicate⁸⁹⁰. L'indemnisation est ici peut-être autant liée à la gravité du préjudice qu'à la gravité de la faute⁸⁹¹. En effet, l'indemnisation du préjudice moral permet de « *ne pas laisser sans sanction les fautes qui n'ont pas causé de dommage matériel. (...) responsabilité civile et responsabilité pénale sont ici moins éloignées que d'ordinaire. La réparation du préjudice moral s'analyse en une peine privée. Il ne s'agit pas vraiment d'indemniser la victime – ou prétendue telle – mais de punir l'auteur* »⁸⁹². A préjudice moral, réponse morale : l'auteur d'une faute ne peut rester impuni ; il doit être condamné, il doit engager sa responsabilité. L'obligation pécuniaire a ici un effet dissuasif et contribue à la moralité⁸⁹³. Admettre que la

⁸⁸⁸ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations*, T. II., n°140 ; V. aussi H. Mazeaud, L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, T. 1, éd. Montchrestien, 1965, n°314 ; Marty et Raynaud, préc. n°431.

⁸⁸⁹ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, préc., T. II, n°385.

⁸⁹⁰ A. Sériaux objecte que le principe reste applicable et que cela s'oppose à la qualification de peine privée que proposent ces auteurs, V. « patrimoine », préc., n°26.

⁸⁹¹ V. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, préc., T. II, n°387, rappelant que malgré le principe d'équivalence entre la réparation et le dommage, ce qui implique l'indifférence de la gravité de la faute, la pratique ne peut être qu'autre car « *il est psychologiquement impossible que le juge ne tienne pas compte de la gravité plus ou moins grande de la faute, pour se montrer plus ou moins sévère, lorsque le dommage n'est pas chiffrable mathématiquement [;] à quoi l'on peut ajouter que, dans tous les cas, le juge est enclin à une appréciation du dommage plus 'généreuse', et donc plus sévère pour l'auteur, lorsque celui-ci a commis une faute intentionnelle, faute qui est assurément d'une exceptionnelle gravité* ».

⁸⁹² J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, préc., T. II, n°140.

⁸⁹³ V. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 9^e ed., Dalloz, coll. Précis, 2005, n°900, s'interrogeant sur la pertinence du principe de réparation intégrale du préjudice : « *cette adéquation nécessaire de la réparation au dommage manifeste bien l'exclusion de principe de deux sortes de considérations liées à l'idée de moraliser le droit français : d'une part, il n'est pas tenu compte de l'avantage, parfois supérieur au dommage de la victime, que le responsable a pu tirer de son comportement ; d'autre part, ce droit ne connaît pas le recours à des dommages-intérêts punitifs permettant de multiplier les indemnités en fonction du comportement plus ou moins répréhensible du responsable* ». Le rapport Catala proposant un avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (La documentation française, 2006) propose d'ailleurs une modification du droit positif sur ce sujet : les dommages-intérêts pourraient être punitifs et doivent tenir compte de l'avantage qu'ils ont procuré à l'auteur de la faute. Une « *place discrète* » est aussi faite à une fonction préventive de la responsabilité. V. G. Viney, « *exposé des motifs* », rapport préc., p.168 et les propositions de modifications législatives, notamment l'article 1371 : « *l'auteur d'une faute manifestement délibéré, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont* ».

réparation pécuniaire du préjudice moral relève plus de la peine privée que de la réparation intégrale du préjudice permet de tenir compte de la gravité de la faute et d'ainsi éviter l'arbitraire dans la détermination du montant de la réparation (même si les juges tentent de fixer au plus près le montant de la réparation, la réparation d'un préjudice moral ne peut être qu'arbitraire)⁸⁹⁴ : abandonner un critère non adéquat pour un critère efficient réduira en effet l'arbitraire, quitte, dans un second temps, à tenir compte de la réalité du préjudice pour pondérer l'indemnisation⁸⁹⁵. Ce n'est donc pas parce que l'atteinte à un droit peut être sanctionnée financièrement que le droit doit être qualifié de patrimonial. Selon le Professeur Sériaux, c'est moins l'aptitude à l'évaluation en argent que la « *possibilité même de contrepartie, remplacement d'un bien par un autre, qui garantit et par là même définit la patrimonialité* »⁸⁹⁶. La réparation pécuniaire n'est pas, en ce qui concerne le préjudice moral ou même corporel, un remplacement mais une compensation. La contrepartie suppose l'échange. La patrimonialité suppose l'aptitude à l'échange car « *les biens patrimoniaux sont par essence, destinés à circuler entre les personnes* »⁸⁹⁷. La pécuniarité du bien est donc moins son caractère évaluable en argent que son aptitude à l'échange. Or la personne ne peut aliéner ses « biens innés » qu'en opérant un mouvement d'éloignement⁸⁹⁸, c'est-à-dire en détachant ce bien de sa personne. C'est le détachement qui permet la patrimonialisation, et par voie de conséquence l'appropriation, lorsque l'objet détaché est appropriable. Si la pécuniarité est un critère de la patrimonialité, l'évaluation en argent reste en soi insuffisante : l'aptitude au transfert est tout aussi importante.

pas assurables. » La distinction des dommages-intérêts compensatoires et punitifs permet justement de contredire l'idée du patrimonialisation des intérêts moraux par le biais de l'action en justice et de l'indemnisation : ce n'est pas que le préjudice moral est une valeur, c'est la faute qui doit être compensée.

⁸⁹⁴ Dans le même sens, J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, préc., T. II, n°387, qui notent l'impossibilité d'appliquer le principe de la réparation intégrale du préjudice au dommage moral « *le 'pretium doloris' n'est qu'une image ; la douleur n'a pas de prix ; l'évaluation n'en peut être qu'arbitraire. (...) la réparation du dommage moral trouve sa meilleure justification dans l'idée de peine privée* ».

⁸⁹⁵ Y. Chartier, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Dalloz, 1983 et *La réparation du préjudice*, Dalloz 1996 ; M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, préface P. Hébraud, LGDJ 1974 ; C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, thèse Paris II 2003, citée in Terré, Simler, Lequette, préc., p.876 ; B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947 ; Petites affiches hors-série 20 novembre 2002 : faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?

⁸⁹⁶ A. Sériaux, « patrimoine », n°16.

⁸⁹⁷ A. Sériaux, « patrimoine », n°15.

⁸⁹⁸ A. Sériaux, « patrimoine », n°14.

2. Cessibilité du bien

228. La cessibilité indique que l'objet de droit n'est pas indéfectiblement lié à la personne et qu'il s'en distingue. Dès lors, on peut parler de bien, de chose, d'objet de droit. La cessibilité, qui est le signe de la patrimonialité, est donc une condition nécessaire à la reconnaissance d'une propriété⁸⁹⁹.

229. **Prégnance de la cessibilité.** Pour le Professeur Sériaux, « *qui dit circulation dit surtout possibilité d'échange. (...) C'est là pensons-nous le nec plus ultra de la patrimonialité. En effet, la transmissibilité à cause de mort par voie d'héritage ou de succession aboutit seulement à la continuation par une ou plusieurs autres personnes vivantes de la personne du de cujus. Les biens certes circulent, mais passivement. C'est plutôt le titulaire des biens qui change, dans une certaine mesure* »⁹⁰⁰. La possibilité d'échange ou la cessibilité impliquent en effet à la fois la transmission du bien et son évaluation, l'évaluation ne servant plus la compensation de la perte du bien mais permettant la détermination de la contrepartie, cause de l'obligation de donner le bien⁹⁰¹. Déjà l'évaluation change de nature puisqu'elle est, en cas de cession, volontaire, personnelle, libre et antérieure, ou du moins concomitante, à l'obligation. Par ailleurs, la cession est volontaire et suppose le bien disponible alors que la transmission à cause de mort permet certes à un droit de perdurer après le décès du de cujus mais ce n'est là que la manifestation de la transmission de patrimoine du de cujus et pas de la transmission du bien. La patrimonialité serait donc plus évidente, selon lui, en cas de cessibilité qu'en cas de transmissibilité à cause de mort⁹⁰². Pourtant, le Professeur Catala établissait, lui, une gradation faisant culminer les degrés de patrimonialité au cas de transmissibilité et de qualification de biens communs. S'intéressant à la fois aux mutations économiques et juridiques du patrimoine, son analyse mettait en évidence l'importance au sein du patrimoine des biens nouveaux, fruits du travail et de la création. Son analyse économique du patrimoine démontrait comment le travail était le premier facteur d'enrichissement du

⁸⁹⁹ V. également retenant le droit de disposer comme critère déterminant de la qualification de propriété, C. Simler, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc. n°266.

⁹⁰⁰ A. Sériaux, « patrimoine », n°16.

⁹⁰¹ Les deux propositions peuvent paraître proches car leur résultat économique est identique mais elles sont irréductibles dans la mesure où seule la cession est volontaire, l'évaluation établie dans le cadre d'une action en indemnisation n'intervient pas en amont de la constitution de l'obligation mais *a posteriori*, après l'avènement du fait juridique ; elle n'est plus ni personnelle, ni volontaire, ni libre mais déterminée par défaut et par nécessité.

⁹⁰² A. Sériaux, « La notion juridique de patrimoine, brèves notations civilistes sur le verbe avoir », RTDciv. 1994, p.801, où l'auteur explique que le fait que la patrimonialité réside essentiellement dans le caractère évaluable en argent n'est qu'une intuition qui mérite d'être approfondie car l'argent est une valeur d'échange, instrument devenu irremplaçable du commerce. Le véritable critère de la patrimonialité ne résiderait donc pas dans l'estimation pécuniaire mais l'accessibilité à l'échange.

patrimoine et il s'est intéressé ensuite au traitement juridique de ces valeurs, reconnaissant alors que ces droits aux frontières du patrimoine et de la personne faisaient l'objet d'une patrimonialité spécifique, qu'il a comparée aux autres sources de revenus de la personne, revenus du capital, purement patrimoniaux, d'une part ; obligations naturelles et créances alimentaires, purement personnelles, d'autre part. La gradation établie « *évaluation, exigibilité, cessibilité, saisissabilité, transmissibilité et, pour finir, inclusion purement comptable dans la masse commune* »⁹⁰³ concernait donc moins une étude d'ensemble de la patrimonialité des biens (notamment concernant les restrictions apportées à la cessibilité de certains biens présentant un intérêt familial, historique, culturel, ethnologique, ou social particulier⁹⁰⁴) qu'une classification des pensions et gains liés à la situation de la personne. Le caractère commun de ces droits étant d'être liés à la personne de leur titulaire, les degrés ultimes de détachement sont la survie du droit à son titulaire et l'absence de qualification en biens propres⁹⁰⁵, le bien rejoint alors la catégorie des biens communs, si peu personnels qu'à la dissolution de la communauté, le conjoint y a droit pour moitié. La problématique évolue donc au fil de la gradation : si aux premiers degrés de patrimonialité, on peut s'interroger sur le point de savoir, s'il s'agit ou non de droits patrimoniaux, aux derniers échelons, la patrimonialité ne fait plus doute. On s'interroge ainsi sur la qualification du droit patrimonial : bien appropriable mais personnel, bien non personnel mais propre par nature, bien qui n'est pas propre par nature. La cessibilité, et a fortiori la saisissabilité, suffisent à justifier de la patrimonialité car l'aliénabilité exige un mouvement d'éloignement⁹⁰⁶. L'intégration dans la masse commune permet aussi de conclure à la patrimonialité : d'abord, les régimes matrimoniaux concernent les relations patrimoniales des époux ; ensuite le bien commun est si peu personnel qu'il n'est même plus un propre par nature. Le bien qui ne peut que faire l'objet d'une transmissibilité à cause de mort, à l'exclusion de la cessibilité, fait certainement l'objet d'une patrimonialité moins aboutie. Mais contrairement à ce que laisse à penser l'affirmation du Professeur Sériaux, il n'en est pas moins un droit patrimonial⁹⁰⁷. Tel est le cas par exemple des souvenirs de famille : leur

⁹⁰³ P. Catala, art. préc. n°29.

⁹⁰⁴ On pense ici aux souvenirs de famille, aux biens culturels, au domaine public, etc.

⁹⁰⁵ Notons aussi l'importance de la qualification : les outils et instruments de travail sont des biens propres mais pas les gains et salaires, même s'ils sont issus du travail : l'autonomie professionnelle des époux est garantie mais pas l'autonomie financière. C'est la liberté du travail qui est garantie, pas le droit aux fruits du travail.

⁹⁰⁶ G. Mémeteau, « L'appropriation ou des Rattenfänger von Hamein », RRJ 1996, p.447.

⁹⁰⁷ En ce sens, admettant l'existence de propriété inaliénable, F. Terré et P. Simler, préc., n°114 et s., citant notamment les biens grevés de substitution (art. 1048 et s. du Code civil), les biens de famille (art. 32 et 33 du code de la famille et de l'aide sociale), les biens ruraux acquis ou aménagés en vertu du livret de domaine-retraite (art. 775 in fine du Code rural).

valeur patrimoniale ne peut être niée par principe⁹⁰⁸ ; ils ont une valeur économique et sont transmis à cause de mort⁹⁰⁹ ; pourtant, ils ne sont pas disponibles, ne sont ni cessibles, ni saisissables, et sont des propres par nature. Mais le bien s'éloigne suffisamment de la personne pour lui survivre. C'est déjà un détachement suffisant pour accéder à la patrimonialité. Le titulaire du droit peut en disposer à cause de mort, le titulaire du droit peut changer. Tel n'est pas le cas des droits extrapatrimoniaux de la personnalité. Tel n'est pas le cas du droit à l'intégrité du corps humain.

230. **Cessibilité et disponibilité.** Pour les Professeurs Zenati et Revet, la patrimonialité est la pécuniarité. La propriété s'affranchit néanmoins de cette exigence de pécuniarité : selon eux, la disponibilité à elle seule suffit à caractériser la propriété. Ils prennent pour exemple le corps humain, qui peut être objet de contrat : consentement à l'atteinte à l'intégrité du corps humain dans le contrat médical ; possible don du sang et d'autres éléments du corps humain. Ce ne serait finalement que l'exploitation du corps à des fins patrimoniales qui serait interdite. La disponibilité est-elle meilleur critère que la cessibilité ? Pour cela, il faut d'abord définir la disponibilité. La disponibilité peut être synonyme de cessibilité. Ou plutôt l'indisponibilité peut être équivalente à l'incessibilité. Tel est le cas des souvenirs de famille⁹¹⁰. Sont aussi qualifiés d'indisponibles les biens hors commerce, non seulement incessibles mais à propos desquels on ne peut pas même contracter⁹¹¹. Or sont le plus souvent présentés comme

⁹⁰⁸ En tout cas, elle ne l'est pas par principe. V. Cass. Civ. 2^e, 29 mars 1995 : Bull. n°115 ; JCP 1995, n°36, p.315, note S. Hovasse-Banget, admettant que des biens d'une grande valeur vénale appartenant à la famille d'Orléans, « *constituent apparemment, quelle que soit leur nature, des souvenirs de famille indisponibles entre ses mains et auxquels leur valeur vénale ne peut, ainsi que le retient justement l'arrêt, faire perdre cette qualité.* » Il est à noter toutefois que les seuls caractères historique, perpétuation de la possession par la famille d'Orléans, apposition des armes de la famille sur ces objets ne suffisent pas à établir que des meubles revêtent pour la famille une valeur morale telle qu'ils pourraient être qualifiés de souvenirs de famille (Cass. Civ. 1^{re}, 12 nov. 1998 : Bull. n°311 et Dalloz, 1999, p.624, note J. Robichez. La qualification est donc appréciée *in concreto* et restrictivement puisqu'il s'agit d'une exception à la patrimonialité des meubles. V. aussi Terré et Simler, n°715, constatant que ces biens présentent une valeur avant tout morale l'emportant sur tout valeur vénale, mais ne contestant pas que les biens puissent avoir une valeur vénale. La valeur vénale existe mais n'en demeure pas moins indifférente. Doit-on distinguer entre la situation du bien avant et après un éventuel détachement intervenant lors d'une cession emportant l'adhésion de l'ensemble de la famille ? Une telle analyse rendrait le sort des souvenirs de famille comparable à l'œuvre, dont la situation juridique est distincte avant et après divulgation.

⁹⁰⁹ C'est peut-être même le seul intérêt que présente leur évaluation pécuniaire, le partage successoral.

⁹¹⁰ Les souvenirs de famille sont transmissibles à cause de mort alors même qu'ils sont incessibles, ce qui les distingue clairement des droits de la personnalité.

⁹¹¹ En ce sens, G. Loiseau, « Typologie des choses hors du commerce », RTDciv. 2000, p.47 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, préc., n°274. V. aussi F. Zenati-Castaings et T. Revet, *Manuel de droit des personnes*, préc., n°113 : « *le pouvoir de disposer ne se réduit donc pas, comme on tend souvent à le penser, au pouvoir d'aliéner ; il comporte, en outre, le pouvoir d'administrer, c'est-à-dire d'accomplir la plupart des actes juridiques* ». Comp. J.-L. Aubert, « le droit de disposer de l'immeuble », *Mélanges Flour*, 1979, p.1.

appartenant à cette catégorie le corps humain ou ses éléments⁹¹² ainsi que les biens culturels. Enfin, le terme indisponible est parfois employé comme synonyme d'intangible, c'est-à-dire que la volonté ne saurait modifier. Tel est le cas de l'état des personnes⁹¹³. La définition de l'indisponible et du disponible n'est donc pas évidente. On peut noter toutefois que l'indisponibilité fait en tout ou partie obstacle à la volonté : soit le bien n'est pas cessible ; soit le bien ne peut même pas être exploité, puisqu'il ne peut faire l'objet d'un contrat ; soit le bien ne présente pas certaines utilités ordinairement allouées aux choses du même genre. Peut-on d'ailleurs toujours parler de biens ? La parfaite disponibilité de la chose permettra de qualifier le droit qui la couvre de droit patrimonial mais l'indisponibilité pouvant présenter divers degrés ne paraît pas un critère satisfaisant. Surtout, le terme est équivoque, on peine à parler de disponibilité du droit. On préfère parler des choses disponibles ou indisponibles. Un droit peut en revanche être transféré. Une chose peut être l'objet d'une obligation⁹¹⁴, le contrat est alors le moyen par lequel le titulaire du droit sur la chose exerce son droit. Mais toute obligation n'implique pas nécessairement un transfert de titularité du droit. La disponibilité est l'aptitude de la chose corrélatrice au pouvoir de disposition du propriétaire. Le caractère disponible ou non de la chose permet de déterminer les utilités de la chose, notamment son utilité économique⁹¹⁵. Les degrés de disponibilité de la chose renvoient à ses degrés de patrimonialité : une chose incessible et insaisissable ne présente qu'une moindre valeur économique pour son propriétaire ; il ne peut ni la vendre, ni la donner en garantie et, bien que figurant à l'actif du patrimoine du débiteur, elle ne pourra désintéresser les créanciers. Son effet patrimonial est moindre mais pas nul pour autant. Tel est le cas par exemple des outils de

⁹¹² C'est ainsi que sont le plus souvent interprétés les articles 16 et s. du Code civil. V. I. Moine-Dupuis, *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, 1997, coll. Bibl. de droit privé, préf. E. Loquin ; G. Loiseau, « Typologie des choses hors du commerce », préc. V. M.-A. Hermitte, « Le corps hors du commerce et hors du marché », Arch. Phil. Dr. T. 33, 1988, p.323. *Contra* F. Zenati-Castaings et T. Revet, *Manuel de droit des personnes*, préc., n°265 : la commercialité n'exige pas la patrimonialité (pécuniarité) ; l'homme dispose donc de son corps lorsqu'il consent au don d'un de ses éléments.

⁹¹³ Principe d'indisponibilité de l'état des personnes

⁹¹⁴ L'expression 'objet du contrat' est plus ambiguë, sur les différentes acceptions de l'objet en droit des obligations, V. Flour, Aubert et Savaux, préc., T. 1, n°234.

⁹¹⁵ Ainsi, même si le patient consent aux soins, et notamment à l'atteinte à l'intégrité de son corps, si chacun est libre de donner son sang ou peut consentir aux dons d'organes entre vivants, peut-on réellement considérer qu'un tel consentement relève de la disposition du corps humain ? Le Code civil exclut la patrimonialité du corps humain et de ces éléments. Certes, le sang et les organes peuvent être vendus entre tiers mais le don est nécessairement gratuit. L'acte de don suffit-il à constituer un acte de disposition ? En ce sens, F. Zenati-Castaings et T. Revet, *Manuel de droit des personnes*, préc., *Contra* M. Marzano, *Je consens donc je suis, éthique de l'autonomie*, Puf, 2006, spec. p.75 et s. : l'analyse philosophique, très nourrie des textes juridiques, pose la question de la liberté du consentement et rappelle les fondements de l'exigence de consentement du patient aux soins ou au prélèvement. Comp. R. Béraud, « L'indisponibilité juridique », D. 1952, chron. p.187 ; R. Martin, « Personne, corps, volonté », D. 2000, chron. p.505.

travail : ils présentent une valeur intrinsèque, mais ne sont pas saisissables. Ils ne seront donc pas utiles pour désintéresser le créancier. Seuls les revenus ou les plus-values engendrées par le travail – qui nécessite par définition l'usage de ces outils – peuvent, dans une certaine limite, servir à désintéresser les créanciers. En revanche, ces biens peuvent être vendus par leur propriétaire ou être dévolus aux héritiers, ils présenteront alors une valeur économique certaine⁹¹⁶. Si la patrimonialité du bien permet la qualification de l'objet, c'est la maîtrise souveraine de ce bien qui permet la qualification du droit.

B. Maîtrise souveraine du bien

231. La maîtrise d'un bien est signe de propriété en ce qu'elle manifeste la puissance propriétaire. Cette maîtrise peut être matérielle (1) mais surtout juridique (2).

1. Insuffisance de la maîtrise matérielle du bien

232. La maîtrise matérielle, si elle peut être un révélateur de propriété, est souvent insuffisante car le propriétaire, maître en son domaine, a pu, dans le cadre de son pouvoir de disposition, transférer la jouissance matérielle du bien à autrui. Un tel transfert n'est pas privatif de propriété mais au contraire exercice de la propriété. Le transfert de la maîtrise matérielle du bien est certes l'expression de la puissance propriétaire, mais peut aussi, et dans le même temps, en constituer une limite volontairement consentie.

233. **Possession et propriété.** Possession et propriété sont intimement liées et « *dans le plus grand nombre de cas (...) coïncident. En général, celui qui est propriétaire d'une chose en est possesseur ; inversement, celui qui détient une chose et se comporte sur elle comme un propriétaire en est habituellement le propriétaire* »⁹¹⁷. La possession est d'ailleurs plus qu'un indice de la propriété : elle en est un mode de preuve et un mode d'acquisition. Certes, « *il arrive que la possession et la propriété soient dissociées parce que, par exemple, la possession est entre les mains d'un usurpateur ou qu'une personne ayant acquis un bien a non domino n'a pu en devenir propriétaire [mais c]ette dissociation ne peut être durable, car, selon une pente fatale, quand un fait se prolonge, il tend à se transformer en droit* »⁹¹⁸. Ainsi, en matière de meubles, la possession vaut titre⁹¹⁹ ; la possession emporte également propriété par

⁹¹⁶ Comp. avec la force de travail et les fruits du travail, cf. supra n°79 et s. sur la distinction de la force de travail et des fruits du travail ; cf. infra n°253 et s. sur la patrimonialité du travail.

⁹¹⁷ P. Malaurie et L. Aynès, préc., n°483.

⁹¹⁸ *Ibidem*.

⁹¹⁹ Cciv., art.2276, al. 1. Pour une analyse de cet article, présentant la « dualité de sens » de la règle, à la fois mode de preuve et mode d'acquisition, W. Dross, « Le singulier destin de l'article 2279 du code civil », RTDciv. 2006, p.27.

prescription acquisitive⁹²⁰. Si la possession entretient des rapports étroits avec la propriété, elle ne se confond pas pour autant avec elle⁹²¹. La possession est légalement définie comme « *la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom* »⁹²². Elle est souvent définie par la doctrine comme un pouvoir de fait (qui se manifeste par l'exercice d'actes matériels qui constituent le corpus possessorio) qui correspond dans sa manifestation extérieure à l'exercice d'un droit (celui qui est possédé) et qui est exercé animo domini, c'est-à-dire à titre de propriétaire⁹²³. C'est pourquoi la possession doit nécessairement être de bonne foi : celui qui se sait non propriétaire (le détenteur par exemple) ne peut exercer un pouvoir de fait animo domini de bonne foi. De la même manière, la possession ne produit d'effet acquisitif qu'à la condition d'être paisible, ininterrompue, publique et surtout non équivoque. Si elle était intermittente, violente, clandestine ou équivoque, la possession pourrait être suspecte et n'emporterait pas la conviction. Ainsi, la maîtrise matérielle peut être génératrice de propriété. Mais cette maîtrise matérielle est insuffisante à consacrer l'existence d'une propriété. La propriété n'éclot de la possession que si cette dernière est assortie d'un élément intentionnel, la volonté d'agir à titre de propriétaire, et d'un élément moral, la bonne foi du possesseur. La propriété ne naît donc du fait de la maîtrise matérielle que lorsque la discordance entre le fait et le droit est fortuite, non contestée et qu'elle s'est maintenue dans des conditions telles que la reconnaissance juridique de la situation de fait n'emporte pas de risque pour la sécurité juridique des tiers, voire conforte leurs droits. C'est donc non seulement la maîtrise matérielle mais surtout la situation juridique qui permet la reconnaissance de la propriété.

⁹²⁰ Cciv., art.2258 et s.

⁹²¹ G. Cornu, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, préc., n°1126.

⁹²² Cciv., art.2255.

⁹²³ V. les définitions de MM Planiol et Ripert (la possession serait l'exercice sur une chose d'un pouvoir de fait qui correspond dans sa manifestation extérieure, à l'exercice d'un droit ; V. *Traité*, préc. ou de MM. Colin, Capitant, Julliot de la Morandière (pour qui c'est le fait d'exercer volontairement les prérogatives d'un droit, indépendamment du point de savoir si l'on est juridiquement le véritable titulaire de ce droit ; V. *Précis de droit civil*, préc., la définition a été partiellement reprise par MM. Terré et Simler, préc., n°139) ; MM. Aubry et Rau (qui considère que la possession dans le sens le plus large de cette expression, est l'état ou la relation de fait qui donne à une personne la possibilité physique, actuelle et exclusive, d'exercer sur une chose des actes matériels, d'usage, de jouissance ou de transformation) ; ou de MM. Carbonnier ou Cornu (« *la possession est un pouvoir de fait sur une chose. Le possesseur a la maîtrise effective de la chose possédée. Il la détient matériellement. Elle est entre ses mains. En sa puissance* », J. Carbonnier, *Droit civil*, préc., n°1126 ; V. aussi n°1131 consacré à l'élément intentionnel de la possession : « *c'est l'intention délibérée de s'affirmer en maître. Empruntant au propriétaire son comportement extérieur, le possesseur épouse aussi son attitude psychologique. (...) ce n'est pas seulement se conduire comme un propriétaire, mais s'affirmer comme propriétaire, agir en tant que tel* »).

234. **Détention et propriété.** La détention de la chose, moins encore que la possession, n'est l'indice de la propriété. Certes, le propriétaire est souvent aussi détenteur de la chose dont il est propriétaire. Mais l'on ne peut inférer de la détention d'une chose l'existence d'une propriété de la chose. S'il n'a pas transféré la détention matérielle de la chose à un tiers, le propriétaire de la chose jouit de cette utilité de la chose comme il jouit de ses autres utilités. En revanche, son pouvoir de disposition lui permet de confier contractuellement la détention de la chose à un tiers sans pour autant renoncer à sa qualité de propriétaire. C'est au contraire en tant que propriétaire qu'il peut transférer la détention de la chose à un tiers. Ainsi, il jouit des utilités de la chose lorsqu'il en dispose : il en perçoit les fruits lorsqu'il loue son bien ; il jouit de son crédit lorsqu'il offre la détention de la chose en garantie⁹²⁴. Le locataire n'est pas propriétaire de la chose mais a un droit de créance ; le créancier détenteur est propriétaire d'une obligation réelle mais pas de la chose. La détention est donc indifférente à la reconnaissance d'une propriété.

235. **Puissance et limite de la maîtrise matérielle.** La reconnaissance d'une propriété n'exige pas l'exercice d'une puissance physique, matérielle sur le bien⁹²⁵. Au contraire, des travaux récents démontrent à quel point même des notions telles que la possession et la détention s'extirpent peu à peu de la matière : la détention se dématérialise et la possession s'ouvre aux meubles incorporels⁹²⁶. La maîtrise matérielle peut être un indice de propriété, peut contribuer à la prouver mais ne peut en tant que telle conférer des prérogatives de propriétaire. Elle n'est pas un critère de reconnaissance de la propriété. C'est le pouvoir exclusif qu'exerce le propriétaire sur sa chose qui caractérise la propriété. Ce pouvoir est un pouvoir juridique qui s'exprime juridiquement. On peut toutefois noter dès à présent que la possibilité d'exercer une maîtrise matérielle de la chose n'est pas indifférente quant au régime

⁹²⁴ Sur les rapports en droit de jouissance et droit de disposition, V. F. Zenati, *La nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, préc., spéc. T. II, 1^{er} titre, les éléments constitutifs de la propriété.

⁹²⁵ F. Zenati et T. Revet, *Les biens*, préc., n°99 : les avantages que peut procurer le bien sont illimités, il est donc inutile de recenser exhaustivement les utilités que peuvent présenter les biens car elles varient selon la nature des choses et parfois les limites que le législateur ou l'usage a pu y apporter. Certes, en ce sens, les pouvoirs du propriétaire sont restreints, « mais il serait erroné d'en déduire que son droit de propriété est atteint car le pouvoir de disposer et l'exclusivité demeurent exempts de toute restriction. Quelles que soient les atteintes apportées aux pouvoirs de fait qu'elle confère la propriété demeure inaltérée. Le principe se trouve particulièrement mis en évidence lorsque les limitations juridiques procèdent du propriétaire lui-même. Ce dernier a, en effet, la possibilité de concéder les utilités de la chose à des tiers, notamment en constituant des droits réels, ce qui peut avoir pour conséquence de le priver totalement des avantages de la chose. Il n'en demeure pas moins propriétaire. Le nu-propriétaire, qui est dans une situation extrême de privation des utilités de la chose, reste, aux termes mêmes de la loi, un propriétaire (art. 578 CC) ».

⁹²⁶ Sur le sujet, V. A. Péliissier, *La possession des meubles incorporels*, Dalloz, 2001, préf. M. Cabrillac ; B. Parance, *La possession des biens incorporels*, LGDJ-Lextenso, 2008, coll. Bibl. de l'Institut André Tunc, T.15, Préf. L. Aynès et F. Terré.

propriétaire auquel le bien est soumis. D'abord, la maîtrise matérielle peut constituer une utilité du bien, notamment car elle permet la constitution de sûretés réelles appropriées : la détention peut être offerte en garantie ; au contraire, la réserve de propriété et le seul transfert de la détention au débiteur limite le risque du crédit en n'obérant pas le succès économique de l'opération pour le débiteur. En outre, si le bien peut faire l'objet d'une maîtrise matérielle, il peut faire l'objet des modes d'acquisition particuliers de la propriété que sont l'usucapion, l'accession, l'incorporation, l'invention ou l'occupation.

236. Ainsi, la maîtrise matérielle de la chose n'influence pas la reconnaissance de la propriété en tant que tel mais relève de son régime, et dépend notamment la définition des utilités de la chose. Elle est moins un critère qu'un mode d'expression de la souveraineté du propriétaire, qui, lorsque la maîtrise matérielle est possible, peut, en sa qualité de propriétaire, soit en jouir personnellement, soit y renoncer. Ceci n'est autre que l'expression de la maîtrise juridique que le propriétaire a du bien.

2. Indispensable maîtrise juridique du bien

237. **Pouvoir juridique exclusif.** Quelle que soit l'acception doctrinale retenue pour caractériser la propriété, celle-ci consiste finalement en une maîtrise souveraine⁹²⁷ de la chose. Cette maîtrise est un pouvoir exclusif de jouissance et de disposition, qui permet au propriétaire de jouir exclusivement de son bien, c'est-à-dire qu'il peut jouir de toutes les utilités que le bien est susceptible de lui procurer et exclure les tiers de cette jouissance ou les y inclure à son gré grâce au contrat. La maîtrise juridique est donc souveraine, d'une part, en ce que le propriétaire détermine lui-même quelle utilité il tire de la chose et, d'autre part, en ce qu'il peut constituer des droits sur son bien, comme un souverain peut légiférer en son domaine. Le débat contemporain relatif à la possession et à la détention démontre à quel point la puissance propriétaire est une puissance en actes. C'est une puissance qui vise à l'exploitation des utilités, de la valeur, de la chose. Il faut toutefois noter que tel un souverain qui accorde des droits à son sujet et qui s'oblige à les respecter, le propriétaire qui a constitué des droits sur son bien, limite volontairement le champ d'exercice de son propre droit. Il ne faut pas voir ici une perte de souveraineté ou de liberté puisque c'est bien de sa volonté qu'est né le droit du cocontractant. Il ne faut pas voir non plus de perte de souveraineté dans la limitation légale de

⁹²⁷ En ce sens, G. Ripert, *Le déclin du droit*, préc. p.195 et s. : « le second caractère du droit subjectif est la maîtrise et je dirai volontiers la souveraineté. C'est le sens du mot *dominium*. Les anciens auteurs parlent du « domaine de propriété ». Le propriétaire est maître chez soi. La loi et le règlement limitent cette puissance privée. Son exercice fautif engage la responsabilité de l'exploitant. Mais tout ce qui n'est pas défendu reste permis. La propriété assure la liberté en donnant à l'action un domaine où elle pourra s'exercer en toute sécurité. »

l'exercice de la propriété. Le droit de propriété n'est absolu qu'en ce qu'il est exclusif et illimité en son domaine, il n'en est pas pour autant arbitraire ou absolument illimité. Il ressort finalement de l'analyse que l'exercice de la propriété consiste avant toute chose en la maîtrise de l'exploitation du bien, c'est-à-dire aussi la maîtrise de sa destination.

238. **Maîtrise de la destination.** Le propriétaire d'un bien immobilier en maîtrise l'exploitation⁹²⁸ : il peut décider d'en user par lui-même (il peut, dans la mesure où le fonds le permet, l'exploiter pour des cultures, le bâtir pour l'habiter ou l'utiliser comme lieu d'entrepôt ou terrain d'atterrissage de son ballon dirigeable) ou de l'exploiter en le louant, en l'offrant en garantie ou en le vendant avec réserve d'usufruit. Par chacun de ces actes, le propriétaire met en œuvre une utilité du bien qu'il affecte à un but personnel (exploitation agricole, installation de son entreprise, habitation, satisfaction de ses loisirs, perception de loyer, constitution d'une rente, obtention de crédit, etc.). En déterminant l'utilité du bien qu'il favorise, le propriétaire détermine la destination qu'il donne au bien. S'il transfère la jouissance d'une utilité du bien à un tiers, le droit du tiers sur la chose doit être exercé conformément à la destination que le propriétaire a déterminée. Ainsi, le titulaire d'un bail commercial ne pourra utiliser le fonds qu'à des fins commerciales, voire pour un certain commerce, la déspecialisation du fonds ne

⁹²⁸ V. Terré et Simler, préc., n°112 et 113, qui considèrent que c'est la disposition matérielle, l'*abusus*, qui distingue la propriété des autres droits réels. En effet, le pouvoir de disposition juridique qui se manifeste à l'occasion de la disposition à cause de mort, de l'abandon de la propriété, ou de la transmission entre vifs n'est pas suffisant à caractériser le droit de propriété. « Ces différents actes juridiques sont accomplis, non sur la chose elle-même, mais sur le droit du propriétaire. En lui-même, en effet, le droit de propriété n'autorise que les actes matériels, de jouissance ou de consommation, qui, seuls, forment l'objet du droit. Les actes juridiques se bornent à opérer le déplacement total ou partiel de ce droit d'user ou de consommer ; c'est l'exercice d'une faculté spéciale, la faculté de céder son droit. Cette possibilité de disposer juridiquement de son droit en l'aliénant n'est nullement caractéristique de la propriété, le caractère de cessibilité étant commun à la plupart des droits réels. » Voir à certains droits personnels (sf intuitu personae). V. aussi G. Cornu, préc., n°1021, qui considère que l'*abusus* est un des attributs essentiels du droit de propriété (et qu'il a été reconnu comme tel par la décision CC 29 juill. 1998 JCP 1998, I, 171, 3 chron. Périnet-Marquet, qui a déclaré inconstitutionnel la loi contre l'exclusion, le principe de libre consentement devant présider à l'acquisition de la propriété, à préciser). Il confère toutefois, au n°1023, la plus grande importance à la disposition juridique, mais c'est aussi sans doute car il entend ce pouvoir de manière large. En effet, il considère que « c'est dans l'exercice de ce droit que son pouvoir culmine. Le maître est là. Le propriétaire est celui qui peut, à son gré vendre ou donner ce qu'il a : celui qui peut, librement, disposer de ses biens par des actes juridiques (testament, donation, vente, etc.), les dilapider si tel est son plaisir. Il a été jugé que l'atteinte au droit de disposition ouvre au propriétaire un droit à indemnisation (ainsi le classement d'office d'un tableau qui en interdit l'exploitation au propriétaire. Civ. 1^{re} 20 fév. 1996, arrêt Walter, GP 1997, II, som. 5, note Vray). L'archétype de la disposition est l'aliénation d'immeuble (vente ou donation de terrains ou de bâtiments). Il faudrait cependant se garder d'identifier aliénation et disposition. Le propriétaire peut valablement accomplir, sur sa chose, tous les actes de disposition, même si ce ne sont pas des actes d'aliénation. Constituer une hypothèque, acte qui engage l'avenir, est un acte de maître que le propriétaire a dans son pouvoir. De même, il lui appartient de démembrer, s'il le veut, sa propriété (notamment d'établir sur elle, au profit de tiers, un droit d'usufruit ou, à l'inverse, de céder la nue-propriété en retenant l'usufruit). » Il constate par ailleurs qu'il existe d'autres pouvoirs que la jouissance ou la disposition, impliqués par l'art. 544 du Code civil, même s'ils ne sont pas expressément énoncés : droits d'usage, droit d'aménagement, droit d'administration.

pouvant intervenir qu'à des conditions particulières⁹²⁹. Le preneur d'un bail à usage d'habitation ne pourra pas non plus – sauf disposition contractuelle contraire, le propriétaire ayant alors admis une pluralité de destination – utiliser l'immeuble à une autre fin que celle déterminée par le propriétaire⁹³⁰. La question se décline de la même manière pour d'autres objets de propriété, notamment les meubles incorporels, mais aussi pour d'autres droits sur le bien, notamment l'usufruit ou les servitudes. La servitude est un droit réel pesant sur le fonds servant qui est affecté à une destination et qui ne peut être invoqué par son titulaire que conformément à cette destination. La nature de l'usufruit et surtout de la nue-propriété peuvent faire débat. L'usufruit est classiquement présenté comme un démembrement de la propriété. La nue-propriété est-elle dès lors une propriété amputée (mais une propriété) ou un droit réel d'une autre nature, limitée dans ses attributs et sa durée, au même titre que l'usufruit, ou du moins en conséquence de l'existence de l'usufruit ? Le Doyen Carbonnier insiste sur le fait qu'il est « *fondamental de marquer que l'usufruit et la nue propriété sont deux droits réels parallèles, qui, du moins dans la pureté des principes, se côtoient en s'ignorant* » et que cette situation distingue l'usufruit du bail⁹³¹. Peut-on alors réellement parler d'une « propriété » du nu-propriétaire ? Un

⁹²⁹ Ccom., art. L.145-48 et s.

⁹³⁰ Code de la construction et de l'habitation, art. L.631-7 et s.

⁹³¹ J. Carbonnier, *Droit civil, T.2 Les biens, Les Obligations*, PUF, 2004, coll. Quadrige Manuel, n°754. Notre interrogation sur la nature du droit réel qu'est la nue-propriété est toutefois contredite par la lettre de l'article 578 du Code civil : « *L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété comme le propriétaire lui-même mais à la charge d'en conserver la substance* ». La propriété de la chose appartient clairement d'après ce texte à un autre que l'usufruitier, ce qui n'empêche pas que l'usufruit constitue un droit sur la chose. Le propriétaire qui ne cède que la nue-propriété de sa chose ne fait qu'exercer son droit de propriété, il cède une utilité de la chose (la valeur en capital) et ne cède que de manière différée les fruits de la chose, puisqu'il en jouit encore temporairement. L'usufruit est un démembrement des utilités de la chose qui permet d'en exploiter plusieurs à la fois (capital et fruits pour reprendre la présentation synthétique de Terré et Simler, préc. n°16). Le propriétaire transfère bien la propriété de la chose mais selon des modalités particulières, et notamment un transfert par étapes des différentes utilités de la chose. On voit ici l'intérêt de la présentation synthétique présentée par MM. Ginossar, Zenati ou Revet : dans leur modèle, l'usufruitier comme le nu-propriétaire sont propriétaires respectivement du droit de nue-propriété et du droit d'usufruit. V. F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3^e éd., préc., n°326 : « *l'usufruit mobilier est un meuble. Il est donc soumis à la règle de l'article 2279 du code civil* ». Le nu-propriétaire et l'usufruitier sont donc deux propriétaires ayant des droits *a priori* égaux puisque de même nature et bénéficiant de la disposition et de la jouissance, ce que nous appelons la maîtrise souveraine, de leur domaine réciproque. La conciliation des propriétés peut donc être opérée simplement par la conciliation de leur régime réciproque. L'usufruit des créances ne pose pas de problème théorique (contrairement à ce que laissent à penser certains auteurs sceptiques quant à la possibilité d'établir des droits réels sur des droits personnels) : il ne s'agit que d'un droit spécifique dont le propriétaire a la disposition et la jouissance. Pourtant les régimes ne sont pas identiques et c'est cette différence de régime, ici considérées comme les limites des propriétés réciproques qui déterminent la conciliation. La qualification de bien de l'usufruit pose clairement des difficultés qui sont plus que terminologiques. V. n°332 : « *Trois limites bornent traditionnellement le droit d'usage de l'usufruitier. Il est en premier lieu un usage qui lui est interdit, parce qu'il met en cause l'existence de la chose et, partant, sa propriété : la consommation. Muni de l'abus, le droit d'usufruit se dénature en propriété* ». V. aussi l'explication de R. Libchaber, « L'usufruit des créances existe-t-il ? », RTDCiv ; 1997, p.615, spec. p.626, estimant qu'on peut aboutir à une « *forme*

tel raisonnement permettrait la reconnaissance de l'égalité du nu-propiétaire et de l'usufruitier et favoriserait les droits de l'usufruitier, notamment en ce qui concerne le droit aux fruits, rappelant néanmoins la distinction entre domaine utile et domaine éminent. L'analyse de l'usufruit autour de la notion de destination permet en tout état de cause de résoudre le problème de l'acquisition des fruits et des produits et de déterminer l'étendue des droits réciproques du nu-propiétaire et de l'usufruitier⁹³². Le Professeur Françon en déduit une différence profonde entre le *fructus* de l'usufruit des créances et celui des choses corporelles. C'est surtout une différence profonde entre les utilités que peuvent procurer ces différents biens. Les utilités potentielles d'un bien sont déterminées par son essence. Cela relève de la nature des choses. Entre diverses utilités potentielles, le propriétaire peut choisir. C'est là que se réalise la puissance souveraine du propriétaire. En effet, le Professeur Dockès a démontré que la substance du bien ne se définissait pas comme la matière, « *la forme concrète du bien* », mais comme la destination du bien, seule cette dernière étant « *utile à la description de l'usufruit* » : quand « *la consistance concrète du bien est altérée, conformément à sa destination, la qualification de fruit est retenue* » ; « *réciroquement, dans l'hypothèse, il est vrai exceptionnelle, où la consistance concrète demeure intacte, mais l'affectation se trouve atteinte, la qualification de fruit est exclue* » ; « *les fruits apparaissent alors comme l'une des utilités qu'un bien peut avoir sans changer de destination [;] l'usus en est une autre* »⁹³³. Et le Professeur d'expliquer le quasi-usufruit, usufruit spécialement adapté au particularisme des biens consommables par la destination des biens consommables, qui sont destinés à sortir du patrimoine, par destruction ou par transfert du bien. Le bien ne pourra donc, par définition, pas être restitué, d'où l'exigence de la restitution par équivalent. Ainsi, l'usufruitier « *bénéficie de toutes les utilités auxquelles le bien est destiné. Il est tenu, au terme de l'usufruit, de restituer le bien lui-même, tel qu'il a pu évoluer. Par exception, lorsque l'utilisation du bien emporte sa sortie instantanée ou très rapide*

d'usufruit orthodoxe » en « *passant d'un usufruit de la créance à un usufruit de la somme prêtée* » mais démontrant que dès lors que le contrat de prêt est translatif de propriété, la constitution d'un usufruit sur la somme d'argent est impossible, d'où la constitution d'un usufruit sur la créance de restitution. V. aussi R. Sirinelli, « Le quasi-usufruit », LPA 21 et 26 juillet 1993 ; C. Caron « Aspects contemporains de l'usufruit », Droit et patrimoine, mai 2005 ; F. Zenati « La nature juridique du quasi usufruit (ou la métépsychose de la valeur) », in Etudes P. Catala, Litec, 2001, p.605, spec. p.607 : « *comment est-il possible d'être propriétaire d'une chose tout en étant comptable de sa gestion ?* » Selon le professeur Zenati, la détention d'une chose fongible, soi disant source de propriété, n'est qu'une fiction juridique pour surmonter un obstacle technique, il est impropre de parler de propriété, il s'agit plutôt d'un usufruit.

⁹³² E. Dockès, Essai sur la notion d'usufruit, RTDCiv. 1995, p.479 ; V. déjà à propos de l'usufruit des créances, A. Françon, « L'usufruit des créances », RTDCiv. 1957, p.1, spec. p.13 : « *Donc, en définitive, pour déterminer quels sont les fruits qu'acquiert l'usufruitier d'une créance, il faut envisager essentiellement la destination que le créancier a désiré donner aux sommes que lui doit le débiteur. S'il a entendu en faire des ressources périodiques, elles seront considérées comme des fruits. Si, au contraire, il a voulu qu'elles soient mises en réserve jusqu'à l'expiration du contrat, elles seront traitées comme des produits* ».

⁹³³ E. Dockès, « Essai sur la notion d'usufruit », RTDCiv. 1995, p.479.

du patrimoine, il doit en restituer l'équivalent. On l'aura compris, la « destination » est la notion clef autour de laquelle s'organise cette interprétation renouvelée de la notion d'usufruit. Elle mesure les droits de l'usufruitier, elle fixe ses obligations »⁹³⁴. La notion peut jouer un rôle plus ample encore et servir la définition de la propriété. En effet « l' 'affectation' ou 'destination' recouvre un procédé d'utilisation des biens. Plus précisément, affecter, c'est choisir une, ou plusieurs utilisations d'un bien parmi les nombreuses possibles. (...) Cet acte particulier qu'est l'affectation ne doit pas être sous-estimé, ni négligé. (...) Choisir la destination du bien est l'une des prérogatives essentielles du plein propriétaire. Elle est en tout cas refusée à l'usufruitier comme au nu propriétaire. Ils ne peuvent l'exercer que d'un commun accord »⁹³⁵. On opposera que certaines utilités peuvent être interdites au propriétaire, qui ne maîtrise donc pas toutes les utilités du bien. Tel est le cas par exemple du propriétaire d'un bien classé monument historique ou d'un immeuble relevant de la protection des littoraux. Mais là encore, la limite est moins un exercice limité du droit qu'une limite présentée par l'objet même de la propriété : la maîtrise est souveraine en son domaine mais le domaine est limité du fait de la particularité de l'objet. Ainsi, un immeuble classé monument historique a une nature particulière et présente donc certaines utilités particulières – esthétique, valeur historique – par rapport à d'autres immeubles. En revanche, il ne présente pas certaines utilités classiques à d'autres immeubles (possibilités de modification, d'agrandissement qui sont réglementées, etc.). Maintenant le propriétaire peut habiter l'immeuble, le louer ou le transformer en musée : il en maîtrise la destination, les modalités d'exploitation.

239. **Conclusion.** Cette première section aura permis de démontrer qu'il existe plusieurs acceptions au terme propriété. Ce concept peut désigner le rapport d'appartenance entre le propriétaire et le bien. Si les biens sont définis comme l'ensemble des droits de toute personne, alors la propriété est tout simplement assimilable au concept de droit subjectif. La qualification du droit d'auteur, du droit de brevet et de tout droit pécuniaire relatif aux fruits du travail est dès lors évidente : ces droits sont des biens et font l'objet d'une propriété. Toutefois, pour une part non négligeable de la doctrine, l'assimilation pure et simple de la propriété au concept de droit subjectif n'est pas évidente. Si la propriété n'est pas réductible (ou extensible) à la notion de droit subjectif mais est un droit subjectif particulier, un préalable

⁹³⁴ *Ibidem*.

⁹³⁵ *Ibidem*. A noter, le nu-propriétaire, s'il ne peut déterminer à lui seul la destination du bien grevé d'usufruit, est le gardien de cette destination. L'usufruitier en est, quant à lui, le bénéficiaire, à charge de la conserver. A ce titre, le nu-propriétaire bénéficie d'un droit de veto mais qui n'est pas discrétionnaire. Aussi « lorsque les circonstances font du changement de destination une modalité de gestion nécessaire à la conservation du bien ou de son utilité, et que celle-ci n'accroît pas les risques de voir la propriété à terme du nu-propriétaire diminuée, le changement de destination peut être autorisé par le juge, ou même être validé a posteriori, même lorsqu'il a été fait sans que le nu-propriétaire l'ait accepté ».

consistait à définir le droit de propriété pour déterminer notamment si les droits de propriété intellectuelle sont réellement des droits de propriété. Or, à l'analyse, deux critères de la propriété ont émergé : la patrimonialité et la maîtrise souveraine. La patrimonialité se définit comme la pécuniarité et surtout la cessibilité du bien ; la maîtrise souveraine est une exclusivité et une maîtrise de la destination, de l'exploitation du bien, c'est-à-dire de la jouissance des utilités du bien dont le propriétaire dispose. Ces opérations préalables de définition, rendues nécessaires par l'importance des variations doctrinales sur le sujet, étant opérées, les opérations de qualification à proprement parler peuvent être conduites.

SECTION II.

OPÉRATIONS DE QUALIFICATION

240. La première section de ce chapitre a permis de déterminer deux critères de qualification du droit de propriété : la patrimonialité et la maîtrise souveraine du bien. Pour qualifier les droits portant sur le travail et la création, il importe donc d'analyser successivement la patrimonialité du travail et de la création (I) puis d'évaluer dans quelle mesure la maîtrise souveraine de ces objets peut être reconnue (II).

§ 1. PATRIMONIALITÉ DE LA CRÉATION ET DU TRAVAIL

241. La patrimonialité des créations (A) est légalement affirmée. En matière de travail, la question est plus complexe (B).

A. Patrimonialité et création

242. Nous étudierons successivement la patrimonialité des œuvres de l'esprit (1) puis celle des inventions (2).

1. Patrimonialité et œuvre de l'esprit

243. **« Attributs » du droit d'auteur.** Selon l'article L.111-1, alinéa 1 du Code de la propriété intellectuelle, l'auteur dispose d'un droit de propriété incorporelle opposable à tous constitué d'attributs d'ordre moral et intellectuel et patrimonial. Il dispose donc d'un droit patrimonial⁹³⁶ et d'un droit moral⁹³⁷. Ces deux prérogatives sont souvent présentées comme distinctes donc indépendantes⁹³⁸, alors qu'elles ne le sont sans doute pas tant ; si bien que,

⁹³⁶ CPI, art. L.122-1.

⁹³⁷ V. Code de la propriété intellectuelle, Livre I, Titre II, Chapitre I, intitulé « droits moraux » mais l'article L.121-1 évoque le droit au respect du nom de l'auteur, de sa qualité et de son œuvre, droit désigné dans les alinéas suivants au singulier. Traditionnellement la doctrine évoque le droit moral de l'auteur. V. cependant, C. Caron, « Droit moral ou droits moraux », conférence au colloque de Caen, 23 mars 2006, publiée in LPA, 2007, n°244, p.28.

⁹³⁸ On peut se demander si le dualisme n'est pas exacerbé simplement pour éviter toute confusion avec le monisme, celui-ci, qu'il soit patrimonial ou extrapatrimonial, étant nécessairement réducteur de la réalité que recouvre le droit allemand. Pour une illustration, A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., n°31. V. également F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, préc., admettant que le droit d'auteur est un droit dualiste au n°47 mais également que le droit d'auteur a une « unité

même après cession des droits patrimoniaux, l’auteur peut encore contrôler l’exploitation de l’œuvre en vérifiant que celle-ci ne contrevient pas à son droit moral. Les deux catégories de prérogatives de l’auteur sont indubitablement liées. Elles sont les deux versants d’un même pouvoir : la maîtrise de la création⁹³⁹. Pourtant, on distingue souvent le droit moral, qualifié de droit extrapatrimonial, et le monopole d’exploitation, droit patrimonial. Le dualisme du droit d’auteur interdit-il la qualification de propriété⁹⁴⁰ ? Une telle question implique de s’interroger sur la pécuniarité et la cessibilité du droit d’auteur.

244. **Pécuniarité du droit d’auteur.** La pécuniarité du droit d’auteur a pu poser question : doit-on, comme certains⁹⁴¹, assimiler le droit d’auteur à un droit pleinement pécuniaire, le droit moral n’ayant vocation qu’à y jouer un rôle accessoire ; doit-on, comme en droit allemand, adopter une approche moniste incitant à conclure à l’extrapatrimonialité du droit d’auteur ; doit-on considérer isolément droit moral et monopole d’exploitation consacrant ainsi un dualisme hermétique ou peut-on conclure à une patrimonialité nuancée du droit d’auteur dont la pécuniarité est certaine, le droit d’auteur présentant une valeur économique intrinsèque, tout en présentant un certain degré d’extrapatrimonialité du fait de la défense d’intérêts intellectuels

*conceptuelle, quelle que soit la diversité des prérogatives qu’il recouvre ; les intérêts en jeu ne sont pas uniquement économiques mais aussi extrapatrimoniaux » (n°55). V. aussi M.-E. Laporte-legeais, « étendue du droit de divulgation de l’œuvre posthume », JCP E 2010, 1602, qui rappelle que « si l’exercice du droit de divulgation n’emporte pas naissance du droit d’exploitation liée selon l’article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle au fait de création, il en conditionne la jouissance : chronologiquement le droit de divulgation s’exerce avant le droit d’exploitation. Cette présentation posée, l’ambiguïté n’est pas levée. L’exercice du droit de divulgation comme celui du droit d’exploitation est tourné vers un même effet matériel : un acte de communication dans la sphère publique même si la finalité poursuivie dans la première hypothèse est extrapatrimoniale, révélation derrière la création d’une personnalité et dans la seconde purement patrimoniale. ». Le Professeur observe dès lors les difficultés posées par la décision Levinas (Cass. civ. 1re, 25 mars 2010 : Bull. n°75) qui admet que le titulaire du droit de divulgation sur l’œuvre posthume était le seul à pouvoir conclure le contrat d’édition et en fixer les conditions. Or la finalité du droit de divulgation est extrapatrimoniale, et la Cour de cassation étend le pouvoir du titulaire du droit de divulgation à la détermination des conditions financières de l’édition. « Le droit de divulgation est, à l’évidence, détourné de sa finalité extrapatrimoniale vers une finalité patrimoniale. Les frontières entre droit de divulgation et droit d’exploitation se brouillent et ce phénomène dépasse le cadre de l’œuvre posthume puisque fondé sur l’article L. 121-2, alinéa 1er qui est de portée générale ». Le Professeur s’interroge alors sur la résurgence de la théorie du monisme mais préfère conclure à un arrêt d’espèce. V. enfin C. Simler, *Droit d’auteur et droit commun des biens*, Litec, 2010, coll. CEIPI, T.55, Préf. C. Caron, avant-propos Y. Reboul, spéc. n°16 et 17, excluant les prérogatives morales de son analyse pour confronter le droit d’auteur au droit commun des biens, ce qui revient à consacrer l’existence de prérogatives distinctes, séparées dont elle admet qu’elles puissent interagir entre elles sans pour autant considérer que le droit d’auteur doit être considéré dans son ensemble pour affronter la qualification de propriété.*

⁹³⁹ Cf. infra n°263 et s.

⁹⁴⁰ Oui selon F. Pollaud-Dulian, *Le droit d’auteur*, préc., n°50 et s. qui consiste la qualification « exclusive » de droit de propriété. Le Professeur Pollaud-Dulian tire ici toutes les conséquences de la qualification de droit dualiste qui prend ici tout son sens : le dualisme n’existe pas seulement dans son contenu mais dans la nature des droits.

⁹⁴¹ J. Raynard, *Droit d’auteur et conflits de lois*, thèse préc.

et moraux, au même titre que les souvenirs de famille ? En ce dernier cas, la dualité relèverait de la nature du droit⁹⁴², ce qui influencerait nécessairement son régime. Ainsi, il n'y a pas deux droits en conflit mais un droit dont la nature est duelle. La patrimonialité l'emporte car non seulement le droit présente une valeur économique mais aussi il est transférable, au moins à cause de mort ; cela n'en fait pas pour autant un droit purement patrimonial, les attributs moraux n'étant pas l'accessoire de l'attribut patrimonial mais participant de sa nature et donc de son régime.

245. **Cessibilité et droit moral.** A la reconnaissance de la cessibilité du droit d'auteur, s'oppose, *a priori*, les caractères du droit moral, imprescriptible, inaliénable et attaché à la personne de l'auteur. Toutefois, ce droit se transmet à cause de mort. De son vivant, l'auteur ne peut pas, juridiquement, se départir de la maîtrise intellectuelle et morale qu'il a de sa création. Il ne peut pas renoncer à son droit à la paternité, ce qui lui permet de pouvoir revendiquer la qualité d'auteur, et donc son droit d'auteur, même des années après la divulgation de l'œuvre⁹⁴³, quand bien même l'abandon de la qualité d'auteur aurait fait l'objet d'un contrat⁹⁴⁴. Il ne peut non plus abandonner son droit moral, notamment son droit au respect. En revanche, la transmission à cause de mort n'est qu'une cessibilité limitée à la transmissibilité. Celle-ci exige déjà un détachement puisque le droit survit à la personne. Par ailleurs, on peut également considérer que ce droit fait l'objet d'une cessibilité relative dès lors que l'on considère que l'exercice du droit patrimonial peut avoir une incidence sur l'exercice du droit moral. L'exercice de celui-ci sera en effet conditionné par les conditions d'exploitation que l'auteur aura acceptées, notamment en cas de cession du droit d'adaptation. En ce cas, l'auteur ayant accepté le principe de modifications de la forme de l'œuvre telle qu'il l'a conçue (pour un changement de genre de l'œuvre), ne pourra plus s'opposer à toute modification de l'œuvre. Il ne peut plus s'opposer qu'à la trahison de l'esprit de l'œuvre, trahison de sa composition ou trahison de son expression. La cession du droit de traduction implique les mêmes conséquences pour l'auteur. La parodie, le droit de *remake*, le droit de *sequel* et autres droits permettant la création d'œuvres dérivées posent les mêmes difficultés. On remarquera à cet égard la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la suite des

⁹⁴² En ce sens, C. Simler, préc., n°16 et 17, où elle explique que le droit d'auteur a une « *nature hybride* » et que le fait de « *rattacher au droit de propriété les prérogatives patrimoniales et morales du droit d'auteur conduit nécessairement à retenir une conception dénaturante de ce droit* ».

⁹⁴³ Cass. civ. 1^{re}, 13 nov. 1973, « Guino » : Bull. n°302.

⁹⁴⁴ Cass. civ. 1^{re}, 4 avr. 1991 : Bull. n°119. V. aussi CA Paris, 1^{re} ch., 1^{er} fév. 1989, Anne Bragance : RIDA 4/1989, p.301, note P. Sirinelli.

Misérables⁹⁴⁵ : considérant que le droit d'adaptation relève exclusivement du monopole d'exploitation et qu'il appartient désormais au domaine public, la cour interdit à l'héritier du droit moral de s'opposer à la création de la suite des Misérables, qui relève de la liberté de création et de son exploitation. L'œuvre première étant dans le domaine public, l'œuvre seconde peut être exploitée sans autorisation. Le titulaire du droit moral faisait pourtant observer que l'œuvre était achevée et que l'auteur n'aurait pas permis une telle création⁹⁴⁶. Cette analyse, classique au regard de la distinction des attributs moraux et patrimoniaux du droit d'auteur en démontre les limites. A la vérité, l'exercice du droit moral et du droit patrimonial sont souvent non seulement concomitants mais aussi intrinsèquement liés tant ces prérogatives sont complémentaires⁹⁴⁷.

246. **Cessibilité et droit patrimonial.** L'analyse du Code de la propriété intellectuelle incite à considérer que la cessibilité du droit de l'auteur n'est pas absolue. La cession des droits d'auteur qui permet l'exploitation par l'auteur du droit qu'il a sur sa création⁹⁴⁸ est soumise à un régime tel que l'on pourrait clairement contester la pertinence du vocable de cession utilisé par la loi⁹⁴⁹. En effet, la cession en droit d'auteur est, par nature, temporaire, puisqu'elle doit

⁹⁴⁵ Cass. civ. 1^{re}, 30 janv. 2007 : Bull. n°47 ; D. 2007, p.920, note S.Choisy ; CCE 2007, comm. n°34, note C. Caron ; RIDA 2/2007, p.249, note P. Sirinelli ; RTDcom. 2007, p.354, obs. F. Pollaud-Dulian. Cassation de : CA Paris, 31 mars 2004 : D. 2004, p.2028, note B. Edelman ; RTDcom. 2004, p. 474, obs. F. Pollaud-Dulian. V. également sur renvoi : CA Paris, 19 déc. 2008 : CCE 2009, comm. n°22, note C. Caron ; RIDA 2/2009, p.311 note P. Sirinelli et p.444.

⁹⁴⁶ La Cour de cassation relève pour justifier la cassation de l'arrêt d'appel les motifs inopérants de la cour d'appel de Paris, qui tiennent compte du mérite de l'œuvre. Invoquant l'indifférence du mérite de l'œuvre, la cour censure la cour d'appel. Mais il faut revenir au sens de cette disposition, qui vise l'interdiction de juger du mérite de l'œuvre pour interdire l'accès de l'œuvre à la protection. Les termes de l'arrêt sont ambigus mais le juge d'appel mettait surtout en exergue que l'œuvre était achevée, n'appelait pas de suite et souffrait de la résurrection de certains personnages, des changements de caractère d'autres personnages dans la suite qu'on lui attribuait.

⁹⁴⁷ Il faut noter que la Cour de cassation relève la réserve de l'atteinte au respect de l'œuvre. La cour d'appel de renvoi aurait donc pu sanctionner l'éventuelle atteinte au respect de l'œuvre, ce qu'elle n'a pas fait. Si l'acceptation par l'auteur de l'adaptation de son œuvre de l'esprit doit avoir des incidences sur les conditions d'exercice de son droit moral (il ne pourra notamment plus revendiquer un droit à l'intangibilité de l'œuvre mais seulement l'absence d'excès ou d'abus dans l'adaptation, dont il a d'ailleurs intérêt à conserver un certain contrôle par l'introduction d'un droit de regard sur l'œuvre dérivée) ; à l'inverse, l'absence de consentement à l'adaptation ou à la suite imposée à l'œuvre justifie que le droit moral s'exerce encore de manière pleine et entière. Peu importe ici que le droit patrimonial soit tombé dans le domaine public, le droit d'adaptation et le droit de sequel ne sont pas des attributs supplémentaires aux droits de reproduction et de représentation. Ils représentent des utilités de l'œuvre de l'esprit, dont la jouissance relève de la mise en œuvre des attributs patrimoniaux, mais aussi intellectuels et moraux du droit de l'auteur, qui sont ici particulièrement intriqués. Seul le titulaire du droit moral peut ici consentir à la modification de la forme de l'œuvre divulguée, qui était achevée.

⁹⁴⁸ Si l'auteur a un droit d'exploitation sur l'œuvre, lorsqu'il contracte à propos de l'œuvre, il exploite ses droits, cf. l'intitulé du titre III du livre Ier, consacré aux contrats, « exploitation des droits ».

⁹⁴⁹ CPI, art. L.122-7, L.131-3, L.131-4, L.131-5, etc.

être délimitée dans le temps et dans l'espace, même si la pratique tend à contourner l'exigence de précision de l'étendue de la cession par des clauses mentionnant l'ensemble du monde et la durée complète du monopole, ce qui revient en un certain sens à une cession définitive des droits⁹⁵⁰. L'exigence de définition de la destination de la cession et, par là même, de définition de l'exploitation envisagée permet surtout d'être plus réservé quant à la possibilité d'une cession définitive de l'ensemble du monopole. D'abord, parce que la prévision de l'ensemble des exploitations possibles et imaginables n'est pas simple. Ensuite, parce que la cession des exploitations non prévisibles est conditionnée à une rémunération proportionnelle et interprétée strictement par la jurisprudence. Surtout, l'auteur conserve après cession un droit à rémunération proportionnelle qui fait de la « cession » un contrat à exécution successive. Or la vente ne peut être un contrat à exécution successive. Même si certaines cessions⁹⁵¹ peuvent présenter certains aménagements conduisant à un étalement dans le temps, puisqu'il existe d'autres hypothèses où les modalités d'établissement du prix peuvent s'étaler dans le temps et que le prix peut être proportionnel au résultat d'exploitation, ces cessions opèrent un transfert de propriété définitif et ne conservent au cédant aucune prérogative autre que le droit au paiement du prix. En outre, la durée pendant laquelle l'exploitation est prise en compte n'est pas le temps de la propriété, puisque, s'agissant d'un fonds de commerce par exemple, cette durée conduirait à un engagement perpétuel. En droit d'auteur, le mécanisme est différent et se rapproche plus du louage, contrat par lequel une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer. Si le contrat de cession n'est pas une vente, peut-il pour autant être assimilé à une simple licence ?

247. Lorsque le contrat est assorti d'une obligation d'exploiter, comme le contrat d'édition, on peut se demander si le contrat ne peut être assimilé à un bail emphytéotique. On peut en tout cas comparer ces contrats du fait de leur durée respective, de la puissance du droit

⁹⁵⁰ Sur la distinction des cessions et des licences, V. A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité*, préc., n°567. Quelle que soit l'étendue de la cession, droit de représenter une pièce de théâtre dans une ville pour tant de soirées, ou cession du droit de représentation et du droit de reproduction pour la durée du monopole et l'ensemble du monde, c'est ici une cession d'utilités, la cession d'un droit, plus ou moins étendu, permettant l'exploitation de l'œuvre, selon certaines modalités, c'est-à-dire un partage de l'exclusivité accordée à l'auteur, mais pas une vente de la propriété de l'auteur. Par le contrat, il y a bien exercice du pouvoir de disposition mais ce n'est pas pour autant un transfert définitif de la propriété. Pour de plus amples développements, V. P. Gaudrat, « V° Propriété littéraire et artistique, 2^e partie, Droits des exploitants », préc., n°15 et s.

⁹⁵¹ La cession du fonds de commerce notamment. La cession peut donner lieu au paiement d'un prix principal et d'un montant proportionnel au résultat de l'exploitation du fonds de commerce. V. K. Peglow, *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, coll. Bibliothèque de droit privé, T. 402, LGDJ, 2003, préf. J.-B. Blaise, n°544.

accordé en contrepartie d'une rémunération que l'on peut qualifier de modique (5 à 10% des recettes public, rarement 15%) et surtout de l'obligation d'exploiter, donc de valoriser l'œuvre dont les droits ont été cédés. Lorsque le contrat ne comprend ni exclusivité, ni obligation d'exploiter, la comparaison n'a plus lieu d'être. En effet, le bail emphytéotique confère à son titulaire un droit réel sur la chose ; l'autorisation d'exploiter ne confère aucune maîtrise de la chose au cessionnaire. Le contrat d'édition, au contraire, peut se rapprocher du bail emphytéotique dans la mesure où ce contrat confère à l'éditeur l'exclusivité de l'exploitation, l'obligation d'exploiter et surtout la possibilité de choisir le mode d'exploitation le plus adéquat de l'œuvre, puisque le contrat d'édition consiste finalement aujourd'hui en la cession la plus complète des droits de l'auteur, excepté le droit d'adaptation audiovisuelle.

248. La cessibilité de la création littéraire et artistique ne fait donc pas de doute : l'auteur peut disposer à cause de mort tant de son droit moral que de son droit patrimonial⁹⁵². La transmissibilité prouve la patrimonialité. Celle-ci est toutefois imparfaite, ou plutôt relative, du fait du personnalisme. Les conditions de la cession sont réglementées et la cession des droits d'exploitation n'empêche pas le maintien d'un lien entre l'œuvre de l'esprit et son auteur, du fait des modalités de la rémunération de la cession (rémunération proportionnelle) et de l'obligation d'exploitation, mais aussi du fait de l'existence du droit moral, inaliénable et imprescriptible, qui permet de contrôler les conséquences de l'exercice des droits patrimoniaux, notamment pour les exploitations qui touchent à la forme de l'œuvre.

2. Patrimonialité et invention

249. **Distinction du titre et de l'invention.** Le droit des brevets nourrit deux problématiques : celle du titre et celle de l'invention. Il convient d'analyser la patrimonialité de l'un et de l'autre pour qualifier le droit du breveté mais aussi celui de l'inventeur.

250. **Patrimonialité du titre.** En matière de création technique, la question est simple : le titre de propriété industrielle est un droit entièrement cessible, qui permet d'organiser l'exploitation de l'invention, et qui représente, en tant que tel, une valeur économique. Ce droit peut, par ailleurs, être abandonné en ne payant plus les redevances dues à l'INPI.

251. **Patrimonialité et droit sur l'invention.** L'inventeur dispose en principe de deux droits : le droit au titre et le droit d'être mentionné dans le brevet⁹⁵³. Toutefois, le droit de l'inventeur est réduit au droit à une rémunération supplémentaire et au droit d'être mentionné

⁹⁵² CPI, art. L.121-1, L.123-6 et L.123-7.

⁹⁵³ CPI, art. L.611-9.

dans le brevet en cas d'invention de mission⁹⁵⁴, ce qui réduit encore d'autant la portée du droit des inventeurs. Ce droit résiduel de l'inventeur ne doit pas être confondu avec le droit du breveté. Même s'il est mentionné dans le Code de la propriété intellectuelle parmi les dispositions relatives au brevet, ces droits sont distincts. Ils constituent en quelque sorte, l'amont et l'aval du dépôt de brevet. En outre, la plupart du temps, leurs titulaires sont distincts. Quant au droit de l'inventeur à être nommé dans la demande de brevet, il ne peut être cédé ou transmis car c'est un droit attaché à la personne de l'inventeur. Celui-ci peut simplement y renoncer⁹⁵⁵. Il n'a d'incidence sur le droit au titre que dans la mesure où seul un inventeur ou son ayant cause peut demander le brevet, encore qu'il ne puisse pas revendiquer le brevet demandé par un *primo* déposant, qui serait inventeur ou tiendrait son droit d'un autre inventeur. Mais l'exercice du droit « moral » de l'inventeur d'être désigné dans le brevet n'est pas indispensable à l'octroi du titre. C'est plus la qualité d'inventeur que le droit moral de l'inventeur qui détermine le droit au titre. Contrairement au droit de divulgation de l'auteur qui permet la patrimonialisation de l'œuvre, le droit au titre n'est pas conditionné par l'exercice du droit moral d'inventeur, celui-ci n'ayant pas de droit à la non-divulgation de l'invention, sauf si elle est contractuellement consentie⁹⁵⁶. Quant au droit au titre de l'inventeur, il est clairement pécuniaire puisqu'il va permettre la réservation exclusive de l'invention, ce qui en assure la valeur, et il peut être cédé : le déposant pouvant être soit l'inventeur, soit son ayant cause. On peut donc conclure à la patrimonialité du droit de l'inventeur.

⁹⁵⁴ CPI, art. L.611-7, 1°. Cf. infra n°450.

⁹⁵⁵ P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, 1954, T. II, n°131, évoquant un droit moral de l'inventeur. On notera qu'il considère que c'est un droit de portée générale, accordé aux créateurs, même s'il reconnaît qu'il est plus étendu pour les auteurs que pour les inventeurs. Roubier insiste sur la dualité du droit : « *La jurisprudence et les auteurs ont dégagé, à côté du droit de propriété corporelle, et du droit au monopole d'exploitation, un autre droit de caractère personnel, et non patrimonial, qu'on a appelé droit moral, au profit des créateurs. Mais ce droit a pris rapidement une plus grande importance pour les auteurs que pour les inventeurs* ». Pour ce qui concerne le droit de l'inventeur, on peut effectivement remarquer une certaine dualité du droit : la distinction du titre et de l'invention permet en effet de distinguer les droits portant sur l'invention des droits conférés par le titre. Le droit extrapatrimonial de l'inventeur a une portée en droit positif très atténuée.

⁹⁵⁶ Cela exige alors une clause de confidentialité. On peut constater qu'au-delà de la confidentialité et de la non-divulgation, il existe aujourd'hui des contrats par lesquels les parties s'autorisent l'exploitation mais s'interdisent la publication de brevet ou l'exploitation commerciale du brevet. V. F. Bellivier et C. Noiville, *Contrats et vivant*, préc., n°256 et s.

B. Patrimonialité et travail

252. **Pécuniarité du travail.** La valeur du travail est indéniable : c'est même le premier mode de création de valeurs⁹⁵⁷. Les fruits du travail accèdent à la qualité de biens parce qu'ils permettent la capitalisation de la valeur produite⁹⁵⁸. Tel est le cas des fruits corporels du travail, la valeur du travail s'est alors incorporée à la matière à l'occasion de la transformation. Tel est le cas des fonds : ils permettent eux aussi la capitalisation du travail au profit de l'exploitant qui pourra, en cas de cessation ou de suspension d'activité, valoriser les efforts acquis par cet objet patrimonial. De la même manière, l'image, la renommée, l'information ont des valeurs intrinsèques : les nouvelles théories de la croissance mettent en évidence l'importance du capital cognitif. Tel est enfin le cas des actions et parts sociales. On remarquera la particularité de l'entreprise par rapport aux fruits corporels du travail : en tant qu'entité économique, en tant qu'universalité, qui cristallise les différents facteurs de production, elle présente deux genres de valeurs économiques : sa valeur d'échange⁹⁵⁹ et son potentiel économique⁹⁶⁰. D'où l'émergence, d'après le Professeur Chilstein, de biens à valeur vénale négative. Il prend ainsi l'exemple des droits sociaux⁹⁶¹, qui « *impliquent, dans certains cas, la prise en charge d'un passif considérable qui, le cas échéant, peut excéder la valeur économique de la société cédée. Il est vrai qu'en pratique, la cession s'opérera presque toujours pour un prix symbolique, et non pas négatif* »⁹⁶². L'auteur ne distingue pas pour autant la valeur vénale de la valeur d'échange⁹⁶³. Il va

⁹⁵⁷ Pour une présentation synthétique par des économistes, D. Guellec et P. Ralle, *Les nouvelles théories de la croissance*, préc. p.14 ; pour l'analyse d'un juriste, P. Catala, « Les transformations du patrimoine en droit civil moderne », préc.

⁹⁵⁸ V. D. Guellec et P. Ralle, préc.

⁹⁵⁹ V. J.-B. Racine, « La notion de prix en droit contemporain des contrats », RIDE 1999, p.81.

⁹⁶⁰ Le potentiel économique représenté par les actifs de l'entreprise est parfois insuffisant eu égard au passif déjà engendré par l'exploitation et qui constitue une charge pour l'acquéreur de l'entreprise. D'où la pratique des prix symboliques, auxquels s'ajoutent parfois une clause de garantie de passif ou de révision de prix, voire une action en comblement de passif et autres obligations visant à compenser le transfert de charge accompli à l'occasion du transfert de propriété, qui excèdent donc le prix payé par l'acquéreur : globalement, c'est donc le cédant qui paie la somme la plus importante, d'où l'idée de valeur vénale négative et de 'prix' payé par le cédant. V. P. Jouary, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, th. Paris I, n°505, cité in D. Chilstein, « Les biens à valeur vénale négative », RTDciv. 2006, p.663, spéc. p.683, qui soutient que le prix symbolique est un prix sérieux qui correspond à la valeur réelle de l'entreprise.

⁹⁶¹ D. Chilstein, « Les biens à valeur vénale négative », préc. L'article met aussi en évidence la « valeur vénale négative » des dettes, des déchets, des terrains contaminés, des immeubles menaçant ruine, etc. V. aussi R. Libchacher, *La recodification du droit des biens, le Code civil, 1804-2004, livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, n°57.

⁹⁶² D. Chilstein, préc., spec. p.664. V. aussi C. Freyria, « Le prix de vente symbolique », D. 1997, chron. p.51 ; T. Lambert, « L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux », Rev. sociétés, 1993, p.11 ; B. Garrigues, « La contre-prestation du franc symbolique », RTDciv. 1991, p.459.

ensuite jusqu'à proposer l'admission d'un prix négatif pour remédier à l'insécurité juridique liée aux clauses de garanties de passif ou à l'institution d'un contrat de « défaisance », nouveau contrat permettant le transfert de propriété mais pour lequel le prix n'est pas payé au cédant mais par le cédant⁹⁶⁴. L'entreprise en sa qualité d'universalité mais considérée au-delà du fonds de commerce comme l'ensemble des moyens, matériels, humains, financiers et juridiques, permettant l'exploitation d'une activité, invite en effet à revoir les mécanismes classiques du droit des biens dès lors que le résultat de l'exploitation peut être négatif et que la valeur de l'entreprise peut être globalement négative. Même « négative », la valeur de l'entreprise est ici finalement reconnue. C'est d'ailleurs elle qui justifie le transfert de propriété. La notion d'entité économique autonome, que ce soit en droit du travail ou en matière de procédure collective, sert à déterminer l'étendue du transfert et à en assurer la mise en œuvre.

253. **Cessibilité de la force de travail.** La cessibilité de la force de travail pose problème dès lors que la personne du travailleur est en cause. On ne reviendra pas ici sur la détermination de l'objet du contrat de travail et sur la question de la qualification de ce contrat⁹⁶⁵. L'analyse en termes de vente et de transfert de propriété de la force de travail a déjà été exclue. Le travailleur ne cède pas sa force de travail. En revanche, il en partage l'utilité. Celle-ci a une valeur pécuniaire. Le travailleur peut en disposer mais pas la transmettre. On s'intéressera en revanche à la cessibilité des contrats de travail, notamment lors des transferts d'entreprise. Certains auteurs s'opposent au caractère impératif du transfert des contrats de travail, pour les salariés, en cas de transfert d'entreprise⁹⁶⁶. En effet, si le contrat de travail

⁹⁶³ Il conteste la définition du vocabulaire juridique Cornu, préc. (qui la définit comme la valeur estimée de la chose en cas de réalisation, c'est-à-dire le prix normal qu'une personne quelconque accepterait de payer pour l'acquérir), pour préférer l'assimilation de la valeur vénale à la valeur marchande, admettant néanmoins « qu'il existe à côté de cette valeur vénale, une valeur réelle, patrimoniale ou encore substantielle, qui correspond à la valeur qu'on pourrait dire 'économique' des choses » : D. Chilstein, préc., p.666.

⁹⁶⁴ C'est ici, selon l'auteur, un prix de « débarrasement », c'est-à-dire prix que le cédant paie pour se débarrasser d'un bien qui grève son patrimoine et dont la conservation ne peut qu'altérer encore plus son patrimoine. La justification essentielle du mécanisme repose dans le principe que la propriété rend responsable : c'est donc le propriétaire de l'entreprise qui doit assumer la responsabilité des pertes, le transfert de propriété ne peut se faire que si le propriétaire cédant assume sa responsabilité et paie le passif déjà né. Peut-on considérer l'opération juridique dans son ensemble comme un contrat portant essentiellement sur un transfert de propriété ? Peut-on considérer l'opération économique dans son ensemble pour parler de prix ? Ne doit-on pas distinguer entre les différentes obligations du cédant, transférer la propriété d'une part, assainir la situation du bien, d'autre part en limitant le passif, soit en payant directement les dettes, soit en laissant l'acquéreur payer le prix aux créanciers, soit en payant une partie des créances à l'acquéreur pour qu'il les paie ensuite aux créanciers ?

⁹⁶⁵ Cf. supra n°79 et s.

⁹⁶⁶ V. sur ce point la polémique sur le caractère impératif des articles L.1224-1 et suivants du Code du travail, même vis-à-vis du salarié. Pour illustration, A. Supiot, « Les salariés ne sont pas à vendre, en finir avec l'envers de l'article L.122-12, alinéa 2 », DS 2006, p.264.

implique une obligation du salarié très personnelle⁹⁶⁷, le contrat de travail étant conclu *intuitu personae*, le salarié doit pouvoir refuser le transfert de son contrat de travail avec l'entreprise. Selon ces auteurs, autant le transfert du contrat de travail doit pouvoir être imposé à l'employeur, autant il ne saurait être imposé au salarié⁹⁶⁸. Or le caractère d'ordre public de l'article L.1224-1 ne vise pas, selon la Cour de cassation, la seule protection des salariés mais assure aussi la pérennité du transfert de l'entreprise ; le fondement de l'article est donc aussi économique : pour qu'il y ait transfert d'entreprise, c'est-à-dire transfert du potentiel économique du travail, il faut qu'il y ait transfert des moyens de production, moyens financiers, matériels et humains, donc transfert de la compétence, donc transfert des salariés. La cessibilité de l'entreprise emporte donc cessibilité de la force de travail par le transfert des contrats de travail. C'est d'ailleurs en cela que l'entreprise est un outil d'appropriation du travail assez abouti.

254. **Cessibilité des fonds et de l'entreprise.** Les fonds sont cessibles et font l'objet d'actes juridiques divers (location-gérance, nantissement) dont les régimes visent à assurer la parfaite patrimonialité de ces biens particuliers. Bien sûr, l'attachement de la clientèle au commerçant ou au praticien ne garantit pas que la clientèle se reportera sur son successeur. Mais, en l'absence du commerçant ou du praticien, la clientèle qui présente toujours le même besoin devra pour le satisfaire trouver un autre commerçant ou praticien. Or, confrontée à la diversité d'offres, la clientèle peut s'en remettre au choix par le commerçant ou praticien lui-même de son successeur ou par l'attachement à l'infrastructure mise en place (installation géographique, conditions matérielles d'accueil, marques, enseignes, savoir-faire, formation des salariés, etc.). Cette infrastructure, constituée à la fois d'éléments matériels et immatériels, qui relèvent éventuellement d'un certain savoir-faire⁹⁶⁹, est transférable. Il en est de même de l'entité économique autonome dont la cessibilité est même la raison d'être juridique⁹⁷⁰. La

⁹⁶⁷ Sur l'obligation *de praestare* développée par le Professeur Supiot, Cf. supra n°81.

⁹⁶⁸ On notera que le droit communautaire ne règle pas la question, le caractère impératif, vis-à-vis des salariés, du mécanisme du transfert d'entreprise relevant du droit interne des États-membres. Le droit communautaire vise donc uniquement la protection des salariés contre les licenciements pouvant résulter d'un transfert d'entreprise.

⁹⁶⁹ Le savoir-faire n'est pas ici entendu dans un sens scientifique ou technique mais plus largement au sens commercial (propositions d'horaires pertinents, prix du marché, ambiance, etc.).

⁹⁷⁰ La notion d'entité économique autonome en droit du travail concerne la poursuite des contrats en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur ; il y a nécessairement transfert d'entreprise, même sans lien de droit entre les employeurs (Cass. ass. plén., 16 mars 1990 : Bull. n°4 ; GADT, n°63 ; et déjà CJCE, 10 fév. 1988, aff. C-324/86 : DS 1988, p. 455, note G. Couturier). Comp. la notion d'« entité économique autonome » en droit du travail (pour illustration : CJCE, 2 déc. 2009, aff. C-234/98 : RJS 2000, n°600 ; Cass. soc. 7 juill. 1998 : Bull. n°363 ; DS 1998, p. 948, note A. Mazeaud) et la préférence pour le terme « entreprise » en droit des procédures collectives (Ccom., art. L.642-1). On notera qu'avant la

création de société organise la capitalisation parfaite de l'entreprise : par la distinction du capital et du titre, le droit permet l'appropriation certaine du capital à travers le titre en assurant la cessibilité du titre sans atteindre à la valeur du capital⁹⁷¹ et en détachant définitivement le fonds de la personne physique qui l'exploite, puisqu'il appartient désormais à la société.

255. **Cessibilité des fruits incorporels du travail : l'information.** La cessibilité ne pose pas de problème pour les fruits corporels du travail : comme la création permet l'incarnation de la personnalité de l'auteur dans l'œuvre par un double mouvement de fusion et de séparation, la réalisation de fruits corporels du travail permet l'incorporation du travail dans la matière et donc la séparation du travail et de l'homme. A l'opposé, l'information tout en présentant une valeur intrinsèque n'est pas l'objet d'un droit patrimonial négociable, quand bien même certains contrats ont pour objet des transferts d'information. Ainsi, lorsque l'information est, en fait, difficile d'accès, une entreprise peut avoir intérêt à y accéder plus rapidement et peut donc payer pour obtenir l'information. Le prix n'est pas ici la contrepartie d'un transfert de propriété mais un partage d'exclusivité de fait : le prix a vocation à payer la prestation accomplie par l'entreprise qui donne accès à l'information, c'est un contrat d'entreprise, emportant obligation de faire et non vente. La valeur de l'information ne pouvant être réservée en droit ne peut pas faire l'objet d'un droit patrimonial. L'entreprise détentrice de l'information peut seulement obtenir un droit au secret. Une clause de confidentialité permet en effet au détenteur de préserver le secret existant autour de l'information. Ce droit ne constitue toutefois pas un droit réel sur l'information mais un droit personnel à l'encontre du cocontractant permettant d'exiger la garantie du secret ou l'indemnisation de la violation du secret. Pour les fruits du travail directement liés à la personne, la cessibilité est délicate à appréhender.

réforme de 2005, le droit des procédures collectives connaissait la notion d'« *unité de production* », qui permettait en réalité une cession partielle de l'entreprise, que cette notion a disparu pour « favoriser une accélération de la cession », mettre « un terme à la rivalité malheureuse entre le plan de cession et la cession d'unité de production » et simplifier le droit qui ne distingue plus « quant à leur régime juridique cession totale, ayant pour objet tout ce qui, dans l'entreprise, doit rester en activité, indépendamment du volume des actifs qu'elle représente, et cession partielle de l'entreprise : quelle qu'en soit l'ampleur, entreprise tout entière ou branche d'activité (...), la cession obéit, nous semble-t-il, à un régime unitaire » (F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 2009, 8^e éd., n°439-2).

⁹⁷¹ H. Le Nabasque, « Les actions sont des droits de créances négociables », *Mélanges Guyon*, Dalloz 2003, p.671 ; F.-X. Lucas, « La distinction des titres de capital et des titres de créance », in *Quel avenir pour le capital social ?*, A. Couret et H. Le Nabasque (dir.), Dalloz 2004, p.21, spec. p.22 : la créance est ici d'un genre particulier puisqu'elle se double de prérogatives extrapatrimoniales.

256. **Cessibilité des fruits incorporels du travail liés à la personne.** Lorsque la personne a déposé son nom patronymique ou de famille à titre de marque, ou qu'elle l'emploie comme nom commercial pour exercer son activité professionnelle ou qu'elle le fait figurer dans la raison sociale de la société qu'elle crée, elle donne à son nom patronymique ou de famille une dimension nouvelle, qui peut conduire à le distinguer de l'élément d'identification de la personne qu'il constitue par ailleurs. En effet, le dépôt à titre de marque constitue le nom patronymique en un bien ayant une existence juridique distincte de la personne. L'utilisation à titre de nom commercial en fait un élément du fonds de commerce. La raison sociale est un élément d'identification non plus de la personne physique qui a créé la société mais de la société, personne juridique distincte. Par cet acte volontaire, la personne détache le nom patronymique de sa personne. Le détachement est complet lorsque la personne physique accepte l'exploitation du signe par un tiers⁹⁷², ce qui est juridiquement le cas d'une société, même si elle a pris l'initiative de sa création ou si elle est un de ses associés⁹⁷³. Le nom patronymique ou de famille se distingue dès lors du signe constitué par la personne. La patrimonialité de ce signe est alors complète⁹⁷⁴. La question est plus délicate concernant la renommée. En effet, le contrat publicitaire, ou la licence d'exploitation de l'image d'un artiste, d'un sportif, ou plus généralement de toute personne célèbre, constituent moins un transfert de propriété sur la renommée qu'un partage de jouissance de celle-ci⁹⁷⁵. D'abord la licence d'exploitation n'est pas nécessairement conclue à titre exclusif. Ensuite, même conclue à titre exclusif, la licence d'exploitation de l'image d'une personne emporte moins transfert d'exclusivité que partage de l'exclusivité : une licence n'est pas une cession, elle ne confère qu'une obligation de faire – autoriser et garantir la possibilité d'exploitation de l'image d'une personne – et, en l'espèce, une obligation de ne pas faire – ne pas s'opposer à l'utilisation de

⁹⁷² Notamment en cas de licence d'exploitation ou d'apport en société de la marque ou du nom commercial, en cas de cession du fonds de commerce en tous ses éléments, ce qui comprend le nom commercial et la marque.

⁹⁷³ Pour des illustrations, Cass. com., 12 mars 1985, affaire Bordas : Bull. n°85 ; Cass. com., 31 janv. 2006, affaire Inès de la Fressange : Bull. n°27.

⁹⁷⁴ On remarquera ici comme en droit d'auteur l'exercice d'une prérogative morale qui constitue l'objet alors extrapatrimonial en bien : comme la divulgation permet la patrimonialisation de l'œuvre, le dépôt à titre de marque, l'utilisation à titre de nom commercial et plus encore la cession de fonds de commerce ou l'apport en société ou l'enregistrement de la raison sociale de la société manifestent le détachement du nom de la personne et en permettent la patrimonialisation : le nom n'est plus un nom patronymique mais un signe.

⁹⁷⁵ V. J. Antippas, « Propos dissidents sur les droits dits « patrimoniaux » de la personnalité », préc., considérant que ces autorisations d'exploitation sont moins l'expression d'un droit patrimonial de la personnalité que d'un pouvoir d'autoriser, pendant nécessaire du pouvoir d'interdire inhérent aux droits de la personnalité. Il conteste également la patrimonialisation des droits de la personnalité, niant toute cessibilité et toute transmissibilité : « la cession constitue une cote mal taillée pour les conventions relatives aux droits de la personnalité ; et la transmissibilité doit être considérée comme abandonnée par le droit positif ».

l'image à des fins commerciales – et pas une obligation de donner ; la licence d'exploitation ne peut interdire à la personne d'exercer sa propre activité et d'exploiter elle-même son image à cette occasion sans atteindre à la liberté du travail de la personne⁹⁷⁶. La jurisprudence n'admet pas aujourd'hui une cession définitive du droit d'exploiter l'image d'une personne célèbre : l'autorisation ou la licence doit être limitée dans le temps et l'espace, si ce n'est dans la destination de l'exploitation. Si la terminologie de cession est ambiguë et fait penser à un transfert définitif du droit, l'interdiction d'une cession à titre définitif écarte la qualification de vente. La cession est ici un transfert d'utilité, la cession d'une exclusivité de jouissance, déterminée en son contenu par des critères spatiaux, temporels et sectoriels (destination commerciale). La personne célèbre reste néanmoins titulaire de l'exclusivité sur l'image ou la renommée, comme un nu-propriétaire qui a cédé l'usufruit, comme un auteur qui a transféré une part du monopole d'exploitation. C'est donc moins le droit sur l'image et la renommée qui est transférable que la jouissance des utilités de l'image et des attributs de la personnalité. Le droit sur l'image et la renommée est-il seulement transmissible à cause de mort ? On enseigne classiquement que les droits de la personnalité prennent fin au décès de la personne⁹⁷⁷. Après le décès, le droit à l'honneur et à la réputation ou le droit au respect de l'intimité de la vie privée cessent de protéger la personne. Si la force de travail n'est pas un bien, les créations et les fruits du travail font l'objet d'une patrimonialité certaine, parfois relative ou imparfaite mais qui ne fait pas obstacle à la qualification de propriété. Celle-ci sera certaine dès lors qu'il sera possible de constater que l'auteur, le breveté ou le travailleur dispose d'une maîtrise souveraine des fruits du travail et de la création.

§ 2. MAÎTRISE SOUVERAINE DES CRÉATIONS ET DU TRAVAIL

257. Ici encore, il convient d'étudier successivement la maîtrise souveraine de la création (A) et du travail (B).

⁹⁷⁶ Des limites à l'exercice de cette activité peuvent en revanche être apportées : tel est le cas des contrats de représentation de marque, des contrats concédant l'exclusivité de l'exploitation de l'image d'une personne (un tel contrat devant être limité dans le temps et l'espace et concernant la destination).

⁹⁷⁷ Tel ne serait pas le cas si le droit à l'image était définitivement sorti de la sphère des droits de la personnalité pour rejoindre le droit de propriété. V., favorables à une telle solution, à propos des sportifs professionnels : F. Buy, J.-M. Marmayou, D. Poracchia, F. Rizzo, *Droit du sport*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n°636, 641, 643 et s.

A. Maîtrise souveraine de la création

258. La forme ne peut faire l'objet d'une maîtrise matérielle car son ubiquité rend impossible l'exercice d'un quelconque pouvoir de fait exclusif (1). Nul n'est besoin, pour reconnaître la qualification de propriété, de la maîtrise matérielle, la maîtrise juridique étant suffisante à la qualification. Or, en droit d'auteur, comme en droit des brevets, le titulaire du droit dispose d'une véritable maîtrise de la création, assurée notamment par le contrôle de la destination (2).

1. Impossible maîtrise matérielle des formes due à leur ubiquité

259. **Pouvoir de fait sur les créations.** Les formes ne peuvent faire l'objet d'un pouvoir de fait. On peut matériellement jouir de la création lorsque l'on y a accès. On peut matériellement exploiter une création même sans autorisation : commercialisation d'invention de produit contrefaisante, utilisation sans autorisation d'un procédé objet de brevet, reproduction d'exemplaires contrefaisants ou représentation sans autorisation de l'œuvre de l'esprit. La matière, par l'unicité du *corpus* qu'elle implique⁹⁷⁸, implique une exclusivité de l'usage ; les formes étant indépendantes de la matière qui leur sert de support, il n'est pas d'exclusivité de fait sur elles. Les formes (littéraire et artistique, technique ou distinctive) peuvent être concomitamment exploitées ou utilisées par des concurrents. En ce qui les concerne, ni la jouissance intellectuelle, ni l'exploitation de la forme ne sauraient constituer un *corpus* possessoire.

260. **Utilisation ambiguë du concept de possession.** Le terme de possession n'est certes pas complètement absent du Code de la propriété intellectuelle. Ainsi existe-il un droit de possession antérieure pour l'inventeur non déposant, qui lui permet de poursuivre son exploitation malgré l'exclusivité conférée par le brevet au premier déposant. En droit d'auteur, la possession a été un temps invoquée par la jurisprudence pour justifier la présomption de titularité des personnes morales. Le terme « possession » est-il ici utilisé au sens civiliste du terme et permet-il de conclure à l'existence d'une propriété ? Peut-on considérer que ces situations de fait caractérisent un *corpus* possessoire susceptible d'emporter propriété ? En matière de droit des brevets, la protection naît en effet du seul dépôt. Le droit de possession personnelle antérieure ne confère en rien un droit de propriété, mais le simple droit de continuer à exploiter personnellement l'invention. On remarquera que la possession n'est pas

⁹⁷⁸ Il en est de même des choses incorporelles qui ne sont pas des formes mais qui disposent d'un « *corpus* » dématérialisé (tel est le cas des fonds de commerce, des obligations).

entendue ici comme un pouvoir de fait sur l'invention, ni comme une maîtrise d'une ou plusieurs utilités du bien mais comme une maîtrise scientifique et technique de l'invention⁹⁷⁹. Celui qui prétend au droit de possession personnelle antérieure doit démontrer qu'il avait une « *pleine connaissance de la technique brevetée* »⁹⁸⁰, d'ores et déjà exploitée en France au moment du dépôt du brevet. De la possession du Code civil ne reste que le plus petit dénominateur commun : la « maîtrise » de l'invention, qui n'est pas entendue ici comme un pouvoir mais la connaissance d'une information. Si l'on ne peut retirer à quelqu'un la connaissance qu'il a d'une information, la connaissance de l'information ne suffit pas à conférer une quelconque exclusivité, l'information n'étant ni objet de propriété, ni objet d'exclusivité mais bien, par principe, de libre parcours⁹⁸¹. En revanche, cette connaissance de l'information technique que constitue l'invention confère à son possesseur un droit d'exploiter l'information malgré l'existence du brevet, c'est-à-dire d'une exclusivité sur l'exploitation de l'invention. Cette exception à l'exclusivité dont bénéficie traditionnellement le breveté donne au possesseur un droit d'exploitation légitime de l'invention. Ce droit n'est pas exclusif, il est au contraire partagé et restreint. Il ne peut s'agir d'une licence légale puisque aucune rémunération n'est prévue au profit du breveté. Le breveté ne peut ni s'y opposer, ni demander compensation du partage d'exclusivité. S'agit-il d'une limite ou d'une exception au droit du breveté⁹⁸² ? Il s'agit bien là d'une exception car c'est une atteinte à l'exclusivité conférée au breveté : le breveté a une exclusivité qui porte à la fois sur la fabrication, la commercialisation et l'utilisation de l'invention⁹⁸³. Ainsi, il peut interdire l'utilisation de l'invention à un tiers, qui ne peut l'exploiter sans son autorisation, sauf s'il bénéficie d'un droit de possession personnelle antérieure. L'utilisation de l'invention entre donc dans le champ du monopole ; le droit de possession personnelle antérieure constitue bien une exception au monopole du breveté⁹⁸⁴.

⁹⁷⁹ B. Parance ne se risque pas à qualifier réellement la « possession » des inventions, rappelant simplement qu'il existe un débat sur le point de savoir si la possession peut être constituée de la simple connaissance de l'invention ou si les actes de possession d'une invention consiste en une exploitation : B. Parance, *La possession des biens incorporels*, LGDJ, 2008, coll. Bibl. de l'Institut André Tunc, T.15, Préf. L. Aynès, Avant-propos F. Terré.

⁹⁸⁰ CA Paris, 13 mars 1996 : Annales 1997, p.29 et CA Paris, 27 octobre 1999 : Annales 2000, p.151. V. aussi TGI Paris 9 mars 2001 : PIBD 2001, III, p.495.

⁹⁸¹ Cf. supra n°98 et s.

⁹⁸² Sur la portée de la distinction, à propos du droit d'auteur, P. Gaudrat et F. Sardain, « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur », CCE 2005, études n°37.

⁹⁸³ CPI, art. L.613-1 et s.

⁹⁸⁴ V. P. Roubier, *Droit de la propriété industrielle*, T.1, préc., n°30, III, b) évoquant une exception au monopole du breveté (et constatant la faiblesse du droit de l'inventeur qui a préféré le secret au dépôt : « *c'est tout ce qu'il obtiendra désormais : il ne devient pas un contrefacteur, mais il doit se résigner à voir passer le droit de monopole en d'autres mains ; ce sera le breveté qui sera titulaire de ce droit, c'est lui seul qui sera qualifié pour poursuivre les contrefacteurs*,

Par ailleurs, la possession n'est pas ici constitutive de propriété : si elle permet l'acquisition d'un droit, ce droit n'est pas un droit de propriété. La portée du droit de possession personnelle antérieure est en effet restreinte : il est attaché à l'entité économique qui exploite l'information et ne peut être transmis. S'il a une portée économique indéniable, il n'est pas pour autant un droit patrimonial⁹⁸⁵. On notera toutefois qu'il n'est pas attribué à une personne physique ou morale, bien que la loi évoque une possession personnelle, mais à une entreprise. C'est l'entité économique autonome qui a suscité la création et qui exploite l'invention qui est titulaire du droit, « *qui ne peut être transmis qu'avec le fonds de commerce, l'entreprise ou la partie de l'entreprise auquel il est attaché* »⁹⁸⁶. C'est donc l'entreprise qui est ici personnifiée, même si aucune personne juridique n'est constituée. Enfin, le droit de possession personnelle antérieure ne confère pas même le droit d'agir en contrefaçon. La possession ne donnant ici ni vocation à la propriété, ni droit aux actions possessoires, ne peut être identifiée à la possession civiliste. Dans le domaine littéraire et artistique, la protection ne naît pas d'un dépôt mais de la création. L'hypothèse de deux créations identiques et concomitantes est rendue impossible par la définition de l'originalité de l'œuvre de l'esprit⁹⁸⁷. Le droit d'auteur ne se perd pas par le non-usage – il est imprescriptible⁹⁸⁸ – et ne s'acquiert pas par occupation, accession, incorporation. La jouissance légitime de la forme littéraire et artistique ne s'acquiert que par création, sauf le cas très particulier de l'œuvre collective - et ne se transmet que par contrat ou succession. Néanmoins, comme on déduit, dans le domaine corporel, de la manifestation de la propriété (la possession *animo domini*) l'existence de la propriété, dans le domaine littéraire et artistique, on déduit de la manifestation du droit d'auteur, l'exploitation nommée, la légitimité de l'exploitation. La Cour de cassation, qui a même, dans un premier temps, évoqué la possession des œuvres⁹⁸⁹, pose en effet une présomption de titularité des droits d'auteur au profit des

ou concéder des licences d'exploitation ») ; ainsi que n°32, qualifiant l'exception de « *démembrement du monopole du breveté* ».

⁹⁸⁵ D'après la définition retenue ici faisant prévaloir le critère de la cessibilité du droit, ou du moins de sa transmissibilité, Cf. supra n°227 et 229.

⁹⁸⁶ CPI, art. L.613-7.

⁹⁸⁷ Cf. supra n°132.

⁹⁸⁸ F. Pollaud-Dulian, « De la prescription en droit d'auteur », RTDciv. 1999, p.585.

⁹⁸⁹ Cass. civ. 1^{re}, 24 mars 1993 : Bull. n°126 : « *à la date de la reproduction litigieuse la société SMD exploitait commercialement sous son nom les photographies litigieuses ; (...) en l'absence de toute revendication de la part de la ou des personnes physiques ayant réalisé les clichés, ces actes de possession étaient de nature à faire présumer, à l'égard des tiers contrefacteurs, que la société SMD était titulaire sur ces œuvres, quelle que fût leur qualification, du droit de propriété incorporelle de l'auteur* ».

personnes morales sur les œuvres qu'elles exploitent sous leur nom⁹⁹⁰. Le *primo* exploitant, qui exploite sous son nom, bénéficie donc, si son exploitation n'est pas contestée par l'auteur⁹⁹¹, d'une présomption de titularité. Ainsi, la publicité de l'exploitation vaut apparence de titularité des droits⁹⁹² : l'absence de contestation de la part de l'auteur suffit à caractériser la possession pour qu'elle emporte présomption irréfragable de propriété vis-à-vis du tiers jugé contrefacteur. L'absence d'action de l'auteur constitue donc le caractère paisible et non équivoque ; la publication sous le nom de la personne morale constitue la publicité et *l'animo domini*. La publication sous le nom de la personne morale n'implique pourtant pas nécessairement que cette exploitation soit connue de l'auteur. Ce serait exiger de l'auteur une diligence rendue impossible par les potentialités qu'offre l'immatériel. C'est donc permettre au possesseur précaire, pour filer la métaphore, de faire valoir ses droits en justice, sans exiger la validité du bail pour que le locataire agisse seul. Ce n'est donc que la transposition aux œuvres de l'esprit de la protection possessoire applicable aux immeubles⁹⁹³ : la présomption bénéficie au « possesseur » ou au « détenteur précaire », dont la possession ou la détention est troublée

⁹⁹⁰ La Cour de cassation a renoncé à la référence à la possession, sans pour autant renoncer à la présomption de titularité des personnes morales. Elle a, par ailleurs, détaché cette présomption de la qualification d'œuvre collective (V. Cass. civ. 1^{re}, 22 fév. 2000 : Bull. n°58, confirmé par Cass. crim., 24 fév. 2004 : Bull. crim. n°49 ; et Cass. com., 20 juin 2006 : Bull. n°147) et même de la création plurale (V. Cass. civ. 1^{re}, 22 fév. 2000 : préc., affirmant l'indifférence de la qualification d'œuvre collective concernant une œuvre créée par un auteur unique et Cass. civ. 1^{re}, 3 avr. 2001, pourvoi n°99-10800 : affirmant l'indifférence de la qualification de l'œuvre) élargissant au possible le champ de la prescription.

⁹⁹¹ La présomption de titularité n'a en effet pas vocation à régir les relations entre la personne morale et l'auteur mais à faciliter l'introduction de l'action en contrefaçon : le *primo* exploitant n'a pas à faire la preuve de la titularité des droits pour poursuivre en contrefaçon ; le contrefacteur ne peut échapper à l'action en contrefaçon en arguant de l'absence de titularité des droits de la personne morale. Cela évite au juge d'avoir à statuer sur la titularité des droits d'auteur alors même que l'auteur n'est pas partie à l'affaire ; d'avoir à relaxer le contrefacteur parce que l'auteur n'a pas agi alors qu'il allait tant de l'intérêt de l'auteur que de la personne morale que l'action en contrefaçon parvienne à ses fins.

⁹⁹² On peut penser que plus qu'une transposition en matière intellectuelle de la possession, la présomption de titularité des personnes morales est une application de la théorie de l'apparence. La présomption sert en effet à assurer la sécurité juridique de la personne morale et relève de l'efficacité du commerce juridique, garanti par l'action en contrefaçon. La personne morale, souvent employeur de l'auteur ou producteur de l'œuvre, peut en effet agir soit en vertu d'un mandat apparent de la part de l'auteur, avec lequel il est lié, soit en vertu d'une propriété apparente (légitime croyance en la titularité des droits du fait de la création plurale et de l'exploitation paisible et non contestée de la chose sous son nom). Mais il ne s'agit plus là de protéger la victime de l'apparence contre celui dont le comportement était équivoque mais de protéger celui dont le comportement est équivoque. La seule justification de cette jurisprudence est donc l'efficacité juridique – sanctionner le comportement qui est de manière certaine répréhensible – et le refus de statuer sur la qualification d'œuvre collective, alors que cette qualification est privative des droits des auteurs, sans que l'auteur soit appelé en la cause. Toutefois, on ne peut comprendre alors comment cette présomption peut s'appliquer en l'absence de création plurale.

⁹⁹³ Cciv., art. 2278 et 2279. On remarquera néanmoins que les actions possessoires sont des actions spéciales (NCPciv., art. 1264 et s.) réservées aux immeubles. V. Cass., civ. 1^{re}, 6 fév. 1996 : Bull. n°57 ; D. 1996, somm. 331, obs. R. Libchaber et RTDciv. 1996, p.943, obs. F. Zenati.

par le fait d'un tiers ; elle permet un règlement rapide du litige puisque le juge n'a pas à se prononcer sur le fond du droit et qu'il peut sanctionner immédiatement la contrefaçon ; elle est irrecevable entre contractants. On peut s'interroger toutefois sur cette transposition sans texte⁹⁹⁴. En outre, la personne morale ne pourra invoquer la possession contre l'auteur, la possession ne pouvant prescrire. Aussi celui qui reproduit ou représente l'œuvre sans

⁹⁹⁴ Outre le fait que les actions possessoires sont réservées aux immeubles, on peut s'interroger sur la pertinence de l'assimilation du *corpus* possessoire nécessaire en matière corporelle à la seule publicité de l'exploitation. en raisonnant en termes de présomption, donc en renversant la charge de la preuve, ne cherche-t-elle pas à rapprocher les systèmes de droit d'auteur et de copyright, ne cherche-t-elle pas à appliquer un mécanisme d'occupation, adapté au domaine immatériel par le système du dépôt ? En effet, dans les pays de copyright, le dépôt et l'apposition du signe '©' permet de « matérialiser » cette occupation. En matière de crédit-bail ou de réserve de propriété, la détention est dématérialisée et le droit du créancier est garanti du seul fait de l'apposition d'une plaque manifestant la propriété de la chose, afin que les créanciers chirographaires ne puissent se méprendre sur sa non appartenance au patrimoine de leur débiteur et donc à l'assiette du droit de gage général. En matière de copyright, la chose ne pouvant être détenue ou occupée, l'appropriation de la chose est matérialisée par un signe apposé sur le support de la forme de manière à empêcher toute tentative d'appropriation par un tiers. Seule une revendication de propriété par la contestation de la légitimité de la propriété du déposant est donc possible. Aucune règle légale ne prévoit un tel mécanisme en droit d'auteur. La protection découle du fait créatif, donc de la preuve de la création. Ce fait n'est pas nécessairement aisé à prouver. Les auteurs sont obligés de recourir à des dépôts dans des sociétés de gestion, au système de l'enveloppe Soleau ou d'autres moyens de preuve de l'antériorité de la « possession de la création » - au sens du droit de possession personnelle antérieure, c'est-à-dire de la connaissance de l'information sous cette forme - susceptible d'emporter la conviction du juge sur la paternité de l'œuvre. La cour est obligée de recourir à la technique des faisceaux d'indices. Le système de la présomption est un autre moyen de preuve à sa disposition. La cour déduit donc du fait de l'exploitation qui paraît la plus légitime la présomption de légitimité de l'exploitation. Deux critiques s'imposent. D'abord, si la création est un fait délicat à prouver qui justifie que les juges soient obligés de recourir à la méthode du faisceau d'indices ou de la présomption, la titularité dérivée - ce qui est nécessairement le cas d'une personne morale puisque celle-ci ne peut être titulaire originaire des droits d'auteur, sauf œuvre collective, circonstance dont la cour a spécialement spécifié la neutralité - ne peut résulter que d'un contrat. Or la preuve de ce contrat est aisément rapportable, qu'il existe un écrit entre l'auteur ou la personne morale ou non, la personne morale n'ayant, en ce dernier cas, qu'à demander à l'auteur d'attester de l'existence du contrat. Le mécanisme de la présomption ne s'impose donc pas. D'autre part, cette présomption est irréfragable : le défendeur ne peut rapporter la preuve contraire. Le mécanisme de la présomption permettant de renverser la charge de la preuve, les juges accueillent une action sans exiger du demandeur qu'il prouve qu'il est titulaire des droits qu'il invoque. Ceci permet à un contrefacteur d'agir contre un autre contrefacteur et de le faire condamner, sans même que le défendeur puisse seulement prouver qu'il ne l'est pas. Ainsi, la présomption devient constitutive de droit. Certes, Pothier admettait lui-même qu'une injustice vaut mieux qu'un désordre, et c'est le rôle même de la possession de pacifier et stabiliser les relations. Ainsi, la cour confère à la présomption les mêmes effets que la possession précaire : elle ne permet pas l'acquisition de la propriété - l'auteur, en effet, peut toujours revendiquer le respect de son droit - mais permet l'exercice des actions possessoires. Le défendeur n'a donc qu'un moyen de défense à sa disposition : convaincre l'auteur de contester l'exploitation réalisée par le demandeur, l'exploitation non contestée par l'auteur étant une condition de la présomption. Ceci exige de l'auteur qu'il agisse quand bien même il aurait un lien avec la personne morale demandeur (son employeur ou son éditeur par exemple), qui peut exploiter sans respecter son droit d'auteur et que l'auteur préfère ménager en ne le poursuivant en contrefaçon, en vue de maintenir une relation ultérieure potentielle. Une telle jurisprudence condamne définitivement le contrefacteur mais, dans le même temps, n'incite pas l'exploitant en relation avec l'auteur à respecter le droit d'auteur puisque l'exploitant pourra défendre l'exploitation qu'il met en œuvre sans avoir à subir les coûts de l'exploitation inhérents au respect du droit d'auteur (principes de la rémunération proportionnelle, de la cession limitée des droits d'auteur, de l'obligation de rendre compte, etc.).

autorisation et qui « use » de l'œuvre en ce qu'il jouit d'une utilité de ce bien spécifique, qu'il exploite ici illicitement, ne possède pas à titre acquisitif. La jouissance du bien est ici constitutive de l'infraction de contrefaçon : si elle entraîne protection vis-à-vis des tiers, la jouissance n'entraîne en effet ni maîtrise de fait, ni maîtrise de droit sur le bien et n'est nullement susceptible d'emporter propriété car cette possession est insuffisante à fonder un quelconque droit de propriété intellectuelle⁹⁹⁵. Il en est de même en matière de brevet, le droit de possession personnelle antérieure ne conférant au possesseur ni un droit exclusif, ni un droit transmissible mais un simple droit attaché à la personne⁹⁹⁶.

261. Pierre Catala observait déjà que, malgré l'impossibilité de la maîtrise matérielle de la création, les propriétés intellectuelles étaient légitimement qualifiées de propriétés : *« celles-ci confèrent à l'auteur de la création protégée un monopole d'exploitation opposable erga omnes. Longtemps, cette notion de propriété sans 'corpus' parut choquante aux interprètes rompus à la théorie romaine des droits réels. L'essence de la propriété n'est-elle pas la chose corporelle, objet du droit ? Mais des études récentes ont montré que le droit de propriété vaut surtout par l'opposabilité absolue de la protection dont jouit son titulaire. Un droit réel inopposable (faute de publication) n'est qu'une ombre. En revanche, un droit sans 'corpus' mais opposable à tous emprunte à la propriété son caractère essentiel et possède une valeur propre »*⁹⁹⁷. On a vu

⁹⁹⁵ Sur cette question de la possession des œuvres et des inventions, sur la possible possession des « choses intellectuelles », V. P. Berlioz, « Quelle protection pour les informations économiques secrètes de l'entreprise ? », préc., qui analyse la relation de la création et de son support d'une manière aboutissant à la confusion entre l'œuvre et l'objet matériel, pour justifier l'existence d'un droit de propriété sur ce qu'il nomme la « chose intellectuelle ». Il considère dès lors nécessaire de reconnaître au-delà de la propriété sur cette « chose intellectuelle » l'existence d'un droit réel affectant la propriété de cette « chose », le monopole d'exploitation portant sur l'information contenue dans la chose. Il conclut donc à la qualification des droits intellectuels en droits réels, c'est-à-dire droits portant sur une chose, mais non de propriété, estimant que le droit de propriété n'est pas le « modèle le plus approprié pour ces droits », et que l'on pourrait l'abandonner au profit de la seule qualification de monopole d'exploitation. Il peut alors étendre le modèle ainsi déterminé pour les œuvres et les inventions aux informations économiques. Cette analyse qui est fondée sur la remise en cause de la distinction classique de l'œuvre de l'esprit et de son support, de l'invention et du produit dans lequel l'invention est intégrée ne nous semble pas contredire notre analyse de la possession dans la mesure où la possession ici évoquée a pour objet la « chose intellectuelle », la possession de l'objet matériel qui permet l'accès à la forme, il ne s'agit pas de la possession des droits intellectuels. En revanche, les droits intellectuels, en ce qu'ils constituent un monopole d'exploitation, sont la manifestation d'une maîtrise juridique de l'information (nous préférons le terme forme), ce qui, selon le professeur, permet leur qualification en droit réel mais non en droit de propriété.

⁹⁹⁶ Pour ne pas parler de droit personnel, l'expression restant équivoque, V. en ce sens, Flour, Aubert et Savaux, T. I., préc. n°8, n. 3, rappelant l'opposition classique entre droits réels et droits personnels, et préférant l'expression droit de créance car « c'est une terminologie très équivoque, car la même expression désigne deux autres sortes de droits : les droits intransmissibles, c'est-à-dire ceux qui s'éteignent à la mort de leur titulaire ; les droits exclusivement attachés à la personne, c'est-à-dire ceux que les créanciers ne peuvent pas exercer au nom de leur débiteur ».

⁹⁹⁷ P. Catala, « la transformation du patrimoine en droit civil moderne », RTDciv. 1966, p.185, n°21.

que l’opposabilité n’était pas tant le critère de la propriété, les droits personnels étant eux aussi opposables⁹⁹⁸. En revanche, la maîtrise exclusive d’une chose est le signe d’une propriété.

2. Maîtrise juridique de la création : une maîtrise de l’exploitation

262. La propriété est une maîtrise souveraine de la chose et réserve au bénéficiaire du seul propriétaire le profit de toutes les utilités que peut présenter la chose. Le contenu de la propriété varie donc selon les utilités de la chose⁹⁹⁹. Les propriétés intellectuelles ne sont pas des propriétés oisives : les biens nouveaux que sont les créations portent un potentiel économique important. Les créations, qu’elles soient littéraires ou artistiques, voire informatiques, scientifiques ou techniques présentent aussi un intérêt social, culturel, scientifique ou technique important. L’exclusivité dont bénéficie le titulaire d’un droit de propriété intellectuelle ne doit pas porter atteinte aux autres valeurs supérieures que sont le droit à la culture, la liberté d’expression, la liberté de la recherche¹⁰⁰⁰. C’est pourquoi la création en tant que bien est strictement définie : l’invention doit être technique et susceptible d’exploitation industrielle (une simple innovation, une méthode ou une théorie scientifique n’accèdent pas à la protection) ; l’œuvre de l’esprit ne permet pas l’appropriation du discours, de l’idée ou de l’information (toute autre œuvre de l’esprit pourra donc traiter du même sujet dès lors qu’elle est originale). L’utilité essentielle de la création est sa communication au public pour que le public puisse user de l’invention ; pour que le public puisse jouir intellectuellement de l’œuvre. La propriété de l’auteur comme du breveté leur permet donc d’organiser cette communication de la création au public. Ainsi, c’est l’exploitation par la communication au public qui est au cœur aussi bien du droit d’auteur (a) que du droit de brevet (b). L’analyse de ces droits permet de démontrer que la maîtrise souveraine s’exprime en réalité en droit de la propriété intellectuelle par la maîtrise de la destination (c).

a. Maîtrise souveraine des créations littéraires et artistiques

263. **Maîtrise de l’exploitation et attributs patrimoniaux.** En droit d’auteur, la maîtrise de la création est tournée vers la communication au public. Les attributs moraux et patrimoniaux de la propriété intellectuelle visent à contrôler cette exploitation : d’abord

⁹⁹⁸ Cf. supra n°212.

⁹⁹⁹ En ce sens, V. M. Villey, *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2002, Chapitre VIII « Les instituts de Gaius et l’idée du droit subjectif », p.167 et s., notant à propos du droit romain l’absence de concept de droit subjectif au profit d’une description de chaque droit, chaque « res » du fait même du pragmatisme romain : le contenu du droit variait selon la chose.

¹⁰⁰⁰ Cf. infra n°312 et 313.

l'auteur peut choisir de donner l'œuvre au public ou de la garder secrète¹⁰⁰¹ ; il détermine ensuite les conditions de l'exploitation : identification de sa signature, contenu et essence de l'œuvre, mode de divulgation de l'œuvre et modalités de la communication de l'œuvre au public. C'est clairement le cas pour le droit d'exploitation, entièrement tourné vers la communication de l'œuvre au public¹⁰⁰². Ainsi, selon l'article L.122-1 du Code de la propriété intellectuelle, le droit d'exploitation comprend le droit de représentation et le droit de reproduction. Or la représentation consiste, selon l'article L.122-2, en la communication de l'œuvre au public et la reproduction, selon l'article L.122-3, dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte. On voit ici l'importance faite à la communication de l'œuvre au public dans la définition du droit d'exploitation. Or le pouvoir d'exclure de l'auteur porte sur ces deux attributs : selon l'article L.122-4, « *toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite* ». Toutefois, ce dernier article ajoute : « *il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque* ». On peut ainsi s'interroger sur le point de savoir si la traduction, l'adaptation, la transformation ou l'arrangement sont des attributs distincts du droit de reproduction et de représentation au sein du droit d'exploitation ou si la reproduction et la représentation de l'œuvre comme de son adaptation, de sa traduction ou de son arrangement relève du droit d'exploitation de l'auteur. Autrement dit, la création d'une œuvre dérivée sans le consentement de l'auteur constitue-t-elle en elle-même une atteinte au droit d'exploitation de l'auteur ou est-ce seulement son exploitation sans le consentement de l'auteur qui est interdite ?

264. **Maîtrise de l'exploitation et non de la création d'œuvre dérivée.** La cour d'appel de Paris a pu considérer¹⁰⁰³ que la simple création d'une œuvre dérivée constituait en elle-même la contrefaçon. Le simple dépôt d'une œuvre dérivée, sans exploitation, relèverait donc

¹⁰⁰¹ Sur les différentes phases de détachement, V. R. Savatier, *Le droit de l'art et des lettres, ou les muses dans les balances de la justice*, LGDJ, 1953.

¹⁰⁰² V. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 6^e éd., 2007, n°242 ; P. Gaudrat, *Rép. droit civil*, V° Propriété littéraire et artistique, 1^{ère} partie, la propriété des créateurs, préc., n°695.

¹⁰⁰³ CA Paris, 12 mai 2004 : CCE, 2005, comm. n°1, note C. Caron ; Légipresse 2004, III, p.201, note V. Varet ; Propr. Intell. 2004, n°13, p.913, obs. A. Lucas ; RIDA oct. 2004, p.235, note A. Kéréver. Comp. Req. 27 juin 1910 : D.P. 1910, 1, 296 ; TGI Paris, 16 mai 1973 : RIDA, oct. 1974, p.166 ; CA Paris, 23 mars 1978 : RIDA juill. 1979, p.127, Gaz. Pal. 1978, II, somm. p.398 ; TGI Paris, 21 mars 1997 : Légipresse 1997, I, p.83 ; et TGI Paris 7 mai 2002, Légipresse 2002, n°195, I, p.118 ; CA Paris, 25 juin 1996 : RIDA janv. 1997, p.337 ; CA Paris, 12 sept. 2001 : CCE 2002, comm. n°40, note C. Le Stanc, JCP E 2003, 278, n°5, obs. L. Brochard et CA Paris 14 mars 2001, D. 2001, somm. p.2556, obs. P. Sirinelli, cassé par Com. 13 nov. 2003, Bull. n°230 ; RIDA avr. 2003, p.271, note A. Kéréver..

de la contrefaçon. Une telle solution pose des difficultés, notamment en ce qu'elle interdit à autrui un acte créatif¹⁰⁰⁴. Or la création est libre¹⁰⁰⁵. La Cour de cassation a d'ailleurs retenu que le consentement de l'auteur de l'œuvre première n'a pas à être sollicité avant la réalisation de l'adaptation mais seulement avant son exploitation¹⁰⁰⁶. En outre, les œuvres dérivées sont reconnues comme originales, sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale¹⁰⁰⁷ et relèvent de la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante¹⁰⁰⁸. Ainsi, l'œuvre dérivée accède à la protection, elle est même reconnue comme relevant de la seule propriété de l'auteur de l'œuvre seconde, à l'exclusion de l'auteur de l'œuvre première. Le fait de la création est donc respecté, quand bien même l'originalité de l'œuvre ne serait que relative. La création dérivée n'est donc pas par principe illicite. Elle peut l'être en cas seulement d'atteinte au droit moral de l'auteur de l'œuvre première. De la même manière, liberté de création ne signifie pas pour autant liberté d'exploitation. Celui qui exploite à travers son œuvre l'œuvre d'autrui doit en demander l'autorisation et associer l'auteur de l'œuvre première au succès de l'œuvre dérivée, à la mesure de l'emprunt opéré, ce qu'exprime l'article L.122-4¹⁰⁰⁹. L'arrêt précité de la cour d'appel de Paris paraît donc devoir être considéré comme un arrêt isolé, arrêt d'espèce, peut-être expliqué par le comportement des coauteurs de l'œuvre seconde, qui avaient créé sans que le studio de production titulaire des droits d'auteur sur l'œuvre première le leur ait commandé, un nouvel épisode d'une série de films, scénario qui, d'après la cour « *serait de nature à faire échec au droit de sequel* » du producteur. En effet, le producteur ayant rejeté leur proposition et confié la création et la réalisation de l'épisode à une

¹⁰⁰⁴ Une telle conception du droit d'auteur serait critiquable en ce qu'elle nuirait finalement à la créativité : le droit d'auteur ne serait plus un élément de dynamisation de la création mais un frein, ce qui est non seulement contraire à sa finalité (Cf. infra n°312) mais aussi contraire à la réalité culturelle.

¹⁰⁰⁵ La liberté de création relève de la liberté d'expression : Pacte relatif aux droits civils et politiques adopté par l'ONU le 16 décembre 1966, art. 19 ; CEDH, art.10, §1 tel qu'interprété par Cr EDH, 24 mai 1988, Aff. Müller et a., série A, n°133 ; F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet (dir.), *Grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 6^e éd. 2011, n°60, p.664. V. pour un exposé des sources : A. Zollinger, *Droit d'auteur et droits de l'Homme*, thèse préc., spéc. n°525 et s. Sur les rapports entre droit d'auteur et liberté de création, V. A. Zollinger, *Droit d'auteur et droits de l'Homme*, thèse préc., spéc. p.236 et s.

¹⁰⁰⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 17 nov. 1981 : Bull. n°339 ; D. 1983, IR p.92, obs. C. Colombet.

¹⁰⁰⁷ CPI, art. L.112-3.

¹⁰⁰⁸ CPI, art. L.113-4.

¹⁰⁰⁹ Sur les difficultés posées par cette nécessaire conciliation, V. A. Singh, « La délicate coexistence de l'œuvre préexistante et de l'œuvre composite ou dérivée », RDPI, 1998, n°93, p.29. Pour une proposition de résolution des conflits par la théorie de l'accession, V. P-Y Gautier, « L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculéiens et des Sabinien », D. 1988, chron. p.152. Une telle analyse ne nous semble pas recevable dans la mesure où il nous paraît impossible de transposer purement et simplement les mécanismes de la propriété corporelle à la propriété intellectuelle. Cf. infra n°297.

autre équipe de créateurs, s'est vu assigné par les coauteurs qui invoquaient la contrefaçon de leur épisode rejeté. La cour d'appel a rejeté leur demande et les a condamnés pour contrefaçon du fait de leur création et du dépôt et de l'envoi du scénario au studio de production, ces derniers actes constituant des actes d'exploitation. Si la solution paraît équitable à Me Vincent Varet¹⁰¹⁰, il critique néanmoins l'argumentation de la cour d'appel pour proposer une justification qui lui semble plus pertinente : l'autorisation de l'auteur de l'œuvre préexistante n'est pas nécessaire pour la création de l'œuvre seconde mais pour la jouissance du droit d'auteur afférent à l'œuvre adaptée. Ainsi, s'ils pouvaient créer une œuvre seconde, les coauteurs du scénario ne pouvaient invoquer leur droit d'auteur pour agir en contrefaçon. L'analyse est séduisante mais ne correspond pas à la combinaison des textes relatifs à l'œuvre dérivée. Les auteurs d'œuvres secondes jouissent de leurs droits d'auteur, la propriété résultant de la création (articles L.112-3 et L.113-4 du Code de la propriété intellectuelle), réserve étant faite des droits de l'auteur de l'œuvre première auxquels ils ne peuvent porter atteinte : l'exploitation doit donc être autorisée, l'œuvre première doit être respectée, ainsi que sa paternité, la création d'une œuvre dérivée n'interdit pas à l'auteur de l'œuvre première de créer lui-même une œuvre dérivée¹⁰¹¹. Que l'auteur de l'œuvre seconde ne puisse atteindre aux droits de l'auteur de l'œuvre première doit-il signifier que l'auteur de l'œuvre première pourrait exploiter l'œuvre seconde sous son nom sans que l'auteur de l'œuvre seconde puisse exercer l'action en contrefaçon, l'introduction de celle-ci étant subordonnée à l'autorisation de l'auteur de l'œuvre première ? Nous ne pouvons souscrire à pareille analyse. La seule justification au rejet de l'action en contrefaçon des auteurs de l'œuvre seconde est l'indépendance des deux scénarios : leur originalité doit s'apprécier par rapport aux différences et non aux ressemblances, d'autant qu'ils ne pouvaient que se ressembler, tous deux étant d'originalité relative et devant nécessairement reprendre les éléments caractéristiques de la série. Leur condamnation paraît fondée, au moins en droit d'auteur¹⁰¹², dès lors qu'une communication a

¹⁰¹⁰ V. V. Varet, note sous CA Paris, 12 mai 2004 : *Légipresse* 2004, n°216, III, p.201

¹⁰¹¹ En effet, les auteurs d'œuvres secondes jouissent de droit sur l'œuvre seconde sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre première, celui-ci conserve donc ses droits, et notamment le droit de sequel, quand bien même il a autorisé l'exploitation de l'œuvre seconde, sauf exclusivité accordée aux auteurs de l'œuvre seconde mais il ne s'agit plus seulement ici d'autorisation d'exploiter leur œuvre seconde mais d'une cession du droit de sequel. V. déjà CA Paris, 11 déc. 1964 : *JCP* 1965, IV, 40 et Civ. 1^{re}, 10 mars 1993 (2^e moyen) : *RIDA* juill. 1993, p.320, note F. Pollaud-Dulian ; *JCP* 1993, IV, 1233.

¹⁰¹² Il en est peut-être de même quant au dénigrement médiatique opéré, au parasitisme, à l'abus de droit de créer une œuvre alors que les auteurs de l'œuvre dérivée savaient que la création de cet épisode ne pouvaient pas leur être confiée du fait du principe de la série : tous les films devaient être réalisés par des auteurs différents, ayant déjà écrit un scénario, la rédaction du suivant ne pouvait pas leur être confiée.

eu lieu : toute communication au public (à un tiers, même si elle est gratuite et limitée) constituant une exploitation.

265. **Maîtrise de l'exploitation et droit moral.** Le droit moral vise aussi à assurer à l'auteur la maîtrise de l'exploitation. En effet, le droit moral a premièrement vocation à contrôler la qualité de bien dans le commerce de l'œuvre de l'esprit grâce au droit de divulgation et au droit de retrait et de repentir¹⁰¹³. De ces prérogatives dépendent en effet l'exercice des prérogatives du titulaire des droits patrimoniaux et l'exercice de celles du propriétaire du support de l'œuvre. Le droit moral a aussi vocation à identifier l'œuvre par rapport à son auteur, tant quant à sa paternité que quant à son contenu intellectuel dans la mesure où le droit à la paternité permet d'anonymiser ou non la personnalité inscrite dans l'œuvre et où le droit au respect assure l'adéquation de la forme délivrée. Il s'agit en quelque sorte d'une authentification. L'auteur est le seul maître de cette authentification. Il détermine donc l'essence de l'œuvre. Il peut ainsi la délier de sa personne en refusant d'indiquer son nom, l'identifier aux yeux du public par rapport à une personnalité qu'il distingue de sa personne en choisissant un pseudonyme, l'intégrer dans son cursus artistique, en attribuant le même nom d'auteur à l'ensemble de ses créations, ou au contraire l'isoler de ses autres œuvres en préférant l'anonymat ou un pseudonyme¹⁰¹⁴. Ceci relève du libre arbitre de l'auteur. Le droit moral étant personnel, inaliénable et imprescriptible, on ne peut lui imposer une autre volonté que la sienne propre. A l'opposé, le refus d'indiquer son nom véritable ou le consentement à ne pas le faire sont toujours révocables¹⁰¹⁵. De la même manière, l'auteur est seul apte à juger du caractère authentique de la forme de l'œuvre. Lui seul pourra juger du respect ou non de l'intégrité de l'œuvre. Lui seul peut en déterminer la forme et l'esprit, puisqu'il s'agit de la transcription de sa propre forme interne. Il ne s'agit pas là de consacrer un arbitraire omnipotent et disproportionné en faveur de l'auteur mais bien de reconnaître la puissance et le caractère intrinsèquement intime du lien entre l'œuvre et son auteur. Certes, aucun droit ne peut être en soi arbitraire. Tout droit suppose la possibilité d'un abus de droit dont le juge doit vérifier l'absence. Néanmoins, comme l'expose clairement le Professeur Caron¹⁰¹⁶, il est très

¹⁰¹³ V. P. Gaudrat, *Encyclopédie Juris-Classeur Propriété littéraire et artistique*, fasc. n°1211, « Droits des auteurs, droits moraux, droit de divulgation », 2001, spéc. n°16 et s.

¹⁰¹⁴ Comme le fit Romain Gary lorsqu'il publia sous le pseudonyme d'Emile Ajar « *La vie devant soi* ».

¹⁰¹⁵ Sur la nullité des conventions dites de « négritude », V. A. et H.-J. Lucas, *Traité*, n°542 et 543.

¹⁰¹⁶ C. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, préc., ainsi que « Abus de droit et droit d'auteur, une illustration de la confrontation du droit spécial et du droit commun en droit civil français », RIDA avril 1998, p.3 ; et plus récemment « droit moral ou droits moraux », préc.

difficile pour le juge d'apprécier l'existence ou non de l'abus du droit moral par l'auteur¹⁰¹⁷ dans la mesure où seul ce dernier peut déterminer le contenu intellectuel de l'œuvre et donc l'existence ou non de l'atteinte à son droit moral. Le juge doit donc se contenter de sanctionner l'intention manifeste de nuire ou le détournement à des fins patrimoniales du droit moral, constitutif d'une fraude plus que d'un abus de droit, et non d'apprécier l'existence de l'atteinte ou non. Le juge reste en revanche maître de l'appréciation de la cause du préjudice subi par l'auteur et de son évaluation. Ainsi, l'inadaptation des matériaux ou des proportions de l'œuvre à son exposition¹⁰¹⁸, la vocation de l'œuvre¹⁰¹⁹, la contradiction entre le contenu intellectuel de l'œuvre et le caractère sacré de son support¹⁰²⁰ connues de l'auteur peuvent être considérées comme justifiant la modification de l'œuvre, voire sa destruction, et empêcher l'action en responsabilité contre un tiers¹⁰²¹. Il est fondamental de respecter la volonté de l'auteur quant à l'identification de son œuvre, que ce soit au regard de sa paternité ou de son contenu intellectuel, car l'auteur assume une certaine responsabilité culturelle vis-à-vis de son public. Or le droit moral permet à l'auteur de contrôler sa responsabilité culturelle. En effet, si le droit à la paternité permet à l'auteur d'établir un lien entre lui et son œuvre, il en est de même du public. Le public associe donc une forme, un contenu intellectuel à un auteur. Il importe de respecter le contenu intellectuel donné par l'auteur à l'œuvre pour ne pas dénaturer le message attribué à l'œuvre et prêter un discours qui n'est pas le sien à l'auteur. C'est pourquoi l'atteinte au seul esprit de l'œuvre, le changement de contexte de l'œuvre sont sanctionnés¹⁰²². C'est pourquoi aussi il importe de respecter l'anonymat souhaité par l'auteur

¹⁰¹⁷ Il n'en est pas de même en ce qui concerne son héritier le lien entre l'héritier et l'œuvre n'étant plus intime. Pour une théorisation de la distinction, P. Gaudrat, *Encyclopédie Juris-Classeur Propriété littéraire et artistique*, Fasc. n°1210, Droits des auteurs, droits moraux, théorie générale du droit moral, 2001, spéc. n°61 et s.

¹⁰¹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 3 déc. 1991 : RIDA 3/1992, p.161 ; TA Grenoble, 18 fév. 1976 : RIDA, 1/1977, p.177 note A. Françon.

¹⁰¹⁹ Pour des exemples à propos d'œuvre architecturale : Cass. civ.1^{re}, 7 janv. 1992 : Bull. n°7 ; D. 1993, jur. p.533, note B. Edelman ; Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 2009 : CCE 2009, comm. n°75, note C. Caron. Pour un exemple à propos d'œuvres relevant des arts appliqués : CA Paris, 22 nov. 1983 : D. 1985, somm. p.56, obs. J.-J. Burst ; ou dans le domaine du marketing :TGI Nancy, 10 sept. 1998 : RIDA 1/1999, p.431.

¹⁰²⁰ A propos d'une fresque réalisée dans une chapelle et sans accord du propriétaire : CA Paris, 27 avr. 1934 : DH 1934, p.385.

¹⁰²¹ Pour une réflexion sur l'absence de droit à l'intangibilité de l'œuvre, M. Cornu, « L'espérance d'intangibilité dans la vie des oeuvres - Réflexions sur la longévité de certains biens », RTD civ.2000, p. 697 ; M. Cornu « L'accès aux archives et le droit d'auteur », RIDA 2003/3, p. 107. V. également M. Cornu, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, thèse, publiée sous le titre *Le droit culturel des biens*, Bruylant, 1997.

¹⁰²² CA Paris, 28 juill. 1932 : DP. 1934, II, p.139, note G. Lepointe. Pour une étude générale de la question, A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, , *Traité*, préc., n°489 ; V. également « en matières dramatique et musicale », P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, n°218.

ou l'absence de divulgation : le public n'a pas de droit à l'œuvre. On pourrait aussi pour cette raison étendre l'acception traditionnelle du droit à la paternité. Celui-ci est classiquement entendu positivement comme le droit de faire figurer son nom sur son œuvre et négativement comme le droit de ne pas faire figurer son nom sur son œuvre mais non comme le droit de refuser que son nom soit porté sur une œuvre non créée par l'auteur. Ceci se justifie dans la mesure où le droit moral est un attribut du droit de l'auteur sur son œuvre entendu juridiquement comme une œuvre individualisée et non comme l'ensemble de ses créations¹⁰²³. Néanmoins, si le droit moral permet avant tout la défense de la personnalité de l'auteur telle qu'elle s'est exprimée dans l'œuvre et donc n'est pas un droit de la personnalité à vocation générale comme le droit au nom, à l'honneur ou à la réputation, il défend aussi l'intérêt culturel. En cela, la contestation d'une paternité faussement attribuée peut relever du droit moral. Ici, deux conceptions du droit moral s'opposent et amènent une majorité de la doctrine à réduire le droit à la paternité à une relation stricte entre l'auteur et une œuvre par lui créée¹⁰²⁴ et n'accepter qu'un exercice du droit au nom ou du droit à l'honneur ou à la réputation. C'est néanmoins limiter les fonctions protectrices de l'auteur et de la culture qu'assume le droit moral et ne considérer la relation entre l'auteur et l'œuvre que dans le sens d'une marque de l'auteur sur l'œuvre, lui conférant ainsi un unilatéralisme sans doute excessif. Si, du fait de l'œuvre divulguée et attribuée à une personne, un lien est créé entre cette personne et cette œuvre, incorporant artificiellement la personnalité de l'auteur dans l'œuvre non du fait de la création mais du fait de l'exploitation sous le nom de la personne, cette personne non auteur doit avoir un droit à contester cette paternité.

b. Maîtrise souveraine des créations techniques

266. **Maîtrise de l'exploitation par le breveté.** En droit des brevets, la question se pose en des termes tout autres. D'abord, la propriété du breveté est presque uniquement centrée sur la dimension économique de l'invention, c'est-à-dire l'exploitation. Le titulaire du brevet dispose d'un droit exclusif d'exploitation. Le Code de la propriété intellectuelle présente le monopole avant tout comme un droit exclusif (article L.613-1) donc une interdiction *erga omnes* (article L.613-3). Dès lors que l'invention est protégée, sa fabrication, son utilisation et sa commercialisation sont interdites, sous réserve de l'accord du breveté. Le monopole est donc

¹⁰²³ Sur cette question de l'œuvre au pluriel, V. M. Guerrin, *Qu'est-ce qu'une œuvre ?*, préc. et H. Arendt, *Condition de l'homme moderne*, préc.

¹⁰²⁴ A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité*, préc., n°483 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, préc., n°214, notant toutefois que la jurisprudence accueille parfois favorablement des actions en contestation de paternité fondée sur le droit moral.

par essence l'organisation d'une réservation de jouissance au bénéfice exclusif du breveté. Pour faire respecter son monopole, le titulaire du brevet dispose de l'action en contrefaçon. Ainsi, il a réellement le pouvoir d'interdire. En effet, alors qu'en matière corporelle, le droit sur la chose est garanti par le caractère physique et surtout unitaire de la chose qui garantit l'unité du pouvoir de fait s'exerçant sur elle, en matière de forme, le pouvoir sur la chose n'est pas garanti par la corporéité. La chose est reproductible et peut faire l'objet de plusieurs pouvoirs de fait s'exerçant sur des supports différents d'une forme identique. Dès lors, l'exclusivité doit être garantie par un droit spécial, une interdiction faite à quiconque, sanctionnée par une action spéciale, l'action en contrefaçon.

267. **Absence de maîtrise de l'innovation.** Le brevet n'a pas vocation à freiner l'innovation mais au contraire à l'encourager. Il apparaissait donc nécessaire de permettre la recherche sur les inventions brevetées. De la même manière, les actes réalisés dans le cadre privé et à des fins non commerciales sont, comme en droit d'auteur, extérieurs au monopole. Il convient néanmoins de noter que la fabrication de l'invention dans une entreprise exclut le cadre privé. Dès lors, seule la finalité d'expérimentation pourra permettre d'échapper au monopole. Cette exception est dictée par les principes généraux de l'appropriation, et notamment l'intérêt du public à l'augmentation des connaissances techniques et leur diffusion. De plus, si l'expérimentation aboutissait à un perfectionnement, l'utilisation de ce perfectionnement serait soumise à autorisation puisque nécessitant conjointement l'utilisation de l'invention première. Le perfectionnement restera dans la dépendance de l'invention première. Néanmoins, cette dépendance reste limitée à la bonne foi du premier breveté. En effet, le breveté ne peut abuser de son droit d'interdire. La finalité du brevet, favoriser l'innovation, a conduit le législateur à instaurer un système de cessions forcées incitant le breveté à exploiter, d'une manière ou d'une autre, l'invention ou permettant à un tiers d'exploiter l'invention malgré son refus. En ce cas, une rémunération est néanmoins prévue pour le propriétaire du brevet.

268. **Droits au titre sur l'invention.** L'inventeur ou son employeur peut déposer le brevet (*usus*), refuser le dépôt de brevet, voire abandonner l'invention au domaine public, renonçant ainsi à toute exclusivité (*abusus*). Le droit au titre peut par ailleurs être cédé par l'inventeur ou son employeur. Quant à son droit au nom, l'inventeur peut en user ou y renoncer en l'abandonnant. Il y a donc une certaine maîtrise de l'inventeur sur l'invention, qui permet d'en faire un objet de brevet, c'est-à-dire l'objet d'une exclusivité juridique ou non, et de rattacher ou non l'invention à la personne de l'inventeur. Toutefois, cette maîtrise reste précaire. D'abord, elle n'existe que le temps du secret : la divulgation ou le dépôt de brevet par un autre inventeur entraînera la perte du droit de l'inventeur sur l'invention, excepté le droit de

possession personnelle antérieure. La maîtrise du droit au titre n'est pas ici souveraine mais limitée par le comportement des tiers. Seul le breveté dispose donc d'un véritable droit de propriété.

c. Une maîtrise de la destination

269. L'exclusivité dont bénéficient tant l'auteur que le breveté portant sur l'exploitation, la jouissance du droit suppose la mise en œuvre de cette exploitation soit directement par l'auteur et le breveté, soit par un tiers. Tant le contenu du droit que les contrats d'exploitation mettent en évidence l'importance du contrôle de la destination.

270. **Destination des œuvres de l'esprit.** En droit d'auteur, la doctrine du droit de destination met particulièrement en exergue le contrôle exercé par l'auteur sur l'exploitation de son œuvre. L'auteur détermine contractuellement le champ de l'exploitation autorisée en en définissant la destination et les modalités. La doctrine en déduit classiquement l'existence d'un droit de destination, droit permettant à l'auteur de contrôler l'utilisation des exemplaires et notamment les exploitations qu'ils permettent¹⁰²⁵. Selon le Professeur Pollaud-Dulian, « *il s'agit de savoir si l'auteur peut affecter une certaine vocation aux exemplaires de son œuvre (choix du public et des usages permis), de même qu'il a donné une certaine vocation à l'œuvre en la divulguant sous une forme déterminée* »¹⁰²⁶. En effet, « *les exemplaires, une fois mis dans le commerce, servent à l'usage pour lequel ils ont été fabriqués : le livre est lu, le disque écouté, etc. Le public jouit de l'œuvre. C'est la fin naturelle des exemplaires : permettre la communication de l'œuvre. Mais ils peuvent aussi faire l'objet d'autres utilisations qui constituent des exploitations secondaires. Elles modifient à la fois la communication et l'exploitation de l'œuvre prévues à l'origine : les exemplaires sont prêtés, loués ou utilisés comme instruments d'une représentation publique. Des tiers greffent alors leur activité sur celle de l'auteur. Ils tirent profit de l'exploitation de l'œuvre. L'auteur a vocation à participer à cette nouvelle forme d'exploitation. Comme la cession des exemplaires n'entraîne pas la cession de droits sur l'œuvre elle-même, l'auteur peut conserver un certain contrôle de leur destination, en imposant des restrictions à ces utilisations secondaires* »¹⁰²⁷. Le droit de destination a été consacré par la jurisprudence française lors de la campagne de la SACEM contre les discothèques¹⁰²⁸ : le droit de propriété de l'exemplaire (phonogramme) n'emporte aucun droit

¹⁰²⁵ V. en ce sens, F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, T. 205, 1989, préf. A. Françon (thèse).

¹⁰²⁶ F. Pollaud-Dulian, thèse préc., n°17.

¹⁰²⁷ F. Pollaud-Dulian, thèse préc., n°3.

¹⁰²⁸ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1988 : JCP 1988, II, 21120, note A. Françon ; Cass. civ. 1^{re}, 22 mars 1988 : Bull. n°88 ; V. le commentaire des deux affaires in RTDcom. 1988, p. 444, obs. A. Françon et F. Desurmont, « Le droit

à diffuser l'œuvre dans un lieu public. Plus récemment, la Cour de cassation a rappelé l'analyse à propos de jeux vidéographiques, sans nommer certes expressément la théorie¹⁰²⁹. Le résultat est toutefois le même puisque la cour admet que le droit de location relève du droit de reproduction, et donc du droit d'exploitation. L'attendu est presque ambigu¹⁰³⁰ : le droit de location à la fois « *procède de la faculté reconnue à l'auteur et à ses ayants droit de n'autoriser la reproduction de son œuvre qu'à des fins précises* » et « *constitue une prérogative du droit d'exploitation* ». Tout en reconnaissant que le droit de location relève de la maîtrise de la reproduction de l'œuvre, la Cour de cassation rattache le droit de location directement au droit d'exploitation. Est-ce finalement une consécration de la théorie du droit de destination ? Est-ce la condamnation du rattachement de l'exploitation en cause au droit de représentation qu'avancait la cour d'appel ? Est-ce un refus de rattacher le droit de location à l'un des deux attributs classiques, tout en admettant le média évident de l'exemplaire dans cette exploitation et le nécessaire contrôle du destin de cet exemplaire ? Le droit de destination est justifié par la conception synthétique des droits de reproduction et représentation. On pourrait remarquer toutefois que cette conception synthétique mettrait plutôt en exergue le droit de représentation, dont la définition large, « *droit de communication au public par un procédé quelconque* »¹⁰³¹ a vocation à accueillir tous les modes d'exploitation non expressément définis par ailleurs, comme le droit de reproduction, définie comme « *la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte* »¹⁰³². Ainsi, la communication au public d'une œuvre musicale dans une discothèque se fait *via* l'exemplaire mais constitue bien une communication directe au public, qui pourrait être comparée à la récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, présentation publique, de la projection publique ou transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée, visée à l'article L.122-2, 1° du Code de la propriété

de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires sur lesquels son œuvre se trouve reproduite », RIDA 4/1988, p. 3.

¹⁰²⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 27 avr. 2004 : CCE 2004, comm. n°84, note C. Caron et RTDCom 2004, p.484, obs. F. Pollaud-Dulian.

¹⁰³⁰ Il en est de même dans cet arrêt de la qualification du jeu vidéographique, la cour met en effet en exergue les spécifications externes, expressions télévisuelles et enchaînement des fonctionnalités, dont la cour d'appel a souverainement apprécié qu'elles étaient originales, pour finalement évoquer des logiciels originaux, comme si, après avoir établi que des éléments logiciels et non logiciels étaient originaux, elle optait néanmoins en définitive pour la qualification logicielle, qualification dont elle ne déduit pas l'application du régime du logiciel puisqu'elle se réfère ensuite, concernant le contenu du droit, au droit commun du droit d'auteur et pas au droit spécial du logiciel.

¹⁰³¹ CPI, art. L.122-2.

¹⁰³² CPI, art. L.122-3.

intellectuelle¹⁰³³. La comparaison est moins évidente pour le droit de location mais se justifie par la définition des attributs, notamment la définition légale de la reproduction, à moins d'admettre que seule la reproduction est définie, et non le droit de reproduction, auquel la jurisprudence donne un sens plus étendu que ne le suggère l'interprétation stricte des textes. Toutefois, l'article L.133-1 du Code de la propriété intellectuelle, qui consacre une licence légale au profit de l'auteur à propos du droit de prêt en bibliothèque, rattache clairement le contrôle de l'œuvre au droit de reproduction : dans le contrat d'édition, l'auteur doit délimiter la cession des droits et peut, à cette occasion, exclure certaines utilisations des exemplaires mais ne peut interdire le prêt d'exemplaires en bibliothèque. La cession du droit de reproduction par le contrat d'édition emporte autorisation de prêt en bibliothèque. Le droit de location devrait dès lors relever du même attribut. A moins que le droit de location et de prêt soit reconnu comme des attributs secondaires mais indépendants du droit de reproduction et de représentation, comme le suggère Mme Dussolier¹⁰³⁴. Mme Dussolier accuse ici réception du droit communautaire, qui ne consacre pas la conception synthétique du droit d'auteur. On peut noter toutefois avec elle que c'est justement cette conception synthétique qui a permis d'assurer le « vieillissement » du droit d'auteur en lui assurant une certaine adaptabilité, donc une longévité, allant jusqu'à relever le défi de l'introduction des nouvelles technologies. On peut plus douter de la pérennité du droit d'auteur communautaire. Le plus grand risque porté par la théorie du droit de destination est, selon Mme Dussolier, celui du contrôle des utilisations privées de l'œuvre. On notera toutefois que c'est moins le droit de destination que l'introduction des mesures techniques de protection, du triple test appliqué à l'exception de copie privée ou le développement de techniques permettant l'édition de supports non pérennes qui permettent cette immixtion dans la sphère privée. Si la cession du droit de reproduction n'emporte pas obligation de produire un exemplaire pérenne mais ne concerne que les fixations de l'œuvre, quels que soient le procédé et le support, alors la production d'exemplaires non pérennes, relevant pourtant clairement du droit de reproduction implique un contrôle de l'accès à l'œuvre par l'acheteur alors même que ce n'est pas le droit de destination qui est ici évoqué. Si l'approche analytique a du succès, c'est moins parce qu'elle préserve les droits du public, que parce que la conception extensive de la reproduction, détachée de la réalisation d'exemplaires et appliquée à toute fixation même technique, même accessoire à un processus de communication de l'œuvre, a conduit à une intrication des

¹⁰³³ V. en ce sens, P. Gaudrat, Rép. civil, Dalloz, « Propriété littéraire et artistique », Partie I, propriété des créateurs, préc., n°703

¹⁰³⁴ S. Dussolier, « Le droit de destination : une espèce franco-belge vouée à la disparition », *Propriétés intellectuelles*, 2006, n°20, p.281.

attributs principaux dans de nombreuses exploitations, notamment numériques. Mais c'est parce que l'on a admis l'exercice du droit de reproduction et du droit de représentation, là où il n'y avait qu'un seul acte d'exploitation¹⁰³⁵, et parce que certains procédés de communication permettent à la fois la communication directe et la reproduction (la télédiffusion par exemple permet à la fois la réception directe par le public et la réalisation d'exemplaires, par le public certes, mais fixation d'exemplaires néanmoins) que les deux attributs doivent être cédés, mêlant ainsi l'exercice des droits, là où initialement ils étaient distingués. La conception analytique serait peut-être simplificatrice pour la rédaction des contrats mais exigerait que le contenu du monopole soit constamment remis à jour pour définir l'étendue de chaque prérogative. Finalement, ne pourrait-on pas privilégier une conception synthétique, allant jusqu'à la reconnaissance d'un simple droit d'exploitation, chaque nouvelle exploitation, chaque nouvelle communication à un nouveau public relevant du monopole. L'analyse pourrait alors se centrer sur la détermination des actes d'émission en vue d'une réception, excluant ainsi tous les actes intermédiaires qui ne constituent ni une nouvelle émission permettant une nouvelle réception, mais définissant comme acte d'exploitation tous les actes qui, par une nouvelle émission, touche un nouveau marché¹⁰³⁶. Lorsque le Professeur Dockès évoque la destination au cœur du modèle propriétaire¹⁰³⁷, il évoque le contrôle des utilités du bien. Le droit de destination, tel qu'il est compris en droit d'auteur, est une modalité raffinée de ce contrôle de la destination. L'utilité – économique – de l'œuvre concerne les modes d'exploitation, le public visé, le marché visé. Quelle que soit la conception retenue, analytique ou synthétique, la doctrine s'accorde à reconnaître que l'auteur maîtrise les utilités de l'œuvre et doit pouvoir contrôler les exploitations de son œuvre, en les autorisant, ou, si exceptionnellement il ne peut les interdire, en y étant au moins associé. On remarque en effet que les licences légales ne permettent pas à l'auteur d'interdire certaines utilisations de l'œuvre. Toutefois, ces licences ne sont que la conséquence d'une autorisation de l'auteur : le droit de prêt en bibliothèque est la conséquence de l'autorisation d'exploiter donnée lors du contrat d'édition ; le droit d'utilisation à des fins d'enseignement et de recherche est la conséquence de la divulgation et de l'exploitation précédant cette utilisation. Une œuvre non divulguée ne pourrait faire l'objet de ces licences. Même les licences légales relèvent donc d'une certaine maîtrise de l'auteur sur son œuvre, simplement l'exercice de certaines prérogatives comprend

¹⁰³⁵ Quitte à admettre ensuite une exception. Pour une critique, V. P. Gaudrat, Rép. civ. dalloz, « propriété littéraire et artistique, 1^o propriété des créateurs », préc., n°704 et s.

¹⁰³⁶ V. P. Gaudrat, *ibidem* et n°343 et s.

¹⁰³⁷ Cf. *supra* n°238.

automatiquement l'autorisation de certaines utilisations. Il s'agit moins d'une réduction de la maîtrise de l'auteur que d'une définition des modes d'exploitation.

271. **Maîtrise de la destination des créations techniques.** En droit des brevets, l'analyse est des plus classiques : le breveté bénéficie du droit exclusif de fabriquer ou faire fabriquer l'invention, de la mettre dans le commerce, de l'importer et de l'utiliser lorsqu'il s'agit d'une invention de procédé. Contractuellement, le breveté détermine quelles utilités de l'invention il va exploiter. Le breveté contribue, par ailleurs, à définir en partie les utilités de l'invention. D'une part, il définit ces utilités spatialement en déterminant le champ géographique de l'exclusivité, selon les pays pour lesquels il dépose le brevet. D'autre part, il définit techniquement les utilités de l'invention qu'il se réserve par les revendications. Si d'autres utilités techniques du produit breveté sont mises en évidence par la suite, le breveté ne pourra en revendiquer la propriété. Les revendications fixent les limites du bien (le brevet) et donc l'étendue du pouvoir propriétaire du breveté. Ici les utilités du bien sont donc moins définies *in abstracto* par le droit des brevets qu'*in concreto* par le titre accordé au breveté. Le titulaire détermine donc la destination de son bien, avant même la reconnaissance de sa propriété¹⁰³⁸, en déterminant lui-même les limites de sa propriété¹⁰³⁹. Ensuite, le breveté détermine les conditions d'exploitation de l'invention en organisant l'exploitation (cessions de brevet, octroi de licences, « découpage » de l'exploitation entre différents partenaires commerciaux qui développeront des produits distincts ou des marchés distincts). Enfin, si certaines utilités du droit sont spécialement définies¹⁰⁴⁰, si le propriétaire peut se voir imposer une licence d'office ou une licence de dépendance, dans certaines hypothèses, ces dispositions ne remettent pas en

¹⁰³⁸ Comp. en droit des marques, la demande d'enregistrement dans laquelle doivent être indiqués les secteurs d'exploitation de la marque (catégories de produits et services, ainsi que les classes correspondantes : CPI, art. R.712-3, 1°, c).

¹⁰³⁹ V. aussi les nouvelles pratiques des universités américaines citées in F. Bellivier et C. Noiville, *Contrats et vivant*, préc., n°262 et s., réglementant contractuellement les politiques en matière de propriété industrielle afin de protéger les créations des chercheurs pour garantir l'exercice et la liberté de la recherche par la mutualisation des ressources et des résultats. Sont déterminées « trois séries de règles de titularité et d'exploitation des résultats » : 1°), les « connaissances fondamentales » sont placées dans le domaine public ; 2°) les « résultats génériques » sont la propriété des organismes publics de recherche (n°264 : « l'enjeu de ce type de clauses est grand car bien que non valorisables à court terme, ces brevets sont à la fois essentiels à la recherche et susceptibles de déboucher sur une large gamme d'applications ») ; 3°) tous les résultats bénéficient de « la règle de l'accès garanti » (au sein du groupement de partenaires, chacun peut prendre connaissance des données issues des travaux des autres et les utiliser librement et gratuitement, si une valorisation est envisagée et nécessite la négociation d'une licence d'exploitation auprès d'un partenaire du groupement, les partenaires se garantissent entre eux par avance l'octroi de cette licence).

¹⁰⁴⁰ Par exemple, la mise de l'invention sur le marché conduit à l'épuisement du droit, la vente d'un exemplaire d'une invention de produit implique le droit de l'utiliser conformément à sa destination, le breveté ne peut interdire ni les actes non commerciaux, ni les actes accomplis à des fins expérimentales.

cause la maîtrise souveraine du breveté dans la mesure où la propriété est moins un droit absolu qu'un droit qui n'est pas, contrairement aux droits réels, défini par le droit qu'il confère sur la chose mais par le fait qu'il confère une maîtrise complète, hors les utilités exclues par les règlements ou l'usage, ce qui est le cas du droit d'auteur et du droit de brevet qui confèrent la maîtrise de l'exploitation à leurs titulaires, ceux-ci restant libres de l'organiser.

B. Maîtrise des fruits du travail

272. L'appropriation du travail ne peut être que médiate. La souveraineté s'exprime pleinement sur des objets clairement identifiés : tel est le cas des fruits corporels du travail puisque la matière dans laquelle s'est incorporé le travail sert de support à la capitalisation, tel est aussi le cas des fonds et des titres. D'autres ont un statut encore inachevé, apparaissant souvent comme transitoire et allant dans le sens de la maîtrise souveraine : tel est le cas de l'information, de l'innovation dont la réservation reste factuelle, même lorsqu'elle est organisée contractuellement, ce qui rend difficile la qualification de réservation propriétaire ; tel est le cas des fruits du travail inhérents à la personne du travailleur, qui toutefois s'approchent de plus en plus de la réservation propriétaire et pour lesquels c'est surtout le régime qui est encore à définir. Il semble que la possibilité ou non d'une maîtrise matérielle de l'objet de droit puisse faciliter la qualification. Pour ces biens nouveaux, la maîtrise de fait et l'absence d'ubiquité facilitent la qualification de propriété. La reconnaissance d'un régime juridique propriétaire est finalement facilitée dès lors que le régime juridique du bien consiste en l'organisation de la réservation de jouissance par la maîtrise des utilités, notamment par la possession, si ce n'est matérielle du moins juridique de l'objet, la possession restant la première manifestation de la puissance propriétaire.

273. **Maîtrise certaine des fruits corporels du travail.** Les produits corporels, les fonds, les titres (actions ou parts sociales, les marques déposées, le nom commercial¹⁰⁴¹), sont soumis à une maîtrise souveraine : ils présentent diverses utilités dont le propriétaire peut jouir à sa guise ; il est le seul maître de la manière de valoriser son droit. Ainsi, le propriétaire du fruit corporel du travail peut vendre le bien et obtenir par le prix de vente la rémunération de la plus-value engendrée par son travail. Il peut aussi le garder pour le consommer ou l'utiliser lui-même, pour son usage personnel ou pour un usage professionnel. Ainsi, l'agriculteur peut vendre ses récoltes, les consommer, les réensemencer, les transformer pour vendre un produit

¹⁰⁴¹ Cass. com., 12 mars 1985, affaire Bordas : Bull. n°85.

amélioré. De même, l'artisan peut vendre le produit fini, le consommer ou en user, l'exposer dans sa boutique pour attirer le chaland.

274. **Maîtrise certaine des fruits du travail incorporés.** Aux fruits corporels du travail, sont classiquement opposés les fruits incorporels. On pourrait également évoquer les fruits incorporés, c'est-à-dire ceux pour lesquels la plus-value issue du travail s'est incorporée au sein d'un autre bien : tel est le cas des fonds, fonds de commerce, fonds libéraux, fonds agricoles, ou plus généralement de l'appropriation du travail via l'entreprise, qu'elle prenne la forme d'un fonds ou d'une société, ou la spécification. Le commerçant, le médecin ou l'avocat peuvent exploiter par eux-mêmes leurs fonds¹⁰⁴², profitant ainsi de son utilité matérielle ou le vendre, afin de percevoir la plus-value ainsi capitalisée. L'associé fondateur peut procéder à des augmentations de capital ou céder ses parts sociales. Celui qui a capitalisé son travail grâce à sa renommée, via une dénomination sociale, une enseigne ou une marque peut continuer de les exploiter ou les céder. La vente, l'usage ou la consommation ne sont pas pour autant les seuls moyens de profiter de la plus-value engendrée par le travail. Le propriétaire de ces fruits du travail peut aussi louer la chose¹⁰⁴³ ou profiter de son crédit en la donnant en gage¹⁰⁴⁴. Lui seul peut décider quelle utilité il favorise. Il a de la chose une maîtrise souveraine puisqu'il a vocation à jouir exclusivement des utilités que présente la chose et déterminer la destination de son bien.

275. **Affermissement de la maîtrise des fruits incorporels du travail.** Si la personne a opéré un détachement entre elle et un élément de sa personnalité, notamment son nom patronymique ou de famille, en le déposant à titre de marque, en l'enregistrant au titre de raison sociale de la société qu'elle a créée ou en l'employant comme nom commercial, ce qui en fait un élément du fonds de commerce, le nom patronymique ou de famille s'est détaché pour devenir un signe, un bien ou un élément d'un bien, susceptible de faire l'objet d'une maîtrise souveraine : le titulaire du droit de marque bénéficie d'une exclusivité de jouissance sur la marque, peut l'exploiter ou l'abandonner ; le nom commercial fait l'objet d'une maîtrise à travers le fonds de commerce dont il est un élément. Le droit sur l'image et le droit sur la

¹⁰⁴² Le commerçant peut mettre son fonds de commerce en location-gérance, procéder à un nantissement. Grâce au raffinement de son régime juridique, le fonds de commerce présente des utilités tout aussi intéressantes qu'un bien corporel.

¹⁰⁴³ Sont ainsi possibles la location des parts sociales, la location-gérance du fonds de commerce, etc.

¹⁰⁴⁴ Le nantissement des fonds, des marques et autres objets de propriété incorporelle est nécessairement sans dépossession : ces propriétés ne sont pas des propriétés oisives, leur valeur dépend de l'exploitation, le propriétaire comme le créancier gagiste ont intérêt à la poursuite de l'exploitation. Le développement des gages sans dépossession des choses corporelles dans le cadre professionnel poursuit ce même objectif.

renommée font l'objet d'une maîtrise exclusive de plus en plus accrue : une personne célèbre peut notamment « user » personnellement de son image ou de sa renommée ou en confier l'exploitation à un tiers. La personne célèbre exerce l'*usus* portant sur son image ou sa renommée lorsqu'elle l'invoque pour augmenter la valeur de son propre travail (la notoriété déjà acquise d'un artiste-interprète par exemple lui permet de négocier un cachet plus important ; c'est en effet non seulement sur le talent mais aussi sur la renommée de l'acteur que le producteur investit). Elle exerce le *fructus* lorsqu'elle loue son image ou sa renommée à des fins publicitaires. La personne célèbre peut conférer des licences d'exploitation de son image ou de sa renommée, partageant ainsi l'exclusivité dont elle bénéficie sur cette image et sa renommée, parce qu'elle en a la maîtrise¹⁰⁴⁵. Elle maîtrise notamment la destination de cette exploitation. On remarquera certes que la maîtrise de l'image est limitée en cas d'exploitation à des fins d'information. Lorsque le public a en effet intérêt à la divulgation de l'information, l'image peut être publiée sans le consentement de la personne célèbre¹⁰⁴⁶. On remarquera toutefois qu'il existe des exceptions notables, les personnes célèbres dont le comportement atteste qu'elles protègent leur vie privée¹⁰⁴⁷, celles qui prêtent une attention certaine à l'image

¹⁰⁴⁵ David Lefranc évoque à ce propos l'existence de « *licences de rattachement* », permettant au licencié de « *s'associer[r] à la renommée du concédant pour accroître la sienne* » : D. Lefranc, *La renommée en droit privé*, Defrénois, 2004, coll. Doctorat et notariat, T.8, Préf. H.-J. Lucas, préc., n°404, à distinguer des licences dites « *d'intégration* » et des « *cessions de renommée* » étudiées également par l'auteur.

¹⁰⁴⁶ La Cour de cassation considère ainsi qu'une rupture conjugale peut être un fait public et que l'indication du lieu de résidence de l'épouse et de la rencontre des époux en cours de séparation dans un restaurant sont des faits anodins et que les personnes ne sauraient être protégées au titre du droit au respect de la vie privée contre ces divulgations : Cass. civ. 1^{re}, 3 avr. 2002 : Bull. n°110. La Cour de cassation invite les juges du fond à déterminer l'équilibre nécessaire entre droit du public à l'information et respect de la vie privée : Cass. civ. 1^{re}, 16 mai 2006 : Bull. n°247 ; D. 2006, pan. p. 2707, obs. C. Bigot ; considérant que la cour d'appel « *a mis en oeuvre la recherche d'équilibre qu'il lui incombait de mener entre la liberté d'expression ou d'information et le respect dû à la vie privée dont toute personne peut se prévaloir ; que les moyens tirés d'une violation des articles 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et 9 et 1382 du Code civil ne sont donc pas fondés* ». Pour une illustration excluant l'intérêt du public à l'accès à des informations relatives à la vie familiale d'une personne, malgré l'existence de poursuites judiciaires à son encontre ainsi qu'à l'accès à des photographies prises dans un contexte familial, Cass. civ.1^{re}, 12 juill. 2005 : Bull. n°330 ; D. 2005, pan. P. 2646, obs. C. Bigot. V. au contraire l'arrêt du même jour excluant au contraire la protection des prévenus par l'article 9 du Code civil contre la révélation de leurs fonctions et responsabilités au titre de leur appartenance à un organisme politique, religieux ou philosophique : Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 2005 : Bull. n°329.

¹⁰⁴⁷ Ainsi, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a-t-elle reconnu que le droit à l'information doit céder devant le droit à la protection effective de la vie privée dont bénéficie toute personne, y compris les personnes célèbres : l'intérêt que le public peut porter à la façon dont se comportent les personnalités connues dans leur vie privée et l'intérêt commercial de publications à ce sujet ne justifient pas l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée : Cr EDH, 24 juin 2004 : D. 2005, p. 340, note J.-L. Halpérin ; CCE 2004, comm. n°147, note A. Lepage ; RTDciv. 2004, p. 802, obs. J.-P. Marguénaud. En revanche, les personnes publiques (notamment les hommes politiques, et particulièrement ceux exerçant des responsabilités publiques) ne sont pas protégées concernant des éléments intéressant leur vie publique ou leurs responsabilités publiques, y compris quant à la diffusion de leur image ou d'informations touchant par exemple la nature de leur patrimoine : Cr EDH, sect. III, 26 fév. 2002, Krone Verlag c/ Austria : req.

qu'elles présentent au public¹⁰⁴⁸ ou qui l'exploitent commercialement¹⁰⁴⁹. L'assertion selon laquelle les personnes, confrontées au droit du public à l'information, ne maîtrisent plus l'exploitation de son image, concerne donc moins des personnes qui exploitent réellement leur image ou dont la renommée est due à leur activité professionnelle que des personnes dont la célébrité émane de leurs fonctions de représentation (chefs d'État, membres de familles royales¹⁰⁵⁰), qui sont liées à un événement d'actualité (notamment en cas d'action pénale¹⁰⁵¹, peu important alors la préexistence ou non de leur notoriété). La jurisprudence respecte le choix de la personne célèbre qui cherche à protéger son image et préserver l'intimité de sa vie privée. Elle est beaucoup plus laxiste envers les personnes qui confondent aisément leur vie privée et leur vie publique¹⁰⁵². L'image et la renommée peuvent être exploitées à des fins publicitaires. Pour être valable, le contrat de représentation doit être limité, notamment en ce qui concerne la destination. La personne maîtrise donc la destination. C'est bien une maîtrise souveraine.

n°34315. La jurisprudence française semble procéder aux mêmes arbitrages en définissant toutefois plus largement la notion d'intérêt du public à l'information : pour des exemples : Cass. civ. 1^{re}, 23 avr. 2003 : Bull. n°98 ; D. 2003, p. 1864, note C. Bigot ; Cass. civ. 1^{re}, 16 mai 2006 : Bull. n°247, approuvant la cour d'appel d'avoir considéré qu'il était légitime qu'un organe de presse puisse divulguer des informations relatives à l'état de santé d'un comédien célèbre mais cassant l'arrêt en ce qu'il contestait à l'organe de presse le droit de diffuser des photographies pour illustrer l'événement et notamment en ce que la cour d'appel n'avait pas distinguer entre les images représentant le comédien seul étendu dans un brancard et celles où il était accompagné de ses petits-enfants. V. aussi protégeant la vie privée des enfants des personnes publiques ou célèbres : Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 2005 : Bull. n°330 ; ; Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 2006 : Bull. n°401.

¹⁰⁴⁸ CA Paris, 14 janv. 2004 : CCE 2004, comm. n°87, note C. Caron ; JCP E 2005, p. 1216, n°10, obs. A. Couillaud..

¹⁰⁴⁹ CA Paris, 8 nov. 1999 : Gaz. Pal. 2000, I, somm. p. 1389, obs. I. Saya-Salvador.

¹⁰⁵⁰ Cour EDH, sect. III, 26 fév. 2002, Krone Verlag c. Austria, req. n°31315, préc. ; Cass. civ. 2^e, 19 fév. 2004 : Bull. n°72.

¹⁰⁵¹ Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 2001 : Bull. n°222 ; D. 2002, p.1380, note C. Bigot ; Cass. civ. 2^e, 29 avr. 2004 : Bull. n°201 ; Cass. civ. 2^e, 25 nov. 2004 : Bull. n°504.

¹⁰⁵² Ou qui ont déjà publié ou laissé publier les informations antérieurement. Pour illustration (et condamnation de la France) : Cour EDH, sect. V, 23 juill. 2009, Hachette Filipacchi c. France : req. n°12268/03 (affaire Johnny Halliday), spéc. n°52 et s. On notera que la cour considère que la prodigalité de la personne et les éléments relatifs à sa situation financière ne sont pas en soi des éléments relevant de la vie privée. On peut toutefois s'interroger sur la notion de droit du public à ces informations, notamment lorsqu'il s'agit de la grossesse de personne célèbre. Quand bien même la maternité est physiquement visible, le public a-t-il vraiment un intérêt supérieur à connaître de la maternité et de la paternité des personnes célèbres ? Le fait de se promener sur la voie publique constitue-t-il une divulgation d'informations susceptible de constituer une antériorité ? On ne peut pas empêcher les femmes enceintes de se promener sur la voie publique, ni même d'accéder à un événement sportif, même international... Si l'on comprend que le comportement des personnes publiques elles-mêmes doit être pris en considération, on peut se demander si la qualification d'informations ne relevant pas de la vie privée ou présentant un caractère anodin n'est pas parfois trop souple.

276. **Maîtrise insuffisante des fruits intellectuels du travail : exemple de l'information.** L'information est un objet de droit : elle peut être objet de contrat. L'obtention de l'information peut donner lieu à contrepartie financière, voire à indemnisation¹⁰⁵³. Pour autant, l'information fait-elle l'objet d'une maîtrise souveraine ? On a vu déjà que l'exclusivité dont bénéficie le réservataire de l'information, notamment quand il s'agit d'un savoir-faire, dépend plus du fait que du droit¹⁰⁵⁴. L'information ne fait pas l'objet d'une maîtrise juridique : celui qui « possède » l'information ne peut par principe exclure les autres de l'exploitation ou de l'utilisation de l'information tant qu'ils en ont connaissance légitimement. La maîtrise de fait n'est pas significative de propriété. Elle ne l'est que lorsque la maîtrise de fait constitue un *corpus* possessoire et qu'elle est réalisée *animo domini*. Or l'information est, comme les formes, dotée d'ubiquité. Deux personnes peuvent disposer de l'information concomitamment. L'information ne peut faire l'objet d'un *corpus* possessoire : soit l'information est tenue secrète, la condition de publicité de la possession fait alors défaut ; soit l'information est partagée, il n'y a plus d'exclusivité. La « possession » de l'information au sens juridique du terme est donc impossible. Le droit ne confère pas d'exclusivité sur l'information mais sur les formes présentant, divulguant ou mettant en œuvre des informations¹⁰⁵⁵. Enfin, c'est par le seul contrat que les conditions du partage de l'information peuvent être déterminées. Ce contrat peut conférer un droit personnel à l'information au créancier de l'obligation d'information¹⁰⁵⁶ mais pas un droit sur l'information. Même lorsque l'information est le fruit d'un travail (investigation, recherche, constitution d'un fichier client), le travailleur n'a pas vocation à la propriété, sauf incorporation de l'information dans un objet protégé par la propriété intellectuelle, tel une base de données. Encore que la définition par la cour de Justice des Communautés Européennes de l'investissement substantiel conduise à limiter le champ de cette protection indirecte : le droit *sui generis* portant sur les bases de données ne peut servir à protéger que les informations que le producteur a réellement acquises et non celles qu'il a lui-même créées¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵³ Cf. supra n°98 et 99.

¹⁰⁵⁴ Cf. supra, n°98.

¹⁰⁵⁵ Œuvres de l'esprit, bases de données, logiciel ou invention.

¹⁰⁵⁶ Créancier du contrat de communication de savoir-faire, cf. supra n°98; employeur en cas de clause d'information, cf. supra n°99.

¹⁰⁵⁷ CJCE, 9 nov. 2004 : CCE 2005, comm. n°2, note C. Caron ; Propr. Ind. 2005, comm. n°7, note P. Kamina ; JCP 2005, p. 1216, n°14 obs. F. Sardain ; RTDcom. 2005, p.90, note F. Pollaud-Dulian. V. aussi à propos de ces affaires, M. Vivant, « L'investissement, rien que l'investissement », RDLI 2005, n°3, p.41.

277. **Rôle cardinal de l'exploitation.** Les fruits du travail, aussi variés soient-ils, mettent en exergue l'exploitation et confèrent à celle-ci un rôle essentiel dans la valorisation de la propriété. L'exploitation a une incidence sur la propriété des fruits du travail : soit en tant que condition d'existence de la propriété, soit en ce qu'elle implique un régime spécifique de propriété, soit en ce qu'elle a une incidence essentielle sur la valeur du bien. L'exploitation pourrait même aller jusqu'à remplacer la possession, surtout lorsque celle-ci est matériellement impossible du fait de l'ubiquité de l'objet (forme ou signe notamment), en ce qu'elle pourrait constituer dans le même temps un indice essentiel de la propriété et un mode de jouissance paisible du bien à garantir. Dès lors, les régimes se construisent, s'affinent pour mettre en œuvre, garantir, favoriser et sécuriser cette exploitation. Dans différents champs du droit, des régimes, susceptibles d'être qualifiés de propriétaires se développent. Sans être sclérosé par le ou plutôt les modèles que propose le droit de la propriété intellectuelle, le droit applicable aux fruits du travail peut parfois être utilement comparé aux régimes applicables aux créations, notamment en ce que ces droits sont des droits tournés vers l'exploitation. Ces propriétés ont en effet des points communs, notamment celui de ne pas être « oisives », pour reprendre le Doyen Carbonnier¹⁰⁵⁸, ce que Roubier appelait, lui, des « droits de clientèle »¹⁰⁵⁹. Le Doyen Ripert présentait déjà clairement l'importance de l'exploitation pour le droit de propriété : « *Peut-on en présence de tant de formes nouvelles parler encore du droit de propriété ? N'est-il pas plus juste de dire, en usant du pluriel, les propriétés, tant elles sont différentes les unes des autres ? (...) meubles et immeubles ce sont des catégories juridiques simplifiées. Les expressions ne désignent pas nécessairement des biens matériels concrets. Ces catégories sont d'ailleurs très larges ; elles ne sont caractérisées que par la valeur des biens et par la faculté de déplacement. Tout change quand il s'agit des propriétés nouvelles qui consistent dans un monopole d'exploitation ou dans un droit de clientèle. La notion qui vient au premier rang n'est plus celle de possession d'une chose, c'est l'exploitation d'une activité. Les choses matérielles ne sont que les moyens d'exploiter et, si le titulaire cesse de travailler, le droit perd toute valeur. Dans ces formes de propriété, le droit naît du travail et disparaît si l'exploitation n'est pas poursuivie. L'exclusivisme n'existe que dans la mesure où il est indispensable pour que le droit ait une valeur économique. On est amené alors à se demander si dans la propriété des biens corporels une semblable considération ne devrait pas faire monter au premier rang la notion de l'exploitation* ». Et de constater que « *la justification de la possession exclusive [des biens corporels] doit être cherchée dans l'avantage de l'exploitation privée* »¹⁰⁶⁰. De la même manière, le Professeur Zenati, lorsqu'il définit les pouvoirs du propriétaire, même s'il entend la propriété dans un sens

¹⁰⁵⁸ J. Carbonnier, *Droit civil*, T.3 Les biens, PUF, 1990, n°250.

¹⁰⁵⁹ P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., spéc. n°41.

¹⁰⁶⁰ G. Ripert, préc., n°84

synthétique large dépassant les spécificités de régime des diverses propriétés, met en évidence la jouissance et la disposition, pouvoirs qui permettent l'exploitation du bien, pouvoirs qui permettent d'en tirer les utilités souhaitées par le propriétaire¹⁰⁶¹. D'ailleurs, l'exploitation peut avoir une incidence sur les biens corporels eux-mêmes, notamment en ce qui concerne la valeur de ces biens : le travail augmente la valeur de la matière en s'y incorporant. Dès lors, l'exploitation (qui en soit est un travail) augmente la valeur du bien et ne peut être neutre quant à la propriété : le travail induit l'appropriation : la modification de la substance de la chose implique un rapport juridique. Pour illustration, le Professeur Catala notait ainsi l'importance de la maîtrise de l'exploitation qui assure une meilleure valorisation du capital immobilier corporel : les revenus ruraux sont plus importants « *dans le cas d'un faire-valoir direct, même avec l'intermédiaire d'un régisseur* » que « *lorsque l'exploitation est assurée par la voie du fermage ou du métayage* » car « *pour un capital immobilier donné, la part de rémunération destinée à l'exploitation se développe plus favorablement que la part faite au capital* »¹⁰⁶². C'est que le travail augmente la valeur du capital et que la matière première est plus facilement substituée que l'objet transformé. Le travail, la transformation, l'exploitation ont donc un rôle essentiel à jouer pour la reconnaissance d'un droit de propriété sur des objets dont la nature juridique pose ou a pu poser questions. L'exploitation est tellement fondamentale qu'elle peut être constitutive de droits en ce qu'elle fait courir la prescription acquisitive et que la non exploitation du bien peut être la cause de la déchéance des droits, en tout cas d'une prescription extinctive ou d'une dévalorisation du droit. En matière de baux ruraux, la faveur a longtemps été à celui qui exploite la terre¹⁰⁶³. Le propriétaire qui s'en détourne, qui la délaisse et la laisse improductive,

¹⁰⁶¹ F. Zenati, thèse préc.

¹⁰⁶² P. Catala, « La transformation du patrimoine en droit civil moderne », RTDciv. 1966, p.185, n°13.

¹⁰⁶³ Droit au renouvellement du bail, droit de préemption du preneur, indemnités de sortie en cas de résiliation, statut protecteur des baux à long terme, bail emphytéotique, etc. Pour une présentation synthétique : M.-O. Cain, *Le droit rural, l'exploitant agricole et les terres*, Litec, 2^e éd., 2008. V. dès l'adoption de l'ordonnance du 17 octobre 1945, G. Ripert, « le statut du fermage. Du droit contractuel au droit de l'entreprise », D. 1946, chro. p.1 : « *cette victoire des fermiers est bien dans la ligne générale de notre législation démocratique qui veut assurer la prédominance de l'élément travail sur l'élément capital. (...) En 1945, le droit du fermier se dresse de toute sa force, sans autre justification que l'utilité de l'exploitation ; il pèse sur la propriété, il a un caractère réel. Il tend à faire reparaître la division ancienne du domaine de propriété en domaine éminent et en domaine utile (...). Je veux seulement essayer de marquer le sens profond de cette ordonnance en montrant ce qu'elle détruit dans le droit contractuel, ce qu'elle crée dans le droit de l'entreprise. (...) La propriété culturale, au contraire, est le droit de conserver la jouissance de la terre. Ce droit n'est pas une propriété mais il est, comme le droit de propriété, un droit privatif portant sur l'exploitation d'un bien* » ; et H. Desbois, « Commentaire de la loi n°46-682 du 13 avril 1946 », D. 1946, lég. p.277 : « *les retouches qu'elle a apportées sont à l'avantage des preneurs, et certaines, d'un point de vue social, paraîtront téméraires (...) La loi nouvelle tend à accroître la stabilité des exploitants et, par là même, à accentuer les traits du domaine utile, qui s'édifie aux dépens du domaine éminent, de la propriété rurale* ». V. enfin R. Savatier, « La nature juridique et les caractères nouveaux du droit à un bail rural », D. 1946, chro. p.41, notant que les droits accordés au preneur sont tels que le « *droit au bail d'un domaine rural* » démontre le « *vieillessement* » de la distinction des droits réels et droits personnels et s'appuyant

perd son droit vis-à-vis de celui qui l'exploite. En matière agricole, l'instauration des droits à paiement unique a conduit à créer un objet de droit, un titre relatif à l'exploitation du sol susceptible d'être exploité indépendamment du sort du sol qui a généré le droit au titre. On notera toutefois que c'est fort justement la réalité de l'exploitation matérielle du sol qui guide le droit à la valorisation économique de cette exploitation : c'est l'exploitant qui est titulaire (propriétaire ou locataire) des droits à paiement unique. Il peut les valoriser, notamment en les cédant à un tiers ; les droits à paiement unique se transférant notamment sans transfert du droit à exploiter le sol qui les a générés et pour conférer au tiers un droit à paiement supplémentaire qui lui permettra de valoriser l'exploitation d'un sol jusque là exploité sans attribution corollaire d'un droit à paiement unique. Autrement dit, le droit à paiement unique, utilité particulière du sol, en matière rurale, née du fait de l'exploitation d'un sol, est un bien qui peut exister après sa création en dehors de l'utilité que constitue l'exploitation du sol qui en a été le fait générateur, mais dont la valorisation est dépendante d'un support foncier, c'est-à-dire de l'exploitation d'un sol¹⁰⁶⁴. Comme la possession et la prescription, le bail et l'usufruit des choses corporelles ou incorporelles mettent en évidence la notion d'exploitation, qui a

notamment pour cela sur la maîtrise de la destination de la chose et l'inscription du droit dans la durée, un temps quasi perpétuel : *« si ce droit était classé comme simple créance, c'était parce qu'il ne frappait pas immédiatement la chose louée, à laquelle il ne pouvait toucher que par l'intermédiaire du bailleur, et pendant un temps limité. C'est aussi parce qu'il n'était opposable qu'au bailleur et non aux tiers. Dans quelle mesure peut-on maintenir aujourd'hui de telles affirmations ? Pourquoi le droit au bail n'était pas considéré comme frappant immédiatement la chose louée ? C'était, avons-nous montré, par respect des prérogatives du propriétaire, lequel restait maître de la chose en devenant seulement débiteur de sa jouissance. Et le maintien de cette maîtrise s'attestait principalement dans la destination qui, donnée par le propriétaire de la chose, ne pouvait être changée par le preneur à bail (art. 1728 et 1766 c. civ.). Or un art. 25 quater, inséré dans le statut des baux ruraux par la loi du 13 avr. 1946, déclare que (...) le preneur est maintenant admis à modifier l'état des lieux loués en vue d'améliorer les conditions de l'exploitation. Qu'est-ce à dire, sinon qu'il peut, sous réserve d'une simple autorisation du juge de paix, transformer l'exploitation, en changeant la destination respective de ses éléments réels, pourvu que tel soit l'intérêt général. A la maîtrise du propriétaire, l'intérêt social substitue sur la chose, dans une large mesure, celle du preneur à bail. Celui-ci peut même, précise le texte, faire disparaître les haies, talus, et jusqu'aux arbres qui morcelaient le domaine. (...) se manifeste un second acheminement des droits du preneur vers la notion de droit réel : sans doute, le bail reste fait au preneur pour une durée théoriquement limitée. Mais il a droit au renouvellement de ce bail, et cela, indéfiniment, alors du moins que le bailleur n'est pas prêt à s'installer à sa place pour habiter et cultiver le domaine. Sous cette réserve, le droit au bail, d'essentiellement temporaire qu'il était, prend place, pour le preneur et ses descendants, parmi les droits perpétuels. »*

¹⁰⁶⁴ V. *Memento pratique* F. Lefebvre *Agriculture*, 2011-2012, n°81413, à propos de la nature juridique des DPU, les qualifiant de « droits réels mobiliers incorporels » ; n°81410, rappelant que coexistent désormais deux catégories de propriétaires de DPU : « les agriculteurs en place attributaires ou acquéreurs de DPU [et] les anciens agriculteurs qui peuvent être bailleurs de DPU » et que seuls les agriculteurs en place, qu'ils soient propriétaires ou locataires de DPU peuvent en obtenir le paiement ; n°81415 à propos des cessions des DPU, indiquant qu'« un agriculteur fermier des terres qu'il exploite et propriétaire de ses DPU ne pourra qu'opérer une cession définitive » : autrement dit, s'il n'est ni propriétaire du sol, ni l'exploitant du sol, le propriétaire des DPU ne peut les conserver et doit procéder à la cession définitive de ses DPU s'il renonce à exploiter les terres. Il ne peut conserver la propriété des DPU. Seul le propriétaire du sol peut donc louer les terres et les DPU corrélatifs et conserver la propriété de ces deux objets de droit distincts mais au sort si liés.

pour nécessaire corollaire la maîtrise de la destination de la chose. En ce sens, propriétés des fruits du travail et créations se rejoignent.

CONCLUSION

278. Ce premier chapitre avait vocation à déterminer si les droits portant sur les fruits du travail et de la création pouvaient être qualifiés de droit de propriété. Pour procéder aux opérations de qualification, le premier obstacle à surmonter a consisté à définir le « droit de propriété ». Or à la lecture de la doctrine, il appert qu'une telle définition n'est pas évidente. La doctrine est plurielle et la définition de la propriété ne laisse pas les commentateurs. Comme la notion de bien d'ailleurs, l'une n'allant pas sans l'autre.

279. La propriété peut certes être définie à partir de l'article 544 du Code civil comme le droit de disposer et de jouir des utilités des biens, dans les limites de la loi et des usages. Mais la doctrine se divise ensuite sur la qualification de ce droit. Pour présenter les théories de la propriété de manière schématique et très réductrice, disons que la doctrine classique qualifie le droit de propriété de droit patrimonial, par opposition aux droits extrapatrimoniaux ; de droit réel, par opposition aux droits personnels ; et de droit complet, par opposition à l'usufruit ou la servitude. Au contraire, une autre partie de la doctrine conteste la qualification de droit réel, considérant que les droits, y compris les droits personnels, voire les droits extrapatrimoniaux peuvent également faire l'objet d'une propriété. La propriété peut alors aller jusqu'à ce confondre avec le concept de droit subjectif.

280. Cette question (est-on propriétaire d'une chose ou du droit portant sur la chose ?) démontre qu'en réalité, le terme « propriété » est utilisé, selon les théories, voire selon les questions posées, en des sens différents :

- celui qui désigne un rapport d'appartenance : une titularité, qui porte alors sur un droit, quel qu'en soit la nature ;
- celui qui désigne l'exclusivité, le domaine sur lequel s'exerce la puissance propriétaire.

281. Car la propriété est aussi un pouvoir, un pouvoir détenu sur une chose, privativement et à l'exclusion des autres. La propriété est d'abord le pouvoir d'exclure. En ce sens, la propriété est un « monopole ». Mais c'est aussi le pouvoir d'inclure, de partager la jouissance de la chose. En cela, le droit de propriété confère une exclusivité de jouissance, dont il est possible d'exclure les tiers, qu'il est possible de partager ou d'abandonner. Le signe de la propriété se situe dans cette possibilité de partage, d'abandon, de transmission. Si l'exclusivité est privative, absolue mais qu'elle ne peut être partagée ou transmise, si le droit ne peut plus se détacher de la personne, il y a certes un sujet de droit mais il n'y a pas de rapport d'appartenance, déterminé par un mode d'acquisition, originaire ou dérivé. Le droit n'appartient pas au patrimoine : il ne peut être transmis, il n'appartient pas à la masse sur

laquelle les créanciers peuvent exercer leur droit de gage général. Ainsi, le droit n'appartient pas à la personne, il la protège.

282. La patrimonialité est le premier signe de l'existence d'une propriété. La patrimonialité peut toutefois être nuancée : il est des degrés de patrimonialité. Deux éléments la caractérisent :

- la pécuniarité, le droit a une valeur économique et peut être exercé dans une finalité économique ;
- la transmissibilité, le droit doit pouvoir se détacher de la personne et être transmis. S'il n'est pas saisissable, il doit néanmoins pouvoir être exploité par autrui.

283. Au-delà de cette question de l'exclusivité et du rapport aux tiers, le droit de propriété, c'est aussi le pouvoir de déterminer la manière dont on va jouir de la chose, de déterminer les utilités qui vont être exploitées. Là est aussi le signe de la propriété : la maîtrise souveraine de l'objet de droit, qui permet notamment d'en maîtriser la destination. Le droit de propriété est ici un droit complet dont les limites sont définies par les seules limites de l'objet de droit ou la loi, ce qui le distingue des autres droits, incomplets, qui ne proposent qu'un droit particulier, déterminé sur un objet, une personne ou sur le patrimoine d'un tiers. Le propriétaire peut donc maîtriser la destination du bien, c'est-à-dire définir les utilités du bien dont il fera usage et qui seront exploitées.

284. Une fois ces éléments déterminés, il apparaît que les droits de l'auteur et du breveté peuvent être qualifiés de propriété. Tel est également le cas des droits du commerçant sur son fonds de commerce, de l'associé sur ses parts sociales, de l'entrepreneur individuel sur son entité économique autonome, du droit de l'agriculteur sur les fruits naturels de ses terres et le croît des animaux. La force de travail, en revanche, n'accède pas à la patrimonialité. L'information ne fait l'objet d'une maîtrise souveraine. Quant aux éléments de personnalité, ils peuvent constituer un bien objet de propriété si la personne qui en est à l'origine a opéré un détachement suffisant entre cet élément et sa personne. Tel est le cas lorsqu'elle a déposé son nom patronymique ou de famille à titre de marque ou qu'elle a employé son nom au titre de raison sociale de la société qu'elle a créée, ou qu'elle a fait de son nom un élément du fonds de commerce. Le détachement est alors complet. La qualification est moins évidente pour la renommée et l'image mais pourrait être retenue.

285. Ces droits de propriété sur les fruits du travail et de la création ont en commun de n'être pas des « propriétés oisives ». Le concept de destination est au cœur de la définition de la maîtrise souveraine du propriétaire. Pour ces biens particuliers, le pouvoir du propriétaire

s'exprime d'abord par la maîtrise de l'exploitation, qui est une maîtrise de la destination de l'objet.

286. Par ailleurs, ces objets ont également en commun de porter sur des fruits liés à l'activité humaine. A ce titre, leur patrimonialité est souvent relative.

287. La qualification de ces droits portant sur les fruits du travail et de la création en droit de propriété n'est donc pas neutre. Elle a clairement une incidence sur les théories de la propriété car ces droits ne protègent pas que des intérêts économiques mais aussi personnels et sociaux.

CHAPITRE II.

L'INFLUENCE DE LA QUALIFICATION SUR LES THÉORIES DE LA PROPRIÉTÉ

288. **Diversité des régimes propriétaires.** La qualification de droits de propriété des droits portant sur les fruits du travail et les créations implique de reconnaître que les droits de propriété peuvent être divers quant à leurs objets, aux utilités que ceux-ci présentent et aux régimes qui dès lors s'y appliquent. L'analyse du code civil n'est à ce titre pas réconfortante. Le livre II semble aujourd'hui dépassé, et l'est plus encore dans sa confrontation à l'immatériel. Empreint d'une grande casuistique et présentant des exemples qui peuvent paraître pittoresques ou surannés, on s'interroge sur la généralité des solutions proposées et la possibilité d'y reconnaître un droit commun des biens, comme on peut trouver une théorie générale des obligations et un droit des contrats spéciaux. En droit romain déjà, la propriété n'emportait pas application d'un régime commun aux choses. Au contraire, il existait des régimes différents selon les choses. Ainsi, la protection du travail et de la création met-elle en exergue le concept d'exploitation, alors que l'oisiveté ou l'abandon paraissent relever d'un attribut essentiel de la propriété des choses corporelles. On peut remarquer au sein des divers régimes de propriété des différences fondamentales et des similitudes. Or la variété n'interdit pas la classification, mais y incite plutôt. Comme le notent les Professeurs Zenati et Revet, « *le monde comporte des ressources infinies permettant aux personnes d'y trouver des biens. Les personnes elles-mêmes, par leur activité créatrice, produisent des choses de nature variée qui deviennent des biens. Le juriconsulte s'efforce d'ordonner ces multitudes de biens en catégories à l'effet de créer des statuts cohérents, en général fondés sur des caractéristiques particulières qui s'attachent à chaque catégorie* »¹⁰⁶⁵. Mais, malgré l'effort d'abstraction et de généralisation du juriste, la relation que le bien entretient avec la personne est parfois si forte qu'elle en marque le régime même de la propriété. La neutralité de certains biens reste imparfaite. Cela apparaît avec prégnance lorsqu'on étudie la propriété du travail et de la création. Le personnelisme dépasse néanmoins la catégorie. Les régimes propriétaires peuvent être étudiés sous ce prisme particulier : le rapport de la propriété à la question de la pécuniarité ou de l'extrapatrimonial. Certaines particularités des régimes propriétaires prennent en effet sens et rappellent d'autres régimes. Une classification des régimes peut être organisée. Les aspects moraux du droit, les limites parfois imposées au droit de propriété n'en remettent pas en cause la qualification mais peuvent au contraire prendre leur place dans l'ordonnancement juridique car loin de contredire la théorie juridique, les spécificités de régime liées aux biens contribuent surtout à adapter le droit à la situation juridique des biens et des personnes. Cette réflexion invite à s'intéresser à la classification des

¹⁰⁶⁵ F. Zenati et T. Revet, *Les biens*, n°8, préc.

propriétés qui peut être multiple (Section I) et démontre la diversité des intérêts juridiquement protégés (Section II)

SECTION I.

DIVERSITÉ DES RÉGIMES PROPRIÉTAIRES

289. L'analyse de la diversité des régimes propriétaires invite à la classification. La classification, en droit français, est en principe bipartite, il apparaît au regard de la multiplicité des régimes qu'il convient de « multiplier » les niveaux de classification, dont on reconnaîtra qu'ils sont plus ou moins utiles selon les objets de droit. Après une présentation rapide des classifications classiques (I), nous proposerons donc une distinction entre propriété réelle et propriété intellectuelle (II), qui nous paraît préférable à celle plus classique des propriétés corporelles et incorporelles, et une distinction des propriétés personnelles et impersonnelles (III).

§ 1. DISTINCTIONS CLASSIQUES

290. **Summa divisio : meubles-immeubles.** La distinction des meubles et des immeubles, si elle est controversée, n'en reste pas moins la classification première des biens du fait de l'affirmation de sa prééminence par l'article 516 du Code civil : « *tous les biens sont meubles ou immeubles* ». Toutefois, la confrontation de la classification à la théorie du patrimoine est délicate et relativise l'apparence systématique de la théorie. Ses effets étant par ailleurs limités, cette distinction paraît à certains¹⁰⁶⁶ dépassée malgré des vertus pédagogiques indéniables. Ainsi, le Professeur Libchaber note que la division des biens que nous avons en usage « *a connu son âge d'or dans un état de la société française où l'appropriation foncière était décisive parce que les composantes de base de l'économie étaient agricoles, où les immeubles l'emportaient sur les meubles par le rôle politique dont ils étaient le moyen, où la détention de biens frugifères enfin était essentielle parce que le travail n'avait pas acquis de statut privilégié* »¹⁰⁶⁷. Or la distinction des meubles et des immeubles mettait

¹⁰⁶⁶ V. P. Malaurie et L. Aynès, préc., n°117, considérant que tout le monde critique la distinction sauf le doyen Carbonnier, ce qui est allé un peu loin mais l'on ne peut nier que chacun s'accorde à reconnaître que la distinction est dépassée parce que certains de ses critères sont dépassés (notamment le critère de la valeur), parce que son intérêt est limité car les effets spécifiques à chaque régime sont limités et parce que d'autres distinctions peuvent être proposées. V., en ce sens, R. Libchaber, v° *Biens, répertoire civil* dalloz, 2002, considérant que l'on peut « *prophétiser non le déclin de notre division des biens, car il est depuis longtemps déjà engagé, mais son renouvellement ; il n'est pas pour autant possible d'annoncer aujourd'hui le chiffre nouveau de la distribution qui s'y substituera* ».

¹⁰⁶⁷ Et de conclure que, même si les biens nouveaux, il a déjà évoqué les propriétés incorporelles mais aussi les produits corporels et le vivant, s'intègrent dans la classification, notamment grâce à la « plasticité » de la catégorie des meubles, « *la classification à laquelle on procède ainsi s'apparente davantage à un rangement taxinomique, tant il est vrai qu'elle est dépourvue d'enjeux juridiques effectifs, s'exprimant par un régime adapté.* »

en avant le critère de la valeur¹⁰⁶⁸, ce que révélait la maxime *res mobilis, res vilis*. Selon le doyen Cornu, « l'adage '*res mobilis res vilis*' est dénué de valeur absolue ; mais il serait inexact de lui substituer la proposition contraire (d'une équivalence ordinaire entre meubles et immeubles). Il demeure que les immeubles, en général, sont des biens de grande valeur. Dès qu'il s'agit de meubles, il faut distinguer. Il en est de faible valeur. Les meubles précieux sont de véritables biens de capitalisation et de substantielles réserves de valeur »¹⁰⁶⁹. On notera que le doyen Cornu ne considère le critère de la valeur opérationnel que pour les biens corporels, pour les meubles et immeubles incorporels, il n'est en effet selon lui que deux critères : l'objet et la détermination de la loi. Les Professeurs Zenati et Revet, critiquant eux aussi l'application de la classification aux biens incorporels, rappellent que la distinction est fondée sur la valeur et que « de cette discrimination hiérarchique sont résultées des disparités de statut que ne commandait pas la nature de choses. On s'est efforcé de conserver les immeubles dans les familles en limitant leur aliénabilité. Cette conception aristocratique des biens a conduit à une extension de la distinction des meubles et immeubles et à une assimilation aux immeubles de biens d'une valeur jugée supérieure »¹⁰⁷⁰. Ainsi, la distinction vient du droit germanique pour lequel le bien essentiel, « qui ne pouvait appartenir qu'aux hommes libres, qui conférait la puissance économique et politique, qui était la source de la richesse et de la souveraineté, qui traduisait une union presque mystique entre l'homme et la nature, c'était la terre, au moins lorsqu'elle était productrice de revenus »¹⁰⁷¹. Mais dorénavant, ce n'est plus seulement la terre qui est productrice de revenus. Au contraire, c'est le corps, c'est l'entreprise, c'est l'immatériel, qui augmentent de manière exponentielle la valeur de la matière et du patrimoine¹⁰⁷². Et pourtant

¹⁰⁶⁸ V. en ce sens, G. Cornu, préc., n°921 et s., pour qui la distinction des meubles et immeubles corporels repose sur trois critères : le critère naturel (la mobilité), le critère finaliste (l'affectation) et le critère économique (la valeur). V. aussi Terré et Simler, préc., n°17. V. aussi P. Didier, « La terre et le droit commercial », *Mélanges Cabrillac*, Litec, 1968, p.153, justifiant la valeur supérieure des immeubles car leur valeur d'usage est supérieure à leur valeur d'échange. Contra : P. Malaurie et L. Aynès, préc., n°116, selon lesquels il n'y a pas de prise en compte de la valeur mais consécration du seul critère physique, ils considèrent que c'est justement ce qui rend le système « boiteux », et que le déséquilibre s'est accentué car la fortune mobilière s'est considérablement développée avec la propriété incorporelle qui ne pouvait être que mobilière car seuls les meubles étaient une catégorie ouverte. V. aussi J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, T. 1, n°20, considérant que la distinction repose sur le critère physique, « idée juste », et le critère de la valeur, principe aujourd'hui contestable.

¹⁰⁶⁹ G. Cornu, préc., n°925. V. déjà n°924.

¹⁰⁷⁰ F. Zenati et T. Revet, *Les biens*, préc., n°50. C'est notamment le cas des boiseries, fresques et autres éléments d'ornement attachés à perpétuelle demeure, comme le note le Doyen Cornu, préc., n°911 et s.

¹⁰⁷¹ P. Malaurie et L. Aynès, préc., n°112. Sur l'origine de la distinction, A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, préc., n°74, qui considère que la distinction des meubles et des immeubles n'est qu'un « habillage artificiel par une technique romaine d'une réalité coutumière irréductible au droit romain ». V. aussi R. Libchaber, art. préc., spéc. n°100 et s.

¹⁰⁷² V. P. Catala, art. préc.

dans le patrimoine de la majorité des particuliers¹⁰⁷³, l'immeuble reste la valeur la plus importante et c'est la première valeur que les français veulent posséder. D'où l'ambiguïté de la distinction, dépassée par certains aspects et encore vivante par d'autres¹⁰⁷⁴. De la même manière, la catégorie des meubles, plus souple, s'est accrue inexorablement, au fil de l'émergence des biens nouveaux. La catégorie ne désigne plus dès lors un régime et la classification perd en pertinence. Dans le même temps, la restriction du champ de la lésion aux seuls immeubles – à l'exception de meubles particuliers – n'apparaît plus pertinente¹⁰⁷⁵. Nombreux sont ainsi les auteurs à noter que certains meubles individualisés – immatriculés souvent – qui présentent une grande valeur sont soumis à des régimes spéciaux les rapprochant des immeubles. Tel est le cas des navires¹⁰⁷⁶ et des aéronefs. Mais tel est aussi le cas du fonds de commerce, des droits sociaux non négociables et des films cinématographiques¹⁰⁷⁷. Il ressort finalement que trois particularités sont mises en évidence par les auteurs à propos des immeubles : la stabilité, nommée aussi fixité ou individualisation de l'immeuble, permise par le sol, qui a une dimension intangible et perpétuelle, contrairement aux meubles ; la valeur économique importante – et relativement stable – que représente ce bien au sein du patrimoine, et qui confère un certain crédit à son propriétaire (où discrédit si le

¹⁰⁷³ V. le projet de loi de finances rectificative pour 2011 analysant l'étude de l'INSEE sur le patrimoine des ménages publiée en avril 2011 qui conclut que « 94 % des ménages vivant en France détiennent un patrimoine privé en 2010. Les deux tiers possèdent à la fois des actifs financiers et des biens immobiliers. Près d'un tiers des ménages ne détiennent que des actifs financiers. Enfin, seuls 4 % ne détiennent qu'un patrimoine immobilier (...) [et surtout que,] le patrimoine des ménages est composé pour 60 % d'immobilier, pour un tiers de patrimoine financier et, pour le reste, principalement de biens professionnels ». Le projet cite aussi le rapport du Conseil des prélèvements obligatoires (CPO) de 2009 sur le patrimoine des ménages, qui conclut à une augmentation du patrimoine des ménages en 2009, cette augmentation étant due à l'augmentation de la valeur de l'immobilier : pour des statistiques : <http://www.senat.fr/rap/110-620-1/110-620-112.html>.

¹⁰⁷⁴ On savourera l'anecdote livrée par les professeurs Malaurie et Aynès, servant à remarquer que l'histoire se répète et que les classifications sont le fruit de leur temps : « une fois posée, la liste des res mancipi s'est figée et ne s'est pas adaptée aux changements économiques. (...) Lorsqu'au milieu de la République, Rome connut les éléphants, ils furent qualifiés de res nec mancipi qui était la seule catégorie ouverte bien qu'ils fussent plus précieux que les autres bêtes de somme. L'exemple permet de comprendre la rigidité et la sclérose à laquelle aboutit la méthode légale de la liste limitative des choses les plus précieuses ; pourtant, cette méthode se répète à chacune des périodes historiques, parce qu'elle donne au droit la précision dont il a besoin » : P. Malaurie et L. Aynès, préc., n°111.

¹⁰⁷⁵ P. Malaurie et L. Aynès, n°124, rappelant la spécificité des immeubles par rapport à la lésion qui n'est pas applicable aux meubles « pour ne pas compromettre la sécurité du commerce » et à la saisie. « Il n'est pas dit que ces règles survivront à l'avenir sans modifications : il n'est en effet pas rationnel que seule la vente d'un immeuble soit rescindable pour cause de lésion, non la cession d'un fonds de commerce. D'une manière plus générale, on comprend de plus en plus mal que des règles dont le fondement est économique aient un critère de définition purement physique. Sauf cette explication, un peu approximative : que les biens qui sont physiquement stables ont généralement une valeur économique également stable ». V. aussi F. Zenati et T. Revet, *Les biens*, préc., n°50, pour qui la distinction des meubles et immeubles apparaît dépassée depuis que les immeubles ne sont plus les seuls biens frugifères.

¹⁰⁷⁶ R. Jambu-Merlin, « Le navire, hybride de meuble et d'immeuble, in *Etudes J. Flour*, Defrénois, 1979, p.305

¹⁰⁷⁷ G. Cornu, préc., n°936 et 937 ; P. Malaurie et L. Aynès, préc., n°123. V. aussi Terré et Simler, qui mettent surtout l'accent sur les conséquences de la possibilité matérielle d'organiser la publicité.

bien est déjà hypothéqué, d'où l'importance de la publicité foncière) ; l'attachement familial au bien qui permet un « *enracinement* »¹⁰⁷⁸. Ces trois particularités à la fois font la spécificité des immeubles¹⁰⁷⁹ et invitent au dépassement de la classification dès lors qu'un meuble pourrait par trop y souscrire. On remarque néanmoins, qu'encore une fois apparaît en filigrane l'idée d'une destination du bien, qui commande ici la classification¹⁰⁸⁰. Selon le doyen Cornu, « *l'artifice a une fonction économique : maintenir l'unité de l'accessoire et du principal. La fiction juridique soutient une réalité économique. Soumettre les immeubles par destination au même régime juridique que l'immeuble auquel ils sont attachés est une façon raisonnable de maintenir l'unité économique d'exploitation que constitue cet ensemble de biens : notamment à l'occasion d'une saisie ou d'une vente* »¹⁰⁸¹. La même réalité économique pourrait servir à l'assimilation du fonds de commerce à un immeuble, surtout si l'on y ajoute la dimension psychologique qui pèse sur le capital, qui doit être transmis aux descendants¹⁰⁸². Les Professeurs Flour, Aubert et Savaux, bien qu'ils considèrent contestable l'idée que la distinction des meubles et des immeubles soit fondée sur la valeur, les raisons économiques justifiant la classification ayant disparu, remarquent qu'« *à long terme, un placement immobilier est généralement plus avantageux qu'un placement mobilier [et que la classification] reposait aussi sur une raison psychologique qui, elle, a subsisté. Les immeubles ont un caractère familial plus marqué que les meubles : une plus grande vertu d'enracinement de l'individu. Il était donc naturel d'en assurer, avec plus d'énergie, la conservation dans la famille* »¹⁰⁸³. Cette raison vaut aussi pour l'entreprise familiale et pour des biens qui présentent un lien particulier avec le propriétaire, tels les souvenirs de famille, les œuvres d'art créées par l'auteur divulguées et *a fortiori* non divulguées,

¹⁰⁷⁸ V. en ce sens, G. Cornu, préc., n°928 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, n°20.

¹⁰⁷⁹ Y. Trémorin, *L'immobilisation par destination*, thèse Poitiers, 2000, citée par G. Cornu, préc. n°914, et qui démontre que la propriété conserve en France, sous sa forme traditionnelle, une importance économique et sociale essentielle. Importance pour lui du critère de l'attache à perpétuelle demeure. V. aussi G. Cornu n°914 : « *dans un pays couvert de constructions individuelles où fleurit plus que jamais la propriété privée, on ne pourra oublier que l'immeuble par nature qui constitue le noyau de chaque propriété foncière a toujours la même horreur du vide et de la nudité. Comment ignorer le couple que forment l'immeuble de base et les meubles de rattachement qui sont à son service (et non à celui d'une entreprise) ? Au fondement de leur unité juridique, il y a toujours la même réalité vivante* ».

¹⁰⁸⁰ Cciv, art. 524 : les meubles affectés au service et à l'exploitation du fonds sont immeubles par destination.

¹⁰⁸¹ G. Cornu, préc., n°909.

¹⁰⁸² P. Catala, « la transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », RTDciv. 1966, p.185, notant que la notion de patrimoine met en évidence la personne et la durée (contrairement aux théories objectives) ; l'idée de patrimoine renvoie aussi à une constitution de capital transmissible à la descendance. Le capital est ce qui est amassé et qui permet de protéger la descendance en la mettant à l'abri du besoin. Le capital essentiel reste la surface du sol car il y a plus de plus-value possible qu'avec l'argent dont la valeur a tendance à baisser. Mais, en 1966, Pierre Catala notait que le logement tendait à devenir un bien de consommation et que les biens nouveaux bouleversaient l'organisation du patrimoine. N'est-il pas légitime de vouloir transmettre non seulement la maison de famille mais aussi l'entreprise familiale ?

¹⁰⁸³ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, préc., T. 1, n°20.

le droit d'auteur. Ainsi, le logement familial présente des spécificités qui tiennent peut-être moins à la qualification de meubles ou d'immeubles qu'à la qualification de propriété personnelle ou à l'intérêt que le droit entend protéger. Au-delà de la qualification de meubles et d'immeubles, d'autres qualifications existent déjà en droit positif et induisent des régimes spécifiques.

291. **Les autres distinctions possibles.** Si la classification des biens en meubles et immeubles est première au sein du Code civil, d'autres classifications coexistent. Il peut s'agir soit de sous-distinctions, les meubles peuvent ainsi être fongibles ou à corps certain, consommables ou non consommables ; soit de distinction se superposant à celles des meubles et des immeubles, comme c'est le cas de la distinction des choses corporelles et incorporelles, des biens privés et des biens publics ; soit de distinctions s'en affranchissant, comme celle des choses dans et hors commerce. Ces différentes qualifications emportent des régimes différents : soit parce que les biens présentent des utilités spécifiques, ou qu'au contraire certaines utilités font défaut, soit parce que l'exercice de certains droits est limité. Ces qualifications se combinent et se superposent, le patrimoine n'est pas un ensemble de comptes inventoriant les biens de manière bien ordonnée mais un kaléidoscope présentant les biens sous une couleur et une forme différentes au fil des points de vue. Les classifications sont critiquées, leur superposition aussi : ainsi de la distinction légale des meubles et immeubles et de la classification des choses incorporelles, nombre d'auteurs dénonçant la qualification d'immeubles des droits réels immobiliers ou des créances immobilières¹⁰⁸⁴. Un certain pragmatisme conduit à étudier les classifications de manière autonome¹⁰⁸⁵, à en présenter les intérêts et les critères, sans parvenir à la systématisation. Le Professeur Libchaber émet d'ailleurs des doutes sur la nécessité de la classification, notamment bipartite : *« avons-nous encore besoin d'un système de distinction des biens ? Le droit romain, les règles féodales et le Code civil le pensaient, qui ont attaché de particulières protections à des biens discriminés selon des critères chaque fois différents ; mais à scruter la réglementation actuelle, on constate que si certaines protections subsistent, elles ne sont plus attachées à des biens selon leur catégorie, mais en fonction de leur situation : on cherche par exemple à protéger les biens qui constituent l'outil de travail (défiscalisation, insaisissabilité...), de même que l'on veille sur les acquisitions que réalisent les consommateurs ou les incapables »*. Et l'auteur de conclure que la plus grande critique qu'on puisse adresser à la distinction des meubles et des immeubles est sans doute d'être,

¹⁰⁸⁴ F. Zenati et T. Revet, *Les biens*, préc., n°50 ; . Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, préc., T. 1, n°21 ; P. Malaurie et L. Aynès, n°129.

¹⁰⁸⁵ V. F. Zenati et T. Revet, *Les biens*, préc. ; V. aussi G. Cornu, préc., mais aussi P. Malaurie et L. Aynès, préc., qui distinguent la distinction des meubles et immeubles, qualifiée de principale des distinctions secondaires, les derniers présentant à part la distinction des biens corporels et des propriétés incorporelles.

« *plutôt que (...) nocive ou simplement archaïque, (...) inutile* ». Ou du moins peu utile. C'est pourquoi sans vouloir pour autant critiquer les autres distinctions, on pourrait mettre en évidence deux distinctions qui nous semblent intéressantes et permettent de compléter les autres : la distinction des propriétés réelles et des propriétés intellectuelles, d'une part ; la distinction des propriétés personnelles et impersonnelles, d'autre part.

§ 2. DISTINCTION DES PROPRIÉTÉS RÉELLES ET INTELLECTUELLES

292. La catégorie des biens meubles étant très hétérogène, on peut envisager de subdiviser cette catégorie entre biens meubles corporels et biens meubles incorporels¹⁰⁸⁶. La distinction n'est pas inutile et pourrait relever, au même titre que la classification en meubles et immeubles, de ce que le Professeur Libchaber appelle le « *rangement taxinomique* » : les choses sont classées selon leur nature (chose matérielle ou droits, encore qu'une telle définition suppose que le patrimoine ne soit pas constitué que de droits mais des choses matérielles et des droits¹⁰⁸⁷) sans pour autant que les différences de régime applicable paraissent fondamentales. Une telle distinction ne reflète pas véritablement la spécificité des propriétés intellectuelles qui sont marquées par la spécificité de leur objet : une forme dont l'ubiquité interdit la transposition de certains mécanismes classiques du Code civil¹⁰⁸⁸. D'où l'intérêt de distinguer non pas entre biens corporels et biens incorporels mais entre les biens auxquels les mécanismes de la propriété corporelle peuvent s'appliquer directement ou par simple adaptation et les biens auxquels les mécanismes de la propriété corporelle sont inapplicables et pour lesquels un régime général reste à mettre en évidence. D'où la distinction entre les choses – mêmes incorporelles, c'est-à-dire à *corpus* immatériel – et les formes – acorporelles – qui met en évidence la distinction des objets des propriétés réelles et intellectuelles.

293. **Critique de la distinction des biens corporels et des biens incorporels.** La substitution des termes « réel » et « intellectuel » à la distinction classique entre corporel et incorporel peut paraître futile. Elle répond en fait au souci d'user d'une terminologie qui mettrait en évidence une véritable distinction des droits selon leur objet. Certes, la nature du droit est inférée de la nature de l'objet sur lequel il porte, objet qui relève soit de la matière (chose, *res*), soit de l'esprit (forme, *idea* ou *forma*) : on aurait pu alors conserver le vocable

¹⁰⁸⁶ Le Code civil incite à penser, même s'il est en cela critiqué, que les immeubles peuvent aussi être corporels et incorporels.

¹⁰⁸⁷ Cf. supra n°204 et s.

¹⁰⁸⁸ V. également en ce sens, F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, préc., n°32, considérant que « *la propriété du Code civil n'est essentiellement conçue que pour les objets susceptibles d'une maîtrise matérielle* ».

corporel défini comme « *tangible, palpable, qui a une existence concrète ; qui donne prise à la possession (corpus) par opposition à incorporel, immatériel* »¹⁰⁸⁹. Mais incorporel est aussi assimilé à « dématérialisé » et il a par ailleurs été démontré qu'il pouvait exister une détention, voire une possession des biens incorporels, qui, selon la définition classique, ne devraient pourtant pas comporter de *corpus*. D'éminents travaux tendent par ailleurs, dans d'autres domaines, à démontrer que le corporel pourrait exister concernant des valeurs que l'on considère classiquement comme dématérialisées. Déjà certains s'attachent à remettre en cause la distinction. « *Il apparaît (...) plus exact, à l'échelle humaine, de diviser le monde en esprit et matière. Et d'inverser la proposition classique en posant qu'est corporel tout ce qui n'est pas pur esprit, produit séraphique de la pensée, et incorporel tout ce qui n'est pas de l'ordre du matériel* »¹⁰⁹⁰. Redéfinissant ainsi les termes de « corporel » et d'« incorporel », le Professeur Martin classe alors les actifs financiers et, notamment les valeurs mobilières au sein des biens corporels¹⁰⁹¹. L'assertion a de quoi surprendre au premier abord. Pourtant, l'auteur démontre comment les valeurs mobilières, voire les sommes d'argent faisant l'objet d'un dépôt, sont l'objet d'une propriété, qu'il qualifie de nécessairement corporelle¹⁰⁹². L'auteur ne considère pas que l'immatériel « décorporelise » ces biens. Certes, ce sont des droits subjectifs, abstraits mais tout droit est par nature idéal. Le droit, en lui-même, est une construction de l'esprit, « *une surorganisation mentale et finalisée du monde* »¹⁰⁹³. En ce sens, le droit subjectif est, selon le Professeur Martin, libéré du corporel lorsqu'il est dépourvu de corps : il se résume à une idée, une vue de l'esprit. En ce

¹⁰⁸⁹ Vocabulaire juridique, G. Cornu, travaux de l'association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige.

¹⁰⁹⁰ D. R. Martin, « Du corporel », D. 2004, p.2285. V. aussi dans le même sens, D. R. Martin « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », D. 1996, chron. ; p.47 ; « De l'inscription en compte d'actifs scripturaux », D. 1998, chron. p.15 ; « Valeurs mobilières : défense d'une théorie » D. 2001, chron. p.1228. *Contra* F.-X. Lucas, « Retour sur la notion de valeurs mobilières », Bull. Joly sociétés 2000, p.765.

¹⁰⁹¹ Comp. J.-M. Bruguière, « L'immatériel à la trappe ? », D. 2006, p.2804, admettant la consécration jurisprudentielle de l'analyse du professeur Martin, par l'arrêt de la Cour de cassation en date du 19 mai 1998 (D. 1998, jur. p.551, note D. R. Martin et RTDciv. 1999, p.677, obs. J. Patarin) et par l'ordonnance du 15 avril 2004 portant création du système d'échange de quotas de gaz à effet de serre et qualifiant ces quotas de « *biens meubles exclusivement matérialisés par une inscription en compte de leur détenteur dans le registre national mentionné à l'article L.229-16* » (V. Code de l'environnement, art. L.229-15). Pour autant, le professeur Bruguière observe que tout bien n'est pas corporel et que les propriétés intellectuelles relèvent bien de l'immatériel, de l'incorporel et qu'il conviendrait de marquer clairement « *l'entrée de l'immatériel dans le Code civil (et de hiérarchiser les distinctions, celle des meubles et des immeubles semblant aujourd'hui secondaire)* ». Il lui semble dès lors important de poursuivre le travail d'intégration des biens incorporels dans le régime général du Code civil, sauf à condamner le droit civil à la mort.

¹⁰⁹² Ces valeurs sont « *physiquement* » corporelles pour être matérialisées par des écritures en compte et « *nécessairement* » corporelles parce que cette corporéité facilite leur négociabilité et que c'est la vocation même de ces valeurs d'être aisément négociables.

¹⁰⁹³ V. dans le même sens, G. Cornu, *Droit civil, Introduction*, préc., p.13 : « en soi, le droit est une abstraction ».

sens, le droit personnel n'est effectivement qu'un pouvoir d'exiger garanti par un arsenal de sanctions juridiques. Le droit réel lui-même, tout pouvoir direct et immédiat sur la chose qu'il soit, pourrait relever de la catégorie en ce qu'il exige néanmoins le recours au juge en cas de violation. A ce compte, tout droit est incorporel et la distinction n'a plus lieu d'être, quand bien même certains droits intégreraient une proximité fonctionnelle indéniable avec le corporel.

294. Le droit subjectif peut n'être que dérivé du corporel : il « *peut entretenir avec le corporel un rapport de connexité au point d'en dériver par une sorte de conception gémellaire* »¹⁰⁹⁴ ; l'exemple le plus topique pour le Professeur Martin est celui de la propriété littéraire et artistique : « *l'œuvre et le droit de son auteur sur sa création originale s'enfantent de concert (...). [Le] droit subjectif naît au fur et à mesure de l'ouvrage qui en fournit à la fois le titre, le socle et la preuve* »¹⁰⁹⁵. Le droit intervient comme une conséquence de la réalité, une conséquence de l'acte matériel de création mais aussi le droit n'existe que parce que l'œuvre existe : le droit de l'auteur n'existe qu'à la condition que l'œuvre accède à l'état de forme communicable, sans quoi elle n'est qu'une forme interne insusceptible d'appropriation. Même si l'œuvre se distingue de son support, si l'œuvre n'est pas réductible à la matière, elle n'existe juridiquement qu'à la condition qu'il y ait dans une certaine mesure matière, la matière étant entendue au sens large, incluant les supports intangibles, que sont les formats numériques. La juridicisation exige une certaine matérialité, une réalisation de la conception de l'auteur et de l'inventeur, une inscription des valeurs mobilières. Le Professeur Martin va même plus loin encore en considérant que les valeurs mobilières sont informées du corporel. Lorsque le droit subjectif est informé du corporel, « *la relation du droit subjectif au corporel atteint, par fusion, au paroxysme de la consubstantialité. C'est l'état où ledit droit est absorbé par une représentation corporelle qui le substantifie* »¹⁰⁹⁶. Il en est ainsi des droits de propriété sur les immeubles et les meubles dits corporels mais aussi des valeurs mobilières : « *elles n'existent et ne survivent aujourd'hui, en droit français, que par et dans les écritures, nécessairement corporelles, qui les expriment en compte* »¹⁰⁹⁷. Or le commerce des créances de droit commun n'exige pas qu'elles soient représentées par une écriture. La représentation scripturale requise pour l'action et l'obligation démontre qu'on a voulu, « *par instinct de nécessité, déroger, à leur égard, au régime commun du commerce des droits subjectifs incorporels et, à cette fin, les convertir, par impérieuse fiction, à*

¹⁰⁹⁴ D. R. Martin, préc.

¹⁰⁹⁵ D. R. Martin, préc.

¹⁰⁹⁶ D. R. Martin, préc.

¹⁰⁹⁷ D. R. Martin, préc.

une corporalité de substitution »¹⁰⁹⁸, qui seule répond à l'exigence de cessibilité simplifiée des valeurs mobilières : la qualification de biens meubles corporels permet d'invoquer la présomption de titre du fait de la possession et donc de la remise de la chose, l'inscription en comptes vaut donc propriété, nul n'est besoin de formalités de publicité ou de significations comme l'exige le transfert – ou la réserve – de propriété d'un bien incorporel. « *Certes, une telle incorporation scripturale du droit subjectif ne relève pas moins de l'artifice ; mais elle représente une fiction indispensable pour porter les valeurs mobilières au degré le plus élevé de négociabilité, par alignement sur le régime de la cession la plus simple des meubles corporels* »¹⁰⁹⁹. Cette théorie de la scripturalisation et de la corporalité des titres financiers démontre les difficultés qu'il y a à distinguer corporel et incorporel, aujourd'hui en droit français : les règles applicables aux meubles corporels conviennent parfaitement à certains biens incorporels alors qu'elles sont absolument incompatibles avec le régime et la nature d'autres biens incorporels. Ainsi en est-il clairement de la possession : on peut posséder une valeur mobilière, on pourrait posséder un fonds de commerce ou un fonds libéral par les actes d'exploitation que l'on met en œuvre, mais l'on ne peut posséder une œuvre ou une invention¹¹⁰⁰. Il en est de même des sûretés et des actions réelles, qui peuvent intéresser certains biens incorporels mais pas les formes¹¹⁰¹ ; quoique

¹⁰⁹⁸ D. R. Martin, préc.

¹⁰⁹⁹ D. R. Martin, préc. La même fiction est ainsi à l'œuvre dans l'organisation de la cession de créances professionnelles, comme le démontre l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 25 février 2003 (Cass. com. 25 fév. 2003, Bull. n°27 et RTDCom 2003, p.555, obs. M. Cabrillac) : « *à défaut de production des bordereaux de cession de créance revêtus de toutes les mentions exigées par l'article 1er de la loi du 2 janvier 1981 devenu l'article L.313-23 du Code monétaire et financier, fût-elle justifiée par une impossibilité matérielle, les cessions litigieuses, à les supposer même établies, n'étaient pas opposables aux tiers* ». V. également le commentaire précité du professeur Cabrillac rappelant que le bordereau Dailly n'est donc pas un « *simple instrument probatoire* », que « *la cession Dailly est un mode simplifié de la cession de créance du Code civil* », qu'elle est même « *en réalité plus que cela* ». « *la preuve du negotium – parfaitement établie en l'espèce – est impuissante à pallier le défaut de l'instrumentum : on croit reconnaître, là, une solution familière des cas où l'écrit s'impose ad solemnitatem. Mais ce n'est pas d'une telle solennisation de cessions de créances professionnelles que l'arrêt tire sa pertinence ici. Sa justification vient de plus loin : de ce que le bordereau est le vecteur nécessaire des créances cédées qui sont réputées y être incorporées. Instrument de corporalisation des créances cédées, conçu pour un transport par remise matérielle des créances qu'il désigne, sa détention par le cessionnaire est seule susceptible d'établir que le transfert s'est opéré selon le mode simplifié en vigueur pour les meubles corporels et transposé, par construction légale, à la cession, par bordereau, des créances professionnelles. Quand il s'agit d'élever les créances professionnelles ou les valeurs mobilières à la négociabilité pure et parfaite des biens mobiliers corporels, par simple remise matérielle, seule leur corporalisation, même feinte, permet d'y parvenir* »¹⁰⁹⁹. Et l'auteur de poursuivre l'argumentation à propos des sommes d'argent, alors même qu'il s'agit de choses fongibles et impalpables, mais qui peuvent faire l'objet d'une action en revendication (D. R. Martin, « De la revendication des sommes d'argent », D. 2002, chro. p.3279). Par ailleurs, selon lui (D. R. Martin, « La théorie de la scripturalisation », D. 2005, chron. p.1702.), la scripturalisation « *est, à peu près, l'antithèse de la dématérialisation des titres* » car elle met en place *une corporalité d'emprunt ou, si l'on préfère, d'une quasi-corporalité* ».

¹¹⁰⁰ Cf. supra n°258 et s.

¹¹⁰¹ Cf. infra n°298.

certaines puissent être adaptées aux œuvres de l'esprit, aux inventions et plus globalement aux formes. La distinction corporel-incorporel est donc dépassée.

295. Il est intéressant de remarquer que le Professeur Martin se défend d'ailleurs de nier toute spécificité aux biens incorporels¹¹⁰². Comme l'a dit lui-même le Professeur, le monde se divise en esprit et matière : pour exister en dehors de l'esprit du sujet de droit, l'*idea* a besoin de matière, a besoin d'un support, tangible (toile et pigments, corps de l'interprète, machines ou local commercial aménagé et contenant des marchandises, assorti d'une enseigne, désigné par la clientèle par un nom commercial) ou intangible (sons dont l'instrument et le corps de l'interprète sont les supports, format numérique dont l'électricité, le dvd, le cd-rom, le serveur et/ou le disque dur sont eux-mêmes supports). Les choses incorporelles ont toutes vocation à s'incorporer à un stade ou un autre dans un corps, un support, une matière. Contrairement aux choses corporelles qui sont consubstantielles à la matière, qui sont un corps, les choses incorporelles s'in-corporent, elles intègrent un corps. Mais l'œuvre de l'esprit, comme l'invention, par nature, se distingue de son support. Le droit d'auteur est globalement indifférent au sort du support ; excepté lorsque l'œuvre de l'esprit est une œuvre à support unique car le lien entre l'*idea* et la matière est plus fort. Le droit des brevets ne l'évoque même pas, en tout cas pas dans les termes du droit d'auteur : seule la théorie de l'épuisement du droit en rappelle l'existence. D'ailleurs, cette distinction produit des effets de droit : certaines choses incorporelles sont susceptibles de possession. En ce sens, elles s'offrent à un *corpus* car elles n'existent « physiquement » qu'à un endroit unique alors que d'autres choses incorporelles

¹¹⁰² S'il admet la corporalité des valeurs mobilières, il exclut celle des inventions et n'admet qu'une vague correspondance éventuelle avec le droit d'auteur. La démonstration pourrait, sur ce point, être renforcée si l'on appliquait la distinction des propriétés réelles et intellectuelles. En effet, pour mettre en évidence la distinction entre valeurs mobilières et invention brevetée, le professeur Martin insiste sur le fait que l'invention préexiste au dépôt de brevet « *lequel, avec ses écritures corrélatives, n'en assure, et encore provisoirement, que l'opposabilité et le monopole d'exploitation. Or, tel n'est pas le cas de la valeur mobilière dont l'existence est subordonnée, définitivement, à sa mise en forme d'écriture en compte* ». Ainsi, autant l'écriture est constitutive de droit en matière de valeurs mobilières, autant le dépôt de brevet ne l'est pas selon l'éminent professeur. Or l'assertion n'est pas si sûre : l'invention ne fait l'objet d'une véritable propriété industrielle qu'à la condition d'être brevetée, c'est-à-dire dûment déposée. A défaut de dépôt, l'invention n'est protégée que par le secret et seulement au titre d'un savoir-faire : seuls sont donc sanctionnés l'espionnage industriel et la violation d'une clause de confidentialité. Certes, le premier inventeur est, dans une mesure limitée, protégé vis-à-vis du premier déposant mais ce droit est strictement conditionné, cf. supra n°260. La protection de l'invention – ou pour être plus précis le droit au titre – laisse néanmoins à penser, si l'on admet la qualification de bien, qu'il existe une nuance à la critique de l'immatériel (V. J.-M. Bruguière, « L'immatériel à la trappe », préc.). Quant à la « *vague correspondance* » avec le droit d'auteur du fait de l'exigence de réalisation matérielle, elle n'est que l'expression du fait que, comme l'invention ou le fonds de commerce d'ailleurs, pour exister juridiquement l'objet de droit doit exister en dehors de la personne qui en est à l'origine, qu'il s'agisse du fruit d'une création ou d'un travail. La reconnaissance d'un bien exige un détachement de la personne, une extériorisation.

sont insusceptibles de possession car elles ne donnent prise à aucun *corpus*. Le Professeur Martin avait pressenti la distinction puisqu'après avoir affirmé la distinction des valeurs mobilières et des inventions ou œuvres de l'esprit, il évoque la question de la situation des valeurs mobilières. « *Où sont les valeurs mobilières ? La question pourrait paraître saugrenue.* » Elle ne l'est pas car c'est justement l'absence d'ubiquité de ces valeurs, bien que leur détention soit « *multi-intermédiée* »¹¹⁰³, qui fonde la distinction entre les choses et les formes, entre les objets corporels et acorporels (sans *corpus* possesseur), entre les *res* et les *idea*, nous préférons les termes de biens réels et biens intellectuels.

296. **Comparaison des propriétés réelles et intellectuelles.** A l'instar de la distinction des meubles et des immeubles qui repose sur l'objet du droit (chose meuble ou immeuble, par nature ou par destination) ou sur la détermination de la loi¹¹⁰⁴, la distinction des propriétés réelles et intellectuelles repose essentiellement sur l'objet auquel elles s'appliquent et sur la détermination de la loi. La propriété réelle est celle qui porte sur une chose (*res*). La propriété intellectuelle porte sur une forme (*idea*). La chose s'oppose à la forme en ce qu'elle fait l'objet d'un *corpus* alors que la forme est dissociable de son support. La chose peut dès lors faire l'objet d'une maîtrise de fait, alors que la forme ne fait l'objet que d'une maîtrise de droit par sa nature même : la forme est indépendante de tout corps, elle est construite par l'esprit, dans l'esprit : je ne peux interdire à mon esprit de lire le signe, de reconstituer un son, une image, en souvenir ou en pensée. Ainsi, la forme est, de fait, de libre parcours parce que je ne peux empêcher mes sens de la saisir, à moins que le droit n'en interdise la divulgation (encore que la forme circulerait si j'entraîs par inadvertance en contact avec elle). Matériellement l'exploitation concomitante de la forme par plusieurs personnes est possible alors qu'une seule personne peut exercer son pouvoir sur une créance. La créance est aussi indépendante du *negotium* que l'œuvre l'est de son support ou l'invention de son prototype. Mais à la différence de l'œuvre, la créance ne peut être exploitée que par la personne qui en est titulaire, ou du moins qui la possède. En dehors de la stipulation pour autrui ou de la promesse de porte-fort,

¹¹⁰³ Ibidem. V. aussi : « La seule certitude qu'offre la matière est que ces valeurs, n'étant pas douée d'ubiquité, ne peuvent figurer en même temps, en nature, dans les multiples comptes qui les retracent en cascade. (...) [P]our les valeurs mobilières nominatives administrées (...), l'intermédiaire financier auquel est confiée l'administration des valeurs 'comptabilise les avoirs correspondants aux instruments financiers inscrits chez l'émetteur, dans des comptes identiques à ceux tenus par l'émetteur' [L'auteur cite le règlement général du Conseil des marchés financiers (CMF), art. 6-3-14 et note d'ailleurs que cette disposition paraît être partiellement contredite par le nouvel article L.211-4, 1°, al. 3, du code monétaire et financier, qui permet de n'inscrire en compte les actions que chez un intermédiaire habilité, sans inscription corrélatrice chez l'émetteur]. La « double » inscription disparaît donc au seul profit de l'inscription au compte de l'intermédiaire. De ces deux comptes identiques, l'un ne peut manifestement qu'être le reflet de l'autre ».

¹¹⁰⁴ Cciv., art. 517 et 527, combinés.

qui obéissent à des règles particulières, je ne peux engager autrui sans avoir moi-même un droit sur cette personne¹¹⁰⁵. La propriété réelle peut donc porter sur une chose corporelle ou incorporelle. L'évolution contemporaine de la notion de bien, de la possession, du droit de rétention tend en effet à démontrer que dans une certaine mesure les choses dites incorporelles sont sans doute injustement dénommées. Ces choses auraient certainement un *corpus* mais un *corpus dématérialisé*. Peu importe en effet que le *corpus* soit tangible ou non, tant qu'il est certain et qu'il peut être l'objet d'une unique maîtrise. Un fonds de commerce ne peut être exploité par plusieurs personnes à la fois. Il est une universalité unique et non reproductible, contrairement aux formes. On trouve ici les limites d'une propriété intellectuelle par rapport à une propriété réelle, corporelle : n'ayant pas de corps, sa consommation n'est pas exclusive des tiers ; le formalisme exigé en matière de possession des fonds de commerce (location-gérance, etc.) relève donc moins de la réticence des fonds à la possession que d'une protection mise en place pour permettre aux créanciers du commerçant de s'assurer de l'assiette de leur droit de gage. Exiger une publicité des actes sur le fonds de commerce, c'est dans une certaine mesure s'adapter aux exigences de sécurité des affaires : informés, les créanciers deviennent responsables. La publicité sécurise ici la maîtrise. Le Professeur Binctin rappelle ainsi que « *le droit des biens, d'une conception éminemment corporelle, identifie ses objets par la capacité à exercer une emprise physique sur eux. La possession fait écho, dans ce système, à une règle primaire du droit : la force. Celui qui possède est présumé propriétaire. Les résonances d'un droit archaïque sont ainsi évidentes, le code de 1804 n'ayant pas pu intégrer dans ses dispositions fondamentales l'évolution de la nature des biens* »¹¹⁰⁶. Si la distinction des propriétés doit reposer finalement sur la possibilité ou non d'un *corpus* possessoire, la distinction des propriétés corporelles (c'est-à-dire susceptibles de *corpus* possessoire, celui-ci s'entendant dans un sens large renouvelé mais n'allant pas jusqu'à éluder la dimension physique, factuelle, de la maîtrise exigée) et des propriétés intellectuelles aurait pu être préférée. Le choix du terme « propriété réelle » n'est pourtant pas anodin : il évite le problème de la polysémie du terme *corpus* et ravive des significations historiques du droit réel. La consécration du droit de propriété en un droit réel relevait d'une volonté de césure par rapport à l'Ancien Régime : la propriété était plurielle et la théorie des domaines était considérée comme féodale, le terme étant employé alors en un sens péjoratif pour désigner à la fois le caractère dépassé et contraignant, voire asservissant, du régime. La qualification de la propriété en droit réel était donc symbole de modernité : « *Par droit réel, [il*

¹¹⁰⁵ Ex : lettre de change, cession de créances, etc. encore que de tels actes exigent l'acceptation par le tiers payeur et la garantie du paiement par le cédant ou le donneur d'ordre.

¹¹⁰⁶ N. Binctin, « Les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses », CCE 2006, études n°14.

faut] entendre que le droit de propriété n'est pas personnel au sens où il serait exclusif de tout rapport d'obligation personnelle dans la relation du propriétaire à sa propriété. En ce sens, dire de la propriété qu'elle est un droit réel, c'est offrir un critère qui permet de distinguer la véritable propriété (ou des éléments de la propriété) des maîtrises foncières entachées d'obligations personnelles, de féodalité dominante »¹¹⁰⁷. Or si tel n'est *a priori* pas le cas de la propriété intellectuelle en son ensemble, on ne peut nier que la propriété littéraire et artistique est une propriété personnaliste. Le titulaire dérivé du droit d'exploitation de l'œuvre conserve des obligations vis-à-vis de l'auteur, notamment le respect de l'œuvre, le respect de la paternité mais aussi l'obligation d'exploiter, la rémunération proportionnelle et l'obligation corrélatrice de rendre compte. D'où l'idée d'une pluralité de domaines¹¹⁰⁸. La dimension personnelle dans la propriété littéraire et artistique découle de l'imprégnation de la personnalité de l'auteur dans l'œuvre ; dès lors, le transfert du droit d'auteur ou de son seul attribut patrimonial implique des obligations vis-à-vis de l'auteur, dans la seule mesure mais toute la mesure où sa personnalité s'est coulée dans l'œuvre¹¹⁰⁹. La propriété industrielle n'est pas marquée par ce personnalisme. Toutefois, cette propriété emporte obligation de payer des redevances – ce qui est un élément constitutif de la propriété –, d'exploiter¹¹¹⁰ et de protéger¹¹¹¹ l'invention ou le signe. A un degré moindre que le droit d'auteur, la propriété du titre de brevet emporte donc des obligations au bénéfice soit d'un tiers, l'INPI, soit de la société. L'obligation d'exploiter n'est pas inhérente à la propriété intellectuelle : on ne peut nier que la reconnaissance de la propriété du fonds de commerce emporte elle aussi une obligation d'exploiter le fonds. Ceci relève certainement moins d'une obligation corrélatrice à l'attribution d'un droit de propriété intellectuelle que de la nécessité de l'existence de l'objet de droit qui n'est autre que le fruit de cette exploitation¹¹¹². Sans

¹¹⁰⁷ M. Xifaras, *La propriété, étude de philosophie du droit*, préc., p.97

¹¹⁰⁸ V. P. Recht, *Le droit d'auteur : une nouvelle forme de propriété, histoire et théorie*, LGDJ, 1969.

¹¹⁰⁹ V. notamment les obligations de l'héritier du droit de divulgation ou du droit au respect : on peut lui reprocher de divulguer si l'auteur a manifesté son refus de la divulgation ou lui reprocher de ne pas divulguer ; le droit qu'il exerce sur l'œuvre implique des obligations qui ne sont pas que morales vis-à-vis de cette œuvre et notamment peuvent déterminer un abus du droit d'agir ou de ne pas agir. Pour illustration : Cass. civ. 1^{re}, 24 oct. 2000, Antonin Artaud : Bull. n°266 ; D.2001, p. 918, note C. Caron ; Droit de la famille 2001, comm. n°121, note C. Alleaume. En revanche, le respect de l'œuvre n'implique pas le respect de la personnalité de l'auteur en elle-même, en dehors de l'œuvre, quoiqu'une décision ait statué en sens contraire : TGI Paris, 1^{re} ch., 15 fév. 1984, Albert Camus : RIDA 2/1984, p.178 ; D. 1984, IR p.291, obs. C. Colombat.

¹¹¹⁰ A peine de déchéance pour la marque (CPI, art. L.714-5) ou de licence d'office pour le brevet (CPI, art. L.613-11).

¹¹¹¹ V. notamment le risque de déchéance en cas de perte de distinctivité pour la marque (CPI, art. L.714-6).

¹¹¹² F. Dekeuwer-Defossez, *Droit commercial*, préc., p.259 : « le fonds de commerce présente cette particularité importante de n'exister et de ne se conserver que par son exploitation ». L'absence d'exploitation entraîne la disparition du fonds, V. Civ. III. 18 mai 1978 : RTDCom 1978, p.559.

exploitation, pas de fonds de commerce ; sans fonds de commerce, pas de propriété. La question ne se pose donc pas dans les mêmes termes qu'en matière de propriété intellectuelle où l'absence d'exploitation ne remet pas en cause l'existence de l'objet mais l'exclusivité sur l'objet. Le fonds fait l'objet d'un régime spécial de propriété au sein de la propriété réelle, car c'est un objet très particulier, un objet presque vivant, en tout cas qui n'est pas intangible puisqu'il est lié à une activité, à une exploitation. D'autres biens sont ainsi dotés d'un régime spécifique, au premier rang desquels tous ceux qui contribuent à protéger juridiquement un autre intérêt que la réservation de la valeur économique¹¹¹³.

297. **Spécificité des propriétés intellectuelles par rapport au droit commun des biens.** Nombreux¹¹¹⁴ sont les auteurs à appeler de leurs vœux l'unification des propriétés intellectuelles. L'unité se fait souvent sous l'égide du droit de propriété : le droit des biens consacré comme droit commun de la propriété aurait vocation à accueillir le droit de la propriété intellectuelle, propriété spéciale parmi les propriétés. Dès lors, au sein même de la propriété intellectuelle, l'unité s'imposerait. L'analyse est tentante mais oblige à des adaptations. Les modes d'acquisition originaires de la propriété par exemple aiguisent souvent, mais sans toujours convaincre, les comparaisons. Ainsi, le Professeur Caron¹¹¹⁵ pour admettre l'effet acquisitif de la possession de bonne foi par un tiers contractant, le titulaire d'une licence ayant cédé des droits dont il n'était pas lui-même cessionnaire, est obligé de renoncer au principe de l'interprétation stricte de la cession, au pouvoir de l'auteur sur la détermination du champ de l'exploitation patrimoniale, voire d'admettre le dépassement du champ de la divulgation. Le droit de divulgation doit dès lors s'épuiser¹¹¹⁶ et l'auteur ne maîtrise même plus la destination de son œuvre. Déjà le Professeur Gautier, pour transposer la théorie de l'accession¹¹¹⁷ au droit d'auteur, avait dû admettre que l'auteur puisse être privé de la maîtrise

¹¹¹³ Cf. infra n°307 et s.

¹¹¹⁴ V. sur ce sujet les actes du colloque organisé par le CUERPI, le 28 novembre 2003 à Grenoble, « Propriétés intellectuelles : unité ou diversité. A la recherche d'un droit commun des propriétés intellectuelles », publié in Cahiers de droit de l'entreprise, JCP E, suppl. n°4, 14 oct. 2004. V. aussi J. M. Mousseron, J. Raynard, et T. Revet, « De la propriété comme modèle », préc. ; J. Raynard, « Propriétés intellectuelles, un pluriel bien singulier », préc. V. aussi à propos de l'unification nécessaire en matière de sûretés, N. Martial, « la conjugaison du droit des sûretés réelles au temps des propriétés intellectuelles », Rev. Lamy droit immatériel, dec. 2005, n°335.

¹¹¹⁵ C. Caron, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », in colloque préc.

¹¹¹⁶ Pour une présentation synthétique de la controverse doctrinale et jurisprudentielle à ce sujet, V. A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité*, préc., n°461. Pour une critique de la thèse de l'épuisement du droit de divulgation : F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, préc. n°617 ; P. Gaudrat, *Rép. civ. Dalloz*, « Propriété littéraire et artistique, 1° Propriété des créateurs », n°603 et s.

¹¹¹⁷ P.-Y. Gautier, « L'accession mobilière en faveur des œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle de Proculiens et des Sabinien », D. 1988, chro. p. 152

de son œuvre, et même de l'exercice de son droit moral. C'était nier toute la spécificité du droit d'auteur. L'« expropriation » envisagée, puisque le Professeur Caron ose le mot, omettant de préciser qu'en matière de propriété corporelle, l'expropriation n'est justifiée que par une utilité publique¹¹¹⁸, ou plutôt l'acquisition de la propriété par accession, est au moins justifiée par le fait de la création plurale et du conflit entre coauteurs. Elle apparaissait alors au Professeur Gautier comme le seul moyen de sortir du conflit (la sortie de l'indivision étant impossible) et de permettre l'exploitation. La possession acquisitive, telle qu'envisagée par le Professeur Caron, qui n'évoque pas même de délai de prescription, et qui doit donc se contenter de l'apparence que fait naître la licence d'exploitation, est un mode d'acquisition de la propriété de la création qui n'est fondé ni sur le fait de la création, ni sur l'absence d'exploitation du fait de l'auteur, mais sur le dépassement du contrat et sur un fait ne prouvant pas l'existence d'une quelconque maîtrise d'une forme. Le Professeur Piatti, à propos de la copropriété intellectuelle¹¹¹⁹, considère, elle, que le droit des brevets devrait servir de modèle au droit d'auteur, le régime de la copropriété étant plus pertinent. En effet, tant la prévision d'une copropriété indépendante du régime de l'indivision civiliste que le caractère supplétif du régime lui semblent plus efficace. On ne peut toutefois que noter avec elle, que le droit d'auteur a lui aussi, en matière de création plurale, opté pour un régime spécifique de copropriété. Quant à la pertinence du modèle, on ne peut que relever avec l'auteur, elle-même, que, dans la pratique, le régime légal n'est quasiment jamais retenu et que les parties préfèrent mettre en place un « règlement de copropriété » spécifique et adapté à leurs besoins. On peut certes appeler à la même permissivité en droit d'auteur. On notera toutefois que concernant l'exercice du droit, un tel règlement est toujours possible. On ajoutera que les « règlements de copropriété » signés par les cotitulaires de brevet sont rédigés et signés par des professionnels, le plus souvent des sociétés industrielles très organisées ou des universités disposant de cellule de valorisation de la recherche, alors que les auteurs, même s'ils font de la création leur métier, ne sont pas nécessairement aussi aguerris à la technique juridique¹¹²⁰. La transposition du régime n'est pas neutre¹¹²¹.

¹¹¹⁸ V. art. 1 Protocole n°1, Convention EDH et droit interne.

¹¹¹⁹ M.-C. Piatti, « La copropriété intellectuelle », in colloque préc., p.7.

¹¹²⁰ V. plaidant pour la prise en compte de la qualité d'inventeur indépendant en ce qui concerne l'action en contrefaçon, la personne n'étant pas un professionnel comme les autres (invokant aussi l'application des clauses abusives), J.-P. Martin, « La directive européenne du 29 avril 2004 visant au respect des droits de propriété intellectuelle : aboutissement ou point de départ ? » : *Propriété industrielle*, 2004, Etudes n°16.

¹¹²¹ V. aussi J. Raynard, « Créations et inventions de salariés : une divergence irréductible ? », colloque préc., p.13.

298. **Spécificité des propriétés intellectuelles et actions judiciaires.** Pour autant, on ne peut nier ni l'existence, ni la nécessité d'une certaine unité au sein des propriétés intellectuelles. La spécificité des propriétés intellectuelles repose d'abord sur l'ubiquité de leurs objets, ce qui entraîne des spécificités en termes de protection contre les atteintes portées par les tiers¹¹²². En effet, comme le rappelle le Professeur Billiau, la propriété intellectuelle « *n'est pas une propriété 'ordinaire', en raison de son immatérialité. Le droit des biens a en effet été primitivement conçu essentiellement pour les choses corporelles. La protection de la propriété était alors assurée par le recours à deux techniques éprouvées, la revendication et la responsabilité. (...) Ces deux actions étaient suffisantes (...). La propriété intellectuelle est d'une nature différente (...). Ce droit est alors certainement assimilable à un droit réel, puisqu'il ne s'exerce pas contre un sujet de droit déterminé, ce qui est le propre des droits personnels, mais contre tous les sujets de droits. L'action en revendication ne protège cependant qu'imparfaitement un tel droit, puisqu'elle sanctionne seulement son usurpation ; elle est ainsi inapte à sanctionner l'atteinte au monopole par la réalisation de copies sans droits. En effet, dans ce cas de figure, le copieur ne prétend pas être titulaire du droit de reproduction et il n'empêche pas le titulaire du droit de propriété intellectuelle de l'exercer. On ne revendique pas un droit contre un défendeur qui reconnaît ne pas en être le titulaire. L'action n'a tout simplement pas d'objet ici* »¹¹²³. La possession, la revendication, l'accession et plus globalement les modes d'acquisition de la propriété, figures essentielles du régime de la propriété corporelle doivent donc être adaptées pour les propriétés intellectuelles. D'où la nécessité de prévoir des procédures spéciales de protection (action en contrefaçon, saisie-contrefaçon), procédures qui sont en phase d'harmonisation¹¹²⁴. « *Ne se confondant ni avec l'action en responsabilité civile, ni avec*

¹¹²² V. C. Simler, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., n°153, estimant que l'action en contrefaçon sanctionne un « empiètement » du tiers sur la propriété de l'auteur dès lors que la contrefaçon constituait une dépossession partielle de l'auteur de l'exclusivité de jouissance de l'objet de la propriété. V. aussi W. Dross, *Droit des biens*, préc., n°476, admettant l'autonomie des « biens intellectuels », manifestée notamment dans la « protection de l'appropriation » par l'action en contrefaçon et considérant que « l'ubiquité des biens intellectuels, qui permet qu'un tiers puisse en user sans que le créateur n'en soit lui-même dépossédé, commande le particularisme de l'action destinée à les protéger ».

¹¹²³ M. Billiau, « Contrefaçon, propriété et responsabilité », CCE, sept. 2005, études n°29, n°3. Contra, C. Simler, préc., n°153 et s. démontrant que l'action en contrefaçon est une forme action en revendication.

¹¹²⁴ Règlement CE n°1383/2003, 22 juillet 2003, concernant l'intervention des autorités douanières à l'égard de marchandises soupçonnées de porter atteinte à certains droits de propriété intellectuelle ainsi que les mesures à prendre à l'égard de marchandises portant atteinte à certains droits de propriété intellectuelle : JOUE n°L196 2 août 2003, p.7 ; Règlement CE n°772/2004, 27 avril 2004 : JOUE n°L127, 29 avril 2004, p.158. Directive communautaire n°2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, JOUE n°L 195, 2 juin 2004, p.16. Directive accouchée toutefois dans la douleur. V. en ce sens, C.-H. Massa et A. Strowel, « La proposition de directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle : déchirée entre le désir d'harmoniser les sanctions et le besoin de combattre la piraterie » : CCE, 2004, Chron. n°4 ; J.-P. Martin, « La directive européenne du 29 avril 2004 visant au respect des droits de propriété intellectuelle : aboutissement ou point de départ ? » : Propriété industrielle, 2004, Etudes n°16 ; Proposition de directive relative aux mesures pénales visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle,

l'action en revendication, [les actions en contrefaçon] obéissent à des conditions qui leur sont propres et qui se suffisent à elle-même. (...) d'une manière abstraite cette efficacité est tempérée par la constatation de ce qu'il n'existe pas en droit français de théorie générale de l'action en contrefaçon ; il n'existe pas de texte général analogue à celui de l'article 1382 du Code civil. Il faut en déduire que la reconnaissance d'une nouvelle propriété intellectuelle qui ne s'accompagnerait pas d'une disposition spécifique traitant de la contrefaçon ne pourrait voir sa violation sanctionnée que sur le fondement de la responsabilité civile, plus souvent de la concurrence déloyale et du parasitisme »¹¹²⁵. L'harmonisation est indispensable à la sécurité juridique : le Professeur Passa notait d'ailleurs qu'avant l'harmonisation communautaire ou l'unification au sein de la propriété intellectuelle, il était déjà nécessaire d'unifier le régime de la contrefaçon au sein de chaque branche de la propriété intellectuelle, la matière étant complexe, voire confuse¹¹²⁶, mais que l'unification pouvait être l'occasion de clarifier le régime de ces actions.

299. Spécificité des propriétés intellectuelles et obligation d'exploitation. Les propriétés intellectuelles ont vocation à être exploitées, c'est pourquoi les conditions d'exercice, si ce n'est les conditions d'existence du droit de propriété intellectuelle, sont marquées par l'impératif d'exploitation, qui en marque le régime. Les propriétés intellectuelles sont en cela profondément marquées par les impératifs économiques qui les fondent et qu'elles servent dans le même temps. D'où la nécessaire reconnaissance d'une obligation d'exploitation. Ces propriétés sont affectées à l'exploitation des objets qu'elles protègent : le titulaire de brevet ou de marque doit exploiter l'invention ou le signe distinctif, sous peine de licence d'office, voire de déchéance ; l'éditeur doit exploiter l'œuvre dont l'auteur lui a confié l'exploitation. Cette obligation d'exploitation doit être généralisée : l'exploitation est la cause du titre en ce qui concerne la propriété industrielle ou les droits sur l'investissement ; elle est la cause du contrat entre l'auteur ou l'artiste-interprète et l'exploitant. Le régime de la propriété doit donc être tourné vers l'organisation et la protection de l'exploitation, conformément aux intérêts qui sont juridiquement protégés : si l'exploitation est au cœur des régimes des diverses

présentée par la Commission le 12 juillet 2005, et la proposition du même jour de décision cadre du Conseil visant le renforcement du cadre pénal pour la répression des atteintes à la propriété intellectuelle : COM(2005)276final. Ces dispositions ont été transposées par l'adoption de la loi n°2007-544 de lutte contre la contrefaçon.

¹¹²⁵ M. Billiau, « Contrefaçon, propriété et responsabilité », préc.

¹¹²⁶ J. Passa, « Les divergences dans la définition de l'acte de contrefaçon dans les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle », in *Propriétés intellectuelles : unité ou diversité*, actes du colloque préc., p.23 ; *Propri. Intell.* 2004, n°10, p.513. V. aussi, dans le même sens, l'intervention suivante, I. Romet, « La saisie-contrefaçon, unité et diversité : neuf propositions pour harmoniser la saisie-contrefaçon », p.29. V. aussi N. Binctin, « Les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses », CCE, 2006, études n°14. V. spécialement TGI Paris 18 mars 2005, n°RG 03/10120, inédit, cité in N. Binctin, « les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses », CCE, 2006, études n°14.

propriétés intellectuelles, celles-ci touchent aussi à des sphères qui intéressent particulièrement des intérêts supérieurs (recherche, innovation, développement industriel, culture) que leurs régimes doivent prendre en considération¹¹²⁷. Au-delà de spécificités liées aux objets, ces intérêts supérieurs justifient des aménagements aux régimes expliquant les différences qui parfois les séparent. La reconnaissance de la spécificité des propriétés intellectuelles reste fondamentale car elle les distingue d'autres propriétés ; suscite l'émergence d'un socle commun de protection, garanti par des actions communes ; permet enfin une comparaison instructive des différentes branches de la matière¹¹²⁸.

300. **Application de la distinction des propriétés réelles et intellectuelles.** Le caractère absolu du droit de propriété a certes « *fait l'objet d'innombrables limitations législatives – et même jurisprudentielles (troubles de voisinage, abus de droit) – depuis qu'elle s'est vu reconnaître une fonction sociale (...). Mais (...) les limitations apportées au droit de propriété ne sont légitimes que si elles poursuivent un intérêt général* »¹¹²⁹. Les limites de la propriété ne sont donc *a priori* qu'exogènes. Pourtant, le long contentieux relatif à l'image des biens a pu démontrer que le droit de propriété comportait des limites endogènes, liées à la nature de l'objet du droit de propriété et manifestant clairement qu'il existe plusieurs sortes de propriété qu'il convient de distinguer, qui ne peuvent se nuire mais peuvent, parfois, coexister, quitte à rappeler, à l'occasion, la lointaine théorie des domaines. Le contentieux relatif à l'image des biens a cristallisé la scission qui oppose les civilistes et les spécialistes de propriété intellectuelle. Autant les premiers se sont réjouis de l'arrêt Gondrée¹¹³⁰, autant les seconds ont critiqué l'extension de l'article 544 au domaine immatériel¹¹³¹. Si aujourd'hui la solution ne vaut plus, l'Assemblée plénière¹¹³² ayant

¹¹²⁷ Cf. infra n°312 et 313.

¹¹²⁸ Pour exemple, le cas de la titularité des créations de salariés et agents publics, Partie II, dont la comparaison permet de faire émerger des principes généraux (Titre II, chapitre I, n°494 et s.).

¹¹²⁹ F. Kendérian, « Le fondement de la protection de l'image des biens : propriété ou responsabilité ? », D. 2004, p.1470.

¹¹³⁰ Au premier chef, F. Zenati, RTDCiv. 1999, p.859, considérant que cette décision « majeure » est la résultante d'une unanimité, à quelques réserves près, pour affirmer que le droit de propriété permet de s'opposer à la reproduction de la chose ; E. Agostini, note in D. 1999, jur. p.321 ; V. aussi les conclusions de l'avocat général Jerry Sainte-Rose, D. 1999, jur. p.319.

¹¹³¹ C. Caron, « Les virtualités dangereuses du droit de propriété », Defrénois 1999, doctr. et jur. p.897, estimant que « le droit de propriété joue, en quelque sorte, les parasites et vient perturber les classifications, les catégories et l'ordonnement du système » car la formulation de l'arrêt « évoque irrésistiblement les monopoles d'exploitation des propriétés incorporelles » ; M. Cornu, note in RIDA 4/1999, p.149 ; Y. Gaubiac, note in CCE, oct. 1999, comm. n°4 ; même le Professeur Gauthier qui a réintroduit l'analyse civiliste, notamment contractuelle, en droit d'auteur reste perplexe devant cette décision, cf. P.-Y. Gauthier, « Le droit subjectif sur l'image d'un bien, ou comment la Cour de cassation crée de la 'para-propriété intellectuelle' », JCP G 1999 II 10078 ;

¹¹³² Cass. ass. plén. 7 mai 2004, D. 2004, jur. p.1545, note E. Dreyer ; confirmé par Cass. civ. 1^{re}, 5 juill. 2005, CCE. 2005, comm. 148, note C. Caron.

finalement écarté la propriété de l'image des biens sur le fondement de l'article 544 du Code civil pour lui préférer une protection du propriétaire contre les troubles anormaux causés par l'exploitation de l'image de son bien fondée sur le droit de la responsabilité, il n'est pas inintéressant de s'attarder sur ce litige qui, à bien des égards, a permis de démontrer la coexistence des propriétés réelles et formelles et a limité d'autant la vocation hégémonique de l'article 544 du Code civil. Le 10 mars 1999, la première chambre civile de la Cour de cassation affirme, au visa de l'article 544 du Code civil, que « *le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien, sous quelque forme que ce soit* » et que « *l'exploitation du bien sous la forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire* ». Le droit d'exploiter l'image d'un bien pouvait alors devenir un attribut du droit de propriété. Certains rattachèrent cette prérogative au fructus, au droit à devenir maître des fruits de son bien, notamment fruits pécuniaires de l'exploitation du bien. D'autres considérèrent que ce n'était qu'une « *conséquence de l'exclusivité qui constitue l'essence de la propriété* »¹¹³³. Des critiques s'élevèrent immédiatement. Quid de la photographie par les touristes et les amateurs ? Quid de la liberté de création et de la liberté d'information du public ? La critique recouvrait aussi une certaine acception de la propriété. La critique ne portait pas tant sur l'existence d'un droit d'exploitation qui serait l'apanage des droits de propriété intellectuelle¹¹³⁴ : on ne peut nier que l'agriculteur exploite son champ pour en retirer les fruits, que le loueur exploite les utilités de sa chose en la louant et que, s'il se départit de l'usage de la chose, c'est pour mieux en récolter les fruits. Le droit d'exploitation n'est donc pas un attribut de la seule propriété intellectuelle ; au contraire, il n'est même pas l'apanage des fruits des activités productives. Le droit d'exploitation est un attribut du droit exclusif que constitue le droit de propriété en tant qu'il est une utilité de l'objet de la propriété. La critique relevait surtout du fait que l'objet de la propriété réelle présentait désormais une dimension intellectuelle puisqu'il comprenait l'image du bien, c'est-à-dire une forme. Dès lors, il devenait possible que le droit des biens soit le droit commun de la propriété intellectuelle, qu'il ait vocation à régir les formes, excepté pendant le temps où celles-ci faisaient l'objet d'une protection spéciale. Ainsi, l'œuvre ne serait plus tombée dans le domaine public à l'extinction du monopole mais dans l'escarcelle du propriétaire qui bénéficiait à cet instant d'un droit exclusif d'exploitation. C'était la négation du caractère temporaire de la propriété des œuvres

¹¹³³ F. Zenati, note préc., rappelant ensuite la « plus substantielle définition de la propriété » qui n'est autre que celle de Pothier : « *le droit par lequel une chose m'est propre et m'appartient privativement à tous autres* ».

¹¹³⁴ F. Zenati, note préc. spéc. p.862 : la cour « *entache son analyse d'une imperfection qui lui vaut le feu nourri des représentants patentés du droit d'auteur : seuls les auteurs peuvent prétendre exercer un monopole d'exploitation et un droit de reproduction* ».

de l'esprit. Or ce caractère est moins un avatar de l'histoire qu'une conséquence de la fonction culturelle de la propriété littéraire et artistique¹¹³⁵.

301. Une telle extension du droit de propriété n'est pas compatible avec l'évolution historique d'un tel droit : si l'histoire du droit de propriété va dans le sens de l'extension de son champ d'application¹¹³⁶, elle conduit aussi à une remise en cause de son absolutisme du fait des conciliations rendues nécessaires. La solution comportait en outre un sérieux potentiel de conflits entre les différents titulaires de droit sur une même forme. A supposer que le droit d'auteur ne soit pas considéré comme une règle spéciale dérogeant à la règle générale mais comme la maîtrise d'un autre domaine¹¹³⁷, l'exploitation de l'image d'un bien constituant une œuvre exigeait le consentement de deux titulaires de droit. Comment résoudre un conflit entre ces deux « propriétaires » ? Ces deux propriétés étant distinctes, l'accord de l'un ne pouvait valoir accord de l'autre ; seule la démonstration d'un abus de droit aurait pu permettre de passer outre le refus d'exploitation d'un des propriétaires. Et si le bien n'était pas une œuvre mais entrainait dans la composition d'une œuvre graphique ou visuelle, l'exploitation de l'œuvre pouvait aussi être paralysée par le refus du propriétaire d'autoriser l'exploitation de l'image de son bien. L'argument d'une analyse raisonnable de l'arrêt Gondrée, cantonnant l'exclusivité accordée au propriétaire à une exclusivité économique, commerciale de la jouissance du bien n'a pas convaincu¹¹³⁸. La décision de l'assemblée plénière exclut au contraire l'image des biens du droit de propriété et n'admet le recours du propriétaire qu'en cas de trouble anormal de jouissance¹¹³⁹. Ce faisant, la Cour de cassation restreint le champ d'application de l'article 544 aux utilités physiques des biens corporels et exclut son application aux formes. Seule la

¹¹³⁵ Cf. infra n°312.

¹¹³⁶ Extension au domaine du vivant, au domaine de l'infinitésimal et extension du champ des droits de créances (droit à paiement unique, droit de planter, droit à polluer, etc.).

¹¹³⁷ Solution que l'analyse de l'arrêt ne contredit pas.

¹¹³⁸ V. notamment F. Zenati, note préc. et G. Cornu, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, préc., n°1038.

¹¹³⁹ Le trouble pourrait résulter par exemple de l'indication de l'adresse du bien, qui pourrait favoriser l'agglutination de paparazzis amateurs, V. fondant la décision sur l'atteinte à la vie privée et non au droit de propriété (jurisprudence antérieure à l'arrêt d'Assemblée plénière de 2004, qui pourrait peut-être être autrement fondée aujourd'hui et retenir le critère du trouble anormal), Cass. civ.2^e, 5 juin 2003 : Bull. n°175 ; Droit et patrimoine, oct. 2003, p.83, note G. Loiseau ; RTDciv. 2003, p.681, note J. Hauser ; qui retient que « la publication dans la presse de la photographie de la résidence de M. X..., accompagnée du nom du propriétaire et de sa localisation précise, portait atteinte au droit de M. X... au respect de sa vie privée ; qu'ainsi, abstraction faite du motif, erroné mais surabondant, selon lequel le « droit à l'image » serait un attribut du droit de propriété, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ». On a pu faire remarquer une similitude avec les troubles anormaux de voisinage, l'exploitant de l'image d'un bien pouvant, en exerçant son droit de reproduction et d'exploitation, l'image du bien étant libre de droit, la reproduction ne faisant l'objet d'aucune exclusivité, causer un trouble au propriétaire du bien, emportant responsabilité sans faute. L'existence d'une faute pourrait au surplus emporter responsabilité délictuelle.

propriété intellectuelle a vocation à conférer une exclusivité sur une forme. L'image des biens sort donc du champ de la propriété¹¹⁴⁰, réelle et intellectuelle, puisque cette dernière ne la reconnaît pas.

302. Il est une autre distinction qui dépasse la qualification de propriété réelle et intellectuelle, c'est la distinction des propriétés personnelles et des propriétés impersonnelles. En effet, tant des propriétés réelles (au premier chef desquelles celle portant sur les souvenirs de famille) que des propriétés intellectuelles (comme le droit d'auteur) peuvent être personnelles. Et les propriétés intellectuelles ne sont pas toutes des propriétés personnelles (droit des marques, droits sur les topographies de semi-conducteurs, etc.).

§ 3. DISTINCTION DES PROPRIÉTÉS PERSONNELLES ET IMPERSONNELLES

303. **Reconnaissance nécessaire des propriétés personnelles.** Déjà le Professeur Catala avait remarqué que certains droits patrimoniaux étaient teintés d'extrapatrimonialité et qu'il existait donc différents degrés de patrimonialité. La jurisprudence a consacré la patrimonialité de certains droits de la personnalité, notamment en matière d'image et de nom¹¹⁴¹ des personnes. Faut-il en conclure que les droits de la personnalité ne sont pas des droits extrapatrimoniaux ? Il semble qu'il faille distinguer : certains droits de la personnalité sont sans doute restés des droits extrapatrimoniaux : tel est le cas du droit à l'honneur et à la réputation, du droit au respect de la vie privée. D'autres ont pu se dédoubler¹¹⁴². Il faut donc convenir avec Marie Bui-Leturcq que les droits de la personnalité peuvent être des droits patrimoniaux, ce qui n'exclut pas par principe la protection de la personne, au contraire révélée selon elle comme « *critère des droits de la personnalité* »¹¹⁴³. La protection de la personne est pourtant moins un critère des droits de la personnalité, qu'un effet du droit conséquent au lien entre la personne et l'objet de droit de la personnalité : l'objet de droit, s'il peut être exploité en dehors de la personne car c'est une forme (une image, un nom), identifie la personne, le lien persistant entre la personne et l'objet de droit justifie le régime du droit qui reste attaché à la personne propriétaire qui en contrôle l'exploitation. L'analyse est proche de celle du Professeur

¹¹⁴⁰ H. Périnet-Marquet, chronique de droit des biens, JCP G 2004, I, 171, n°1.

¹¹⁴¹ Cf. supra n°256.

¹¹⁴² En ce sens, M. Bui-Leturcq, « Patrimonialité, droits de la personnalité et protection de la personne, une association cohérente », RRJ – 2006-2, p.767, qui concentre sa réflexion sur le droit au nom, estimant que l'analyse peut être transposée à d'autres droits de la personnalité.

¹¹⁴³ *Ibidem*.

Boskovic¹¹⁴⁴ qui met en évidence la finalité des droits comme critère de classification : toutes deux considèrent que les droits de la personnalité peuvent être à la fois patrimoniaux et protecteurs de la personne : pour l'une, la protection de la personne est le critère de la qualification de droits de la personnalité ; pour l'autre, la qualification de droit patrimonial n'exclut pas que le droit participe de la protection de la personne, l'économique pouvant être mis au service de la protection de la personne, alors que l'inverse n'est pas vrai. Ainsi, autant un droit patrimonial peut avoir une dimension extrapatrimoniale, autant un droit extrapatrimonial ne peut être utilisé à des fins économiques. Il peut avoir des conséquences économiques, notamment en cas de réparation ou d'interdiction d'une exploitation faite aux tiers, mais il n'a pas de finalité économique et ne peut être invoqué à des fins économiques. Dès lors, un droit dual ne peut être qu'un droit patrimonial, à patrimonialité atténuée ou affectée mais un droit patrimonial. Et le Professeur Boskovic de rappeler que *« fondamentalement, dans une société dont la mercantilisation est unanimement dénoncée, il est sain de rappeler la prééminence de la personne et, consécutivement, d'affirmer que certains droits sont accordés pour la satisfaction d'intérêts d'une toute autre nature. En effet, lorsqu'on dénonce la marchandisation de la société, et plus profondément la soumission de l'être à l'avoir, ce qui choque c'est précisément l'utilisation dans un but lucratif d'attributs de la personne dont on sent que la finalité est autre »*¹¹⁴⁵. Autrement dit, ce n'est pas la reconnaissance de l'existence de droits extrapatrimoniaux ou de la dimension « extrapatrimoniale » de la propriété qui choque mais le détournement d'un droit extrapatrimonial à des fins patrimoniales. Les catégories ne sont pas interchangeables et la distinction des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux reste importante, notamment en ce qu'elle permet de déterminer le champ de l'action oblique, la nature des dommages en cause¹¹⁴⁶ et l'existence ou non d'un abus de droit. En effet, l'abus d'un droit extrapatrimonial ne peut être admis qu'avec prudence¹¹⁴⁷, l'appréciation de la légitimité de l'exercice d'un droit extrapatrimonial étant très subjective. L'abus de droit est néanmoins manifeste lorsqu'un droit

¹¹⁴⁴ O. Boskovic, « La patrimonialité des droits, brèves observations sur une notion fondamentale », RRJ2005-4 (1), p.1783.

¹¹⁴⁵ O. Boskovic, préc., n°18.

¹¹⁴⁶ En ce sens, O. Boskovic, préc., utilisant le critère de la finalité du droit pour déterminer le champ de l'action oblique, exclure l'existence de préjudice moral ou de droits extrapatrimoniaux – de la personnalité – de la personne morale.

¹¹⁴⁷ V. P. Gaudrat, *Encyclopédie Juris-Classeur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1210 « Droits des auteurs, droits moraux, théorie générale du droit morale », préc., n°61 et s. V. aussi C. Caron, Abus de droit et droit d'auteur, préc., critiquant l'existence de principe de droits discrétionnaires (n°56 et s.) mais considérant qu'il est nécessaire de limiter l'application de la théorie de l'abus de droit au droit d'auteur du vivant de ce dernier (n°300 et s.).

extrapatrimonial est invoqué à des fins économiques¹¹⁴⁸. L'expression « droit extrapatrimonial » devrait, dans un souci de clarification, être limitée aux droits qui poursuivent une finalité non économique (comme les droits extrapatrimoniaux de la personnalité). Les autres sont des droits patrimoniaux personalistes (comme les droits patrimoniaux portant sur un élément de la personnalité, partiellement détaché de la personne). En cas de personalisme, comme c'est le cas du droit d'auteur, le droit de propriété comporte une dimension personnelle, morale, parfois intellectuelle, qui peut s'exprimer dans un attribut à part entière, comme c'est le cas en droit d'auteur¹¹⁴⁹.

304. On comprend que la multiplication des propriétés personnelles peut faire croire à la confusion¹¹⁵⁰. Il est peut-être nécessaire d'unifier la matière ou, du moins, de déterminer le champ de l'exception.

305. **Caractère exceptionnel de la propriété personnelle.** La propriété reste essentiellement un droit neutre. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'elle présente un caractère personnel. Ces exceptions ne constituent pas pour autant une catégorie homogène : les propriétés personnelles dépassent les autres classifications et concernent des biens corporels, des biens incorporels et intellectuels ; des meubles et des immeubles. Tous les fruits du travail et de la création ne sont pas concernés et ne sont pas concernés que des fruits du travail ou de la création. Le régime de ces biens n'est pas non plus homogène : certains sont simplement insaisissables ; d'autres incessibles ; d'autres font l'objet de conditions d'exploitation particulières. On pourrait envisager de les soumettre à un régime commun. Peut-être faudra-t-il alors distinguer entre plusieurs degrés de personalisme : certains biens seront simplement

¹¹⁴⁸ V. Boskovic, préc. Pour une application à propos du droit moral de l'auteur, V. Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1991 : Bull. n°157 ; JCP 1991, II, 21760, note F. Pollaud-Dulian ; RIDA 1-1992, p. 272, note P. Sirinelli. Pour une rénovation toutefois de l'approche des droits de la personnalité dans leur rapport avec la patrimonialité, le fait d'être dans ou hors le commerce et la pécuniarité, V. F. Zenati-Castaings et T. Revet, *Manuel de droit des personnes*, préc. spéc. n°265 et s. La pécuniarité ne doit pourtant pas être confondue avec les conséquences économiques de l'indemnisation de l'atteinte à un droit extrapatrimonial, cf. supra n°228.

¹¹⁴⁹ On a toutefois déjà noté que l'exercice de chacun des attributs du droit d'auteur ne pouvait être complètement indépendant et que la présentation, toute pédagogique et éclairante qu'elle soit, de deux attributs distincts pouvait être réductrice dans certaines hypothèses, Cf. supra n°244 et s. Il reste que les prérogatives ne se confondent pas pour autant : seul le droit moral est un droit inaliénable, imprescriptible ; c'est en cela qu'il est l'attribut « extrapatrimonial » de la propriété et qu'il présente les caractères d'un droit extrapatrimonial.

¹¹⁵⁰ En ce sens, O. Boskovic, préc., n°12 : « L'évolution récente de notre droit confirme ce mouvement qui pousse inexorablement à se demander si la notion de patrimonialité a encore une réalité. La pleine patrimonialité réunissant tous les caractères que nous avons décrit semble devenue l'exception. Les degrés dans la patrimonialité seraient tellement nombreux que la notion n'aurait plus aucun pouvoir signifiant ». La pleine patrimonialité n'est pas l'exception, mais les exceptions sont nombreuses et le juriste s'intéresse – et focalise parfois – aux objets de droit à la marge susceptibles de remettre en cause les classifications qu'il pose et étudie.

insaisissables, comme les biens affectés à un intérêt personnel¹¹⁵¹, qui ne sont pas des biens personnels par nature mais des biens personnels du fait de leur affectation à une certaine fonction par leur propriétaire, ce qui est notamment le cas des biens à usage professionnel (tel est le cas des outils professionnels ou des parts sociales non négociables) ou, au contraire, des biens à usage familial (tel est le cas de la résidence principale de l'entrepreneur, des biens de famille ou des souvenirs de famille), étant entendu que la spécificité de l'affectation qui n'est plus purement individuelle mais collective, puisqu'elle est faite au profit de la famille, puisse impliquer un régime particulier conférant des droits à la famille, opposables au propriétaire¹¹⁵² ; certains biens, personnels par nature, doivent être soumis à un régime spécifique, qui reste à construire mais pourrait prendre pour exemple le régime personnaliste mis en place par le droit d'auteur. La disponibilité du bien serait alors restreinte, empêchant le transfert définitif de la propriété du vivant de la personne propriétaire, malgré la commercialité du bien, qui peut faire l'objet de contrats autres que la vente (bail, contrats d'exploitation, etc.). En effet, les biens personnels doivent pouvoir être exploités par le propriétaire, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un tiers ; à défaut, ils ne présenteraient qu'une utilité limitée pour le propriétaire – l'usage personnel – alors qu'ils peuvent grever son patrimoine par la charge qu'ils représentent. Ici, la restriction du pouvoir de disposition vise à protéger le propriétaire contre les tiers et contre lui-même. Ainsi devient-il plus sûr pour les biens à caractère personnel, de limiter *a priori* le pouvoir de disposition du propriétaire, par exemple en interdisant la cession définitive du droit d'exploiter, à titre exclusif ou non, l'image d'une personne, et en exigeant une cession délimitée à un mode d'exploitation, un secteur géographique et une durée déterminée afin de conserver au propriétaire un droit de regard sur l'exploitation faite de son image, prérogative patrimoniale qui doit être complétée par des prérogatives extrapatrimoniales, lui permettant, si besoin en contrepartie d'une indemnisation préalable, de mettre fin à une exploitation contraire à ses valeurs et mettant en cause sa réputation. En effet, si l'on comprend que l'artiste, le sportif ou le chef restaurateur puissent

¹¹⁵¹ Sur la distinction, V. thèse préc.

¹¹⁵² Les souvenirs de famille doivent-ils être seulement insaisissables ou incessibles ? Peut-on forcer quelqu'un à conserver un bien qui grève son patrimoine et qu'il n'a plus les moyens d'assumer ? Plutôt cessible mais avec droit de préférence pour les autres membres de la famille ou obligation de participation à l'entretien du bien par le membre de la famille qui s'oppose à la vente avec en contrepartie indivision forcée. Distinguer donation (avec transfert de propriété) et détention sans transfert de propriété pour la bague de fiançailles : la fiancée n'est que dépositaire. Le déposant, en cas de rupture, peut exiger la restitution de la bague. La famille peut exercer la revendication en cas de carence du déposant qui ne réclame pas la restitution car droit n'est pas strictement attaché à la personne mais à la famille. Concernant la résidence principale de l'entrepreneur, est-ce que le conjoint peut s'opposer à la vente, à l'hypothèque à des fins personnelles même si c'est un bien propre ?

exploiter leur renommée et faire profiter les tiers de celle-ci, l'autorisation d'exploiter qu'ils auront consenti *intuitu personae* ne doit pas se retourner contre eux après rupture des relations contractuelles. Si la personne célèbre ne peut se dispenser du respect du contrat, le contrat ne peut être aliénant : les contrats portant sur les personnes ne peuvent être perpétuels¹¹⁵³. L'image ou la renommée qui ont fait l'objet d'un contrat pourraient comme le nom patronymique ou de famille être exploitées à l'encontre de celui qui a cédé ses droits en cas d'admission d'un détachement complet de l'élément de la personnalité par rapport à la personne qui a consenti au contrat¹¹⁵⁴, d'où la nécessité d'organiser une possibilité de contrôle par le propriétaire, possibilité que permet la délimitation de la cession. Finalement, il apparaît qu'il convient de distinguer les droits à caractère personnel en trois types de droits : ceux qui ont une finalité non économique¹¹⁵⁵ et purement extrapatrimoniale, ceux-là ne peuvent être qualifiés de propriété ; ceux qui ont une finalité non exclusivement économique et qui peuvent être qualifiés de propriété car ils relèvent des droits patrimoniaux, mais qui font l'objet d'un régime spécifique, car la qualification de propriété n'exclut pas que la finalité du droit soit aussi la protection de la personne dans une dimension non économique¹¹⁵⁶ ; ces derniers peuvent être classés en deux catégories, ceux qui protègent la personne contre les tiers – les biens sont alors insaisissables – et ceux qui protègent la personne contre elle-même – ceux-là sont incessibles. Doit-on appeler à l'intervention du législateur pour organiser la distinction ou simplement compter sur l'harmonisation prétorienne des propriétés personnelles ? L'intervention législative est efficace car elle pose les termes de la loi mais l'harmonisation prétorienne permet aussi la souplesse, l'expérimentation, l'adaptation du régime juridique aux évolutions philosophiques, morales, sociales, qui peuvent être importantes en ce qui concerne le rapport de l'homme à sa personne. La protection du travail et de la création tend à démontrer que l'admission de l'appropriabilité d'une chose, c'est-à-dire la reconnaissance de sa patrimonialité, ne signifie pas pour autant que la chose n'a qu'une dimension économique.

306. Le régime de propriété mis en place est protéiforme car les intérêts protégés sont multiples.

¹¹⁵³ Cciv., art. 1780.

¹¹⁵⁴ V. pour une illustration le rejet de l'action d'Inès de la Fressange, qui a déposé son nom et des éléments de son nom à titre de marque, a cédé ces éléments à la société du même nom, qui a ensuite été licenciée par cette société et a dès lors souhaité interdire l'usage de la marque établie à partir des éléments de son nom : Cass. com, 31 janv. 2006 : Bull. n°27 ; visant l'article 1628 du Code civil et excluant toute action du vendeur conduisant à l'éviction de l'acquéreur.

¹¹⁵⁵ V. O. Boskovic, préc.

¹¹⁵⁶ V. M. Bui-Leturcq, préc.

SECTION II.

IDENTIFICATION DES INTÉRÊTS JURIDIQUEMENT PROTÉGÉS PAR LA PROPRIÉTÉ

307. L'école de la « fonction sociale » de la propriété met en évidence que le régime de la propriété, à travers la protection économique de l'individu organisée par la reconnaissance d'un droit de propriété ou, au contraire, par les limites qui lui sont apportées, poursuit un intérêt social de protection des individus. L'exemple est souvent pris du droit au logement¹¹⁵⁷. Le régime du droit de propriété participe ainsi de la mise en œuvre d'une liberté fondamentale, le droit à l'habitat. En effet, les libertés publiques sont « *des libertés, car elles permettent d'agir sans contrainte et des libertés publiques car c'est aux organes de l'État, titulaire de la souveraineté juridique, qu'il revient de réaliser de telles conditions. On comprend aisément que les libertés ne se conçoivent que dans le cadre d'un système juridique déterminé* », « *elles supposent que l'État reconnaisse aux individus le droit d'exercer, à l'abri de toutes pressions extérieures, un certain nombre d'activités déterminées* »¹¹⁵⁸. Ces droits reconnus par l'État forment les droits subjectifs de l'individu, leur contenu doit être conforme, ou du moins ne pas atteindre aux droits fondamentaux. Le droit subjectif de propriété reconnu par l'État français à ses citoyens ne se confond donc pas avec le droit fondamental de propriété. Ils ont en revanche une inspiration commune en ce que les droits subjectifs doivent respecter les droits fondamentaux et même opérer une conciliation entre les droits fondamentaux. Dès lors, un droit subjectif particulier peut avoir vocation à opérer en son régime une conciliation entre diverses libertés fondamentales. Le régime de la propriété assure alors la protection de divers intérêts. Il reste à déterminer quels sont les « genres » d'intérêts que le droit de propriété peut contribuer à protéger. Comme les Professeurs Charvin et Sueur¹¹⁵⁹, on pourrait distinguer dans les libertés de l'homme celles qui concernent l'homme en particulier et celles qui concernent l'homme en sociétés (d'autres encore étant accordées par ailleurs à l'homme en actions). Comme le Professeur Morange, on peut tout simplement distinguer entre libertés individuelles et libertés collectives¹¹⁶⁰. On remarquera que tous les auteurs ne s'accordent pas

¹¹⁵⁷ Pour un exemple récent, V. H. Moutouh, « le propriétaire et son double, variations sur les articles 51 et 52 de la loi du 29 juillet 1998 », JCP G 1999, I 146. Cf. les développements infra n°311.

¹¹⁵⁸ J. Morange, *Les libertés publiques*, PUF, 2007, coll. Que sais-je ?, n°1804, p.6.

¹¹⁵⁹ R. Charvin et J.-J. Sueur, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, 2^e éd., Litec, 1997, préf. G. Farjat.

¹¹⁶⁰ J. Morange, *Les libertés publiques*, PUF, coll. Que-sais-je ?, préc., chapitre II. V. aussi J. Morange, *Droits de l'homme et libertés publiques*, 5^e éd., Puf, coll. Droit fondamental, droit politique et théorique, 2000.

sur les classifications des libertés publiques, et par voie de conséquence sur la prégnance de l'intérêt protégé, sans doute car les intérêts sont multiples et convergents. Ainsi, le Professeur Morange, mettant l'accent sur la distinction des libertés individuelles et collectives, ne traite pas des libertés économiques et sociales, ou de manière incidente : la propriété n'est pas présentée comme une liberté aux côtés de la sûreté ou de la protection de la vie privée ; point non plus de droit du public à l'information mais liberté d'information. Au contraire, le Professeur Renucci¹¹⁶¹ distingue les droits civils et politiques des droits économiques et sociaux, parmi lesquels figurent le droit de propriété, les droits relatifs au travail et à l'instruction. Quant au Professeur Leclercq¹¹⁶², il classe le droit de propriété au côté des libertés de la personne, des libertés corporelles, de l'égalité des droits, des libertés collectives, des libertés de l'esprit et des droits économiques. Le droit de propriété n'est donc ni une sous-catégorie des droits de la personne, ni une sous-catégorie des droits économiques. On notera enfin que les Professeurs Rivero et Moutouh, lorsqu'ils étudient les régimes particuliers des libertés publiques, distinguent libertés de la personne physique, libertés de la pensée et libertés de l'action collective¹¹⁶³, alors que, lorsqu'ils présentent la classification des libertés¹¹⁶⁴, ils distinguent les libertés publiques en libertés de la personne physique, libertés de la personne intellectuelle et morale et libertés sociales et économiques, catégorie au sein de laquelle figurent le droit de propriété, la liberté du travail et la liberté du commerce et de l'industrie, laissant à penser que toutes les libertés sont des libertés individuelles, des libertés de la personne humaine, même s'ils remarquent que « *le repli de l'individualisme libéral a fait ajouter à ces droits la liberté de grève et la liberté syndicale, application de la liberté d'association à la défense collective des intérêts professionnels* »¹¹⁶⁵. C'est que ces Professeurs mettent en évidence que la classification est utile pour clarifier la matière, mais que ces regroupements n'ont qu'une valeur relative dans la mesure où les libertés sont à la fois transversales et complémentaires : « *un grand nombre de libertés débordent la catégorie à laquelle on a coutume de les rattacher* »¹¹⁶⁶ et « *plus profondément, la distinction des diverses libertés ne doit pas faire perdre de vue leur étroite solidarité* »¹¹⁶⁷. Si les libertés

¹¹⁶¹ J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, 3^e éd., LGDJ, coll. manuel, 2002.

¹¹⁶² C. Leclercq, *Libertés publiques*, 5^e éd., Litec, coll. Manuels, 2003.

¹¹⁶³ J. Rivero et H. Moutouh, *Libertés publiques*, T. II, 7^e éd., PUF, coll. Thémis, droit public, 2003.

¹¹⁶⁴ J. Rivero et H. Moutouh, *Libertés publiques*, T. I, 9^e éd., PUF, coll. Thémis, droit public, 2003, n°22 et s.

¹¹⁶⁵ *Ibidem*, n°29.

¹¹⁶⁶ *Ibidem*, n°31, et de prendre l'exemple de la liberté de la presse qui est à la fois une liberté de la personne intellectuelle et morale et une liberté sociale et économique, à la fois une liberté individuelle et une liberté collective, suivant l'angle sous lequel on l'étudie.

¹¹⁶⁷ *Ibidem*, n°32.

fondamentales déjà tendent à protéger divers intérêts, les droits subjectifs, *a fortiori*, peuvent tendre à protéger divers intérêts. La propriété, droit fondamental, a cette vocation transversale que les régimes propriétaires expriment dans leur diversité. Le droit de propriété vise, par essence, et en premier lieu, à assurer la protection de l'intérêt économique des personnes (I) mais son régime peut tendre à protéger un intérêt non économique, que ce soit un intérêt personnel, individuel (II), ou un intérêt social, individuel voire collectif (III). Cette analyse n'est pas dénuée d'intérêt en ce qu'elle permettra d'offrir une solution d'arbitrage en cas de conflits d'intérêts divergents et, notamment permet de fixer les limites ou l'étendue du droit de propriété.

§ 1. INTÉRÊT ÉCONOMIQUE JURIDIQUEMENT PROTÉGÉ PAR LA PROPRIÉTÉ

308. Le droit de propriété vise avec évidence à protéger un intérêt économique. C'est en tout cas l'opinion commune. Mieux, la démonstration d'une valeur patrimoniale emporte au moins au niveau européen protection du « bien » par l'article 1^{er} du Protocole n°1, que la Cour Européenne des Droits de l'Homme considère elle-même comme consacré au droit de propriété¹¹⁶⁸. Ceci a été rappelé à de nombreuses occasions, la cour estimant que la notion de bien « *a une portée autonome qui ne se limite pas à la propriété de biens corporels et qui est indépendante par rapport aux qualifications formelles du droit interne : certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer des « droits patrimoniaux » et donc des « biens » aux fins de cette disposition. Dans chaque affaire, il importe d'examiner si les circonstances, considérées dans leur ensemble ont rendu le requérant titulaire d'un intérêt substantiel protégé par l'article 1 du Protocole n°1* »¹¹⁶⁹. La propriété, en droit européen, a donc vocation à protéger les intérêts substantiels de nature patrimoniale : la Grande Chambre en déduira qu'avant même son enregistrement définitif, une marque connue internationalement et présentant une valeur économique est donc susceptible de protection¹¹⁷⁰. De la même manière, les clientèles¹¹⁷¹, le droit d'auteur¹¹⁷², le droit de brevet¹¹⁷³,

¹¹⁶⁸ Cour EDH, 13 juin 1979, arrêt *Marckx c. Belgique*, considérant 63 : « *en reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article 1 (P1-1) garantit en substance le droit de propriété. Les mots 'biens', 'propriété', 'usage des biens', en anglais 'possessions' et 'use of property', e donnent nettement à penser ; de leur côté, les travaux préparatoires le confirment sans équivoque : les rédacteurs n'ont cessé de parler de 'droit de propriété' pour désigner la matière des projets successifs d'où est sorti l'actuel article 1 (P1-1). Or le droit de disposer de ses biens constitue un élément traditionnel fondamental du droit de propriété (Comp. l'arrêt *Handyside* du 7 décembre 1976, série A n°24, p.29, par. 62)* ». Confirmé par Cour EDH, 23 sept. 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, considérant n°57.

¹¹⁶⁹ Cour EDH, Grande Chambre, arrêt *Anheuser-Busch Inc. C. Portugal*, 11 janvier 2007.

¹¹⁷⁰ Voir dans l'affaire *Anheuser-Busch*, le considérant 76 où « *la cour prend note de l'ensemble des droits et intérêts économiques qui se rattachent à la demande d'enregistrement d'une marque de commerce. Avec la chambre, elle reconnaît que de telles demandes peuvent faire l'objet de multiples opérations juridiques à titre onéreux, telles qu'une vente ou un contrat de licence, et qu'elles possèdent – ou peuvent posséder – une valeur économique importante. Dans la mesure où le Gouvernement a allégué que les transactions relatives aux demandes de marque représentent des valeurs négligeables ou symboliques, la cour*

les créances, voire « l'espérance légitime » d'obtenir une valeur patrimoniale¹¹⁷⁴, notamment lorsqu'elle résulte d'une jurisprudence bien établie des tribunaux¹¹⁷⁵, sont protégés par l'article 1 du Protocole n°1. On remarquera que le Conseil constitutionnel français a lui aussi admis que le champ de la propriété avait été étendu à des « biens nouveaux » sans qu'on puisse pour autant dénier que la propriété relève du domaine patrimonial¹¹⁷⁶. De là, on a pu

souligne que, dans une économie de marché, de telles valeurs dépendent de multiples éléments : l'on ne peut prétendre d'emblée que toute cession d'une demande d'enregistrement d'une marque de commerce ne représente aucune valeur économique. En l'occurrence, comme la requérante n'a pas manqué de remarquer, la marque en cause présentait, de par sa notoriété internationale, une valeur économique certaine. » C'est bien la valeur économique qui est protégée, c'est bien la cessibilité à titre onéreux qui tend à convaincre de la qualification de bien.

- ¹¹⁷¹ La protection des clientèles d'un expert-comptable par l'article 1^{er} du Protocole n°1 donc par le droit de propriété a été reconnue par la Cour EDH, bien avant le revirement de jurisprudence français : V. Cour EDH, 26 juin 1986, aff. Van Marle et a. c. Pays-Bas, considérant n°41 et 42 : la cour observe que la privation du titre d'expert-comptable pour les comptables non qualifiés a diminué la valeur de la clientèle constituée grâce à leur travail, et, plus généralement, a diminué la valeur de leur entreprise, il y a donc bien eu ingérence dans leur droit au respect de leurs biens ; l'ingérence est toutefois justifiée par le motif d'intérêt général que constitue l'organisation de la profession, qui importe à l'ensemble du secteur économique, en garantissant au public la compétence de ceux qui l'exercent. V. néanmoins l'opinion dissidente commune à Sir Vincent Evans et à M. Gersing, juges, sur l'applicabilité de l'article 1 du Protocole n°1, qui considèrent, d'une part, que la liberté d'utiliser le titre d'expert-comptable ne constituait pas un droit de propriété, et que les mesures de restriction mises en place ne visaient pas à contrôler l'usage des biens mais à réglementer l'exercice d'une activité professionnelle – on voit ici la délicate distinction entre droit de propriété et liberté – et d'autre part, que le *goodwill* peut former un élément de la valeur économique des affaires d'un individu et donc une partie intégrante de son patrimoine, sans pour autant que ces espérances professionnelles puissent être assimilées à un bien, d'autant que nombreuses sont les législations qui peuvent être susceptibles d'interférer avec l'étendue, la rentabilité et donc la valeur du *goodwill* – ce qui peut rejoindre l'exclusion de la protection des droits éventuels mais est contredit par la définition nécessaire de la clientèle non pas à un droit éventuel mais un droit sur une potentialité -.
- ¹¹⁷² Cour EDH, Melnitchouk c. Ukraine (dec.), n°28743/03, CEDH 2005-IX et CEDH, Breierova et a. c. République tchèque (déc.), n°57321/00, 8 octobre 2002.
- ¹¹⁷³ Commission européenne des Droits de l'Homme, Smith Kline et French laboratories Ltd c. Pays-Bas, n°12633/87, décision du 4 octobre 1990 ; Commission européenne des DH, Lenzing AG c. Royaume-Uni, n°38817/97, du 9 septembre 1998 et Commission EDH, Aff. British-American Tobacco Company Ltd c. Pays-Bas, arrêt du 20 novembre 1995.
- ¹¹⁷⁴ Cour EDH Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne [GC], n°42527/98 CEDH 2001-VIII et Gratzinger et Gratzingerova c. République Tchèque (déc.) [GC], n°39784/98, CEDH 2002-VII.
- ¹¹⁷⁵ Cour EDH arrêt Kopecky c. Slovaquie. La cour distingue entre les valeurs patrimoniales, y compris les créances, en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une espérance légitime d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété, et l'espoir de voir reconnaître un droit de propriété que l'on est dans l'impossibilité d'exercer effectivement comme une créance conditionnelle. La créance doit donc être « suffisamment établie » pour entraîner l'application des garanties de l'article 1 du Protocole n°1. V. aussi Cour EDH, 29 novembre 1991, Pine Valley developments Ltd et a. c. Irlande, série A n°222 ; décision Stretch c. Royaume-Uni, n°44277/98, 24 juin 2003 ; arrêt du 20 novembre 1995, série A, n°332, pressos Compania naviera SA et s. c. Belgique
- ¹¹⁷⁶ CC n°91-303 DC – mercredi 15 janvier 1992, NOR CSCX9210011S, loi renforçant la protection des consommateurs, considérant n°9 : « les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que parmi ces derniers figure le droit pour le propriétaire d'une marque de fabrique, de commerce ou de service d'utiliser celle-ci et de la protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France » ; dans le même sens déjà, Conseil consti,

considérer que toute valeur était appropriable ; de là, l'idée de la propriété-appartenance patrimoniale¹¹⁷⁷. On notera toutefois que la Cour Européenne des Droits de l'Homme limite la notion de biens aux biens actuels. Autrement dit, n'est pas un bien la seule vocation successorale¹¹⁷⁸ ; les créances n'accèdent aux garanties offertes par l'article 1 du Protocole n°1 qu'à la condition de constituer un droit substantiel suffisamment garanti par le droit positif. Ainsi, la qualification de bien actuel d'une demande d'enregistrement de marque a pu poser question, l'existence d'un intérêt patrimonial bénéficiant d'une certaine protection juridique étant en soi insuffisante puisque la personne demandant l'enregistrement ne peut « *être sûre d'être titulaire de la marque qu'après son enregistrement définitif, et ce uniquement au cas où une tierce partie ne soulèverait pas d'objections à cet égard, comme la législation applicable le permettait* »¹¹⁷⁹. La Cour Européenne des Droits de l'Homme, en section, a donc considéré que « *s'il est clair qu'une marque commerciale constitue un 'bien' au sens de l'article 1 du Protocole n°1, tel n'est le cas qu'après l'enregistrement définitif de la demande respective, selon les règles en vigueur de l'État concerné [Portugal]* ». La Grande Chambre s'est prononcée en sens contraire considérant que le signe, connu internationalement avait en l'espèce une valeur économique et qu'il faisait l'objet de nombreuses opérations juridiques, notamment à titre onéreux, ce qui emportait qualification de bien¹¹⁸⁰. On notera que cette restriction du champ de la propriété aux biens actuels contredit en partie l'assimilation pure et simple des droits aux biens, et notamment des droits personnels¹¹⁸¹. Pour autant, ce n'est pas parce que tout lien de droit n'est pas qualifiable en lui-même de propriété qu'on doit exclure la qualification de propriété dès lors qu'un intérêt autre qu'économique est protégé par un droit subjectif. Les restrictions ou atteintes au droit de

n°90-283 DC, 8 janvier 1991 (JO 10 janvier 1991) ; pour une extension à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, et notamment le droit d'auteur et les droits voisins, V CC – n°2006-540 DC, du 27 juillet 2006, loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la si, considérant n°15

¹¹⁷⁷ Encore que les Professeurs Zenati et Revet aillent plus loin en étendant le champ de la propriété au corps humain, (V. *Manuel de droit des personnes*, préc., n°268 et s., spéc. n°278). Cf. supra n°230. On remarque néanmoins que nombre de leurs écrits vont dans le sens de l'assimilation de la propriété à la défense de la valeur.

¹¹⁷⁸ Cour EDH, 13 juin 1979, arrêt *Marckx c. Belgique*, considérant 50, la cour rappelle que l'article 1 du Protocole n°1 « *se borne à consacrer le droit de chacun au respect de 'ses' biens, ne vaut par conséquent que pour des biens actuels et ne garantit pas le droit d'en acquérir par voie de succession ab intestat ou de libéralités* ». L'intérêt patrimonial protégé pris en compte doit l'être par des droits nés et actuels et non de simples droits éventuels. Confirmé par Cour EDH, 23 novembre 1983, Série A n°70, *Van der Mussel c. Belgique* ; Cour EDH, *Slivenko c. Lettonie* (déc.) [GC], n°48321/99 et Cour EDH, 29 sept. 2004, *Kopecky c. Slovaquie*, excluant du champ de cet article le 'droit à acquérir des biens'.

¹¹⁷⁹ Arrêt *Anheuser Busch Inc.*, décision de la chambre citée dans l'arrêt de la grande chambre, 11 janvier 2007.

¹¹⁸⁰ Comp. R. Libchaber, *Encyclopédie Dalloz*, V° Les biens, préc., qui affirme aussi que la commercialité est le critère de qualification.

¹¹⁸¹ V. aussi en ce sens, J. Ghestin (dir.), M. Billiau et G. Loiseau, *Traité des créances et des dettes*, préc.

propriété peuvent être justifiées par un impératif d'intérêt général, l'attribution d'un droit subjectif peut aussi permettre indirectement la préservation d'un intérêt extrapatrimonial, voire social.

§ 2. INTÉRÊT PERSONNEL JURIDIQUEMENT PROTÉGÉ PAR LA PROPRIÉTÉ

309. Parfois, la reconnaissance d'un droit de propriété permet, au-delà de la protection économique de la personne, c'est-à-dire de la protection de la personne en ses biens, d'assurer la protection de la personne du propriétaire en une dimension non-économique. Tel est le cas lorsque la Cour de cassation reconnaît que la propriété d'un immeuble emporte protection du propriétaire contre les troubles anormaux causés par l'exploitation de l'image de son immeuble : les troubles anormaux peuvent concerner l'exploitation économique concurrente¹¹⁸², mais surtout atteindre la vie privée du propriétaire¹¹⁸³. Tel est le cas lorsque le législateur reconnaît à l'auteur la maîtrise de la divulgation de son œuvre, de l'identification de l'œuvre et de la forme de l'œuvre. Tel est le cas lorsque l'immeuble est aussi le domicile du propriétaire, siège de la vie personnelle et familiale et protégé en tant que tel. Tel est le cas lorsque la Cour de cassation considère que même lorsqu'elle a consenti à l'utilisation de son nom patronymique à titre de dénomination sociale de la société dont elle est associée fondateur, la personne renommée n'a pas *ipso facto* renoncé à l'usage de ses droits de propriété incorporelle sur son nom patronymique¹¹⁸⁴. Tel est le cas également du souvenir de famille. On remarque que parfois la protection est indépendante de la propriété : le locataire d'un immeuble à usage d'habitation bénéficie de la protection du domicile, qui s'exerce même à l'encontre du propriétaire, le fait générateur de la protection n'étant pas la propriété mais l'habitation¹¹⁸⁵. Cela n'empêche que la personne est protégée à travers la protection du bien puisqu'il constitue une dimension spatiale de son intimité. Même si l'image n'est pas reconnue

¹¹⁸² Comme c'était le cas dans l'affaire Gondrée, Cass. civ.1^{re}, 10 mars 1999 : Bull. n°87 ; D.1999, p.319, conclusions J. Sainte-Rose et note J. Agostini ; JCP 1999, II, 10078, note P.-Y. Gautier ; RTDciv. 1999, p.859, note F. Zenati. On notera que cet arrêt, précédent le revirement établi par l'Assemblée plénière en 2004 (cf. supra), a été démenti quant au fondement de l'interdiction de causer un trouble économique, le propriétaire ne disposant pas d'un droit exclusif à l'exploitation de l'image de son bien. V. également une application jurisprudentielle postérieure à l'arrêt d'Assemblée plénière de 2004 qui n'évoque que l'absence de trouble à « l'intimité », à la « tranquillité » et l'absence d'invocation par les requérantes d'une violation du droit au respect de la vie privée quant à l'indication de la situation géographique précise du bien : Cass. civ. 1^{re}, 5juill. 2005 : Bull. n°297.

¹¹⁸³ Cass. civ. 1^{re}, 2 mai 2001 : Bull. n°114.

¹¹⁸⁴ Cass. com., 6 mai 2003 : Bull. n°69 ; D. 2003, p.2228, note G. Loiseau ; RTDcom. 2004, p.90, note J. Azéma ; CCE 2003, comm. n°70, note C. Caron.

¹¹⁸⁵ Cass. civ. 3^e, 25 fév. 2004 : Bull. n°41 ; RTDciv. 2004, p.482, note J. Hauser ; Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2006 : Bull. n°466 ; RTDciv. 2007, p.87, note J. Hauser.

en tant que telle comme relevant des utilités d'un bien corporel, faisant l'objet d'un droit de propriété, le propriétaire est protégé contre les troubles qui lui sont causés du fait de l'exploitation de l'image de son bien car à travers l'image du bien, c'est le propriétaire que l'on peut atteindre, soit parce que le bien permet d'identifier le propriétaire, soit parce que le bien représente un espace d'intimité pour la personne. La famille est aussi titulaire d'un droit sur le bien indépendamment de la propriété du bien car le bien personnifie ou rassemble la famille. De la même manière, même si l'auteur ou la personne renommée a cédé des utilités de son bien (œuvre, image ou renommée), voire l'ensemble des utilités que peut présenter le bien, leurs personnes restent protégées à travers le bien en ce que le bien connaît un lien étroit avec leur personnalité, soit parce qu'elle s'est incarnée dans l'œuvre, soit parce que le nom en permet l'identification. Mais il faut noter ici que la cession des utilités n'emporte pas néanmoins transfert de propriété. L'exploitation du bien, emportant indirectement exploitation de la personnalité de l'auteur ou de la personne renommée, implique nécessairement un contrôle exercé par ces personnes sur cette exploitation. La cession ne peut donc être ni définitive, ni absolue, ni exclusive de toute reddition de compte. C'est l'intérêt personnel qui justifie ici l'atteinte au régime classique de la propriété. Les liens particuliers entre la chose et la personne justifient l'existence d'un régime spécifique de propriété et une protection particulière du propriétaire mais peuvent au contraire, à l'occasion, emporter la restriction des pouvoirs du propriétaire. Tel est le cas par exemple lorsqu'un immeuble est aussi un logement d'habitation : le propriétaire occupant bénéficie à la fois de la protection du domicile et de la propriété ; au contraire, le locataire peut opposer le droit au respect de son domicile au propriétaire¹¹⁸⁶. La Cour Européenne des Droits de l'Homme admet la dualité de la protection du propriétaire occupant. Ainsi dans un arrêt *Xenides-Arestis contre Turquie*¹¹⁸⁷, la cour a admis l'atteinte au domicile et l'atteinte aux biens de la requérante et considère qu'il y a atteinte à l'article 8 de la Convention EDH et à l'article 1 du Protocole n°1 considérés isolément et ne considère pas leur éventuelle combinaison dans la mesure où les intérêts protégés par ces articles sont clairement distincts pour la cour, l'article 8 ne concernant que la protection du domicile et l'article 1 du Protocole n°1 ne concernant que les droits patrimoniaux de la personne. En droit français, la protection du domicile est aussi indépendante de la propriété. Elle s'applique d'ailleurs au profit du locataire. Elle concerne donc tant le droit de propriété que le droit personnel que le locataire peut avoir envers le

¹¹⁸⁶ Civ. 3^e, 25 février 2004, *Defrénois* 2004, 1721, obs. J.-L. Aubert ; *RJPF* 2004-5/12, note E. Garaud ; *RTDCiv.* 2004 p.482, obs. J. Hauser ; *RTDCiv.* 2004, p.729, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹¹⁸⁷ Cour EDH, 22 décembre 2005, troisième section, Requête n°46347/99, spéc. considérants 16 à 32.

bailleur. Concentrant notre analyse sur le droit de propriété, nous étudions les cas où la propriété est personnelle, c'est le cas pour les immeubles, lorsque le propriétaire occupe son logement au titre de résidence principale. Mais cela n'exclut pas qu'il y ait aussi des droits personnels à caractère personnel¹¹⁸⁸. L'attachement du bien à la personne n'est pas une spécificité des droits de propriété ; en revanche, la protection est moins forte car le droit personnel est moins complet que le droit de propriété. Lorsque la personne entretient avec le bien un lien particulier du fait qu'il constitue son logement, c'est cette personne qui est protégée, et non le propriétaire : le droit du propriétaire succombe devant le droit du locataire ; le propriétaire doit respecter le domicile du locataire. Au niveau européen, cette consubstantialité entre un droit patrimonial et un droit extrapatrimonial ne sont pas reconnus : l'article 1 du Protocole n°1 ne concerne que les intérêts économiques de la personne ; seules les atteintes à la liberté de jouir des biens – actuels – sont sanctionnées de ce chef ; c'est donc l'article 8 qui assure la protection des personnes relativement à leur domicile. Mais il faut noter que la protection mise en œuvre par la cour de Strasbourg est plus limitée que la protection mise en œuvre en France. D'abord, la liberté de disposer de ses biens à cause de mort ne relève à proprement parler ni de l'article 1 du Protocole n°1, ni de l'article 8 de la Convention, ce qui constitue une certaine lacune¹¹⁸⁹. Ensuite, alors que les juridictions françaises considèrent régulièrement que l'article 8 emporte principe de libre choix du domicile¹¹⁹⁰, la

¹¹⁸⁸ Sur l'ambiguïté de ces qualifications, V. Flour, Aubert et Savaux, préc.

¹¹⁸⁹ V. en ce sens, arrêt *Marcks c. Belgique* préc. considérants n°51 et s. la cour estime que la mère, qui, si elle n'a pas adopté sa fille naturelle, ne peut disposer de ses biens à cause de mort en faveur de sa fille, ne peut estimer se plaindre d'une violation de l'article 1 du Protocole n°1 qu'en ce que le Code civil belge établit une distinction entre les filiations naturelles et légitimes, il y a donc violation des articles P1-1 et 14 combinés. De la même manière, la cour reconnaît une violation des articles 8 et 14 combinés dans la mesure où le droit patrimonial de la famille ressortit du droit de la famille, donc de l'article 8, qui s'il ne garantit pas une liberté absolue de disposition des biens en faveur des enfants, car celle-ci n'est pas indispensable à la conduite d'une vie familiale normale, implique, lorsqu'il est combiné avec l'article 14, que les droits accordés aux parents vis-à-vis de leurs enfants soient identiques quelle que soit la filiation établie. Au contraire, la fille naturelle ne peut se plaindre d'une violation de l'article 1 du Protocole n°1, car cet article ne concerne que les biens actuels et non la seule vocation successorale. En revanche, elle peut invoquer une violation de l'article 8, car la vocation successorale ressortit des droits familiaux et que la Code civil belge établit une distinction entre enfants naturels et légitimes. Du point de vue de l'enfant, il y a donc seulement violation des articles 8 et 14 combinés. V. aussi Cour EDH, 10 octobre 2006, *Paulik c. Slovakia*, n°10699/05 : la cour ayant admis que l'impossibilité de remettre en cause la paternité même après test de paternité constituait une atteinte à la vie privée du père, cette paternité ayant des incidences sur son état civil, son dossier médical et son livret de travail, ainsi que sur son identité sociale, n'admet pas qu'il y ait par ailleurs une atteinte à ses biens car elle estime que le requérant n'a pas démontré en quoi cette paternité affectait ses biens et qu'il ne présente pas d'autres griefs que ceux qui ont déjà été condamnés au titre de l'article 8.

¹¹⁹⁰ V., à propos du libre choix du domicile par le salarié, Cass. soc. 12 janvier 1999 : D. 1999, p.645, note J. Mouly, RTDCiv. 1999, p.358, obs. J. Hauser et p.395, obs. J. Mestre ; dans le même sens : Cass. soc. 13 avril 2005 : Droit et patrimoine juill.-août 2005, p.94, obs. G. Loiseau ; RTDCiv. 2005, p.572, J. Hauser ; Soc. 12

Cour européenne ne confère pas pareille portée à cet article, qu'elle restreint au domicile actuel¹¹⁹¹. Autrement dit, la cour ne considère pas que l'impossibilité pour un propriétaire de faire du bien qu'il a acquis son domicile constitue une violation combinée des articles 8 et 1 du Protocole n°1. Or admettre une telle combinaison permettrait sans doute de mettre en exergue que l'expropriation des personnes ne les atteint pas que dans leurs droits patrimoniaux mais les atteint aussi dans le principe de leur liberté de circulation ou de liberté d'établissement et dans leur droit à une vie familiale normale¹¹⁹² : l'atteinte à la propriété n'est ici qu'une des modalités de l'atteinte aux personnes. Bien sûr, l'admission de la violation des articles considérés isolément suffit déjà à emporter condamnation de l'État et on peut comprendre qu'il n'apparaisse plus indispensable d'examiner la violation des articles combinés¹¹⁹³. Néanmoins, on ne peut que noter que la cour est obligée lorsque le propriétaire occupe à titre principal son logement, de constater la violation cumulée des articles considérés isolément : un même fait, une même interdiction conduit à la violation de deux articles mais pas à la combinaison des deux¹¹⁹⁴ ? Il nous semble que c'est une restriction de la propriété au seul champ patrimonial alors que certains biens ne représentent pas qu'un simple actif patrimonial pour leurs propriétaires. Au contraire, le droit français élabore pour les biens personnels un régime de propriété tenant compte du rapport personnel qu'entretient le propriétaire avec ses biens ou réglementant la disponibilité à cause de mort de ses biens, mettant ainsi en exergue la vocation familiale du patrimoine. Le patrimoine n'est plus ici entendu comme un outil économique utile au crédit mais comme un lien transgénérationnel. L'intérêt familial relève à la

juill. 2005 : JCP 2005, II 10135, note Verkindt ; RTDCiv. 2006, p.109, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. civ. 1^{re}, 7 février 2006, n°52.

¹¹⁹¹ En ce sens, V. Cour EDH, 18 déc. 1996, Loizidou c. Turquie, 15318/89, Rec. 1996 – VI Grande Chambre, la cour n'admet qu'une violation de l'article 1 du Protocole n°1 et pas de l'article 8 Convention EDH car si elle reconnaît que la requérante a perdu toute maîtrise ainsi que toute possibilité d'usage et de jouissance de ses biens, sans que la Turquie puisse justifier une telle ingérence, elle considère que « *ce serait forcer la notion de 'domicile' figurant à l'article 8 (art. 8) que de l'étendre de manière à inclure un bien-fonds sur lequel on envisage d'édifier une maison à des fins d'habitation. Ce terme ne peut pas davantage s'interpréter comme couvrant la région d'un État où l'on a grandi et où la famille a ses racines mais où l'on ne vit plus.* »

¹¹⁹² Dans l'affaire Louzidou c. Turquie, préc., la requérante avait acquis le bien en vue de s'y installer pour se rapprocher de sa famille et n'avait jamais pu s'y installer du fait des événements de 1974.

¹¹⁹³ V., sur l'exclusion de la violation des articles 8 et 14 combinés ainsi que 1-P1 et 14 combinés, Cour EDH, GC n°25781/94, Chypre c. Turquie, CEDH 2001-IV : la cour n'a pas voulu considérer la question de la discrimination estimant que l'atteinte à l'article 1 du Protocole n°1 ayant été admise, il n'était pas nécessaire de s'intéresser à une éventuelle atteinte à l'article 14, article qui ne peut être invoqué isolément, ce qui empêche néanmoins d'étudier

la question de la discrimination. Dans le même sens, affaire Xenides-Arestis c. Turquie, préc.

¹¹⁹⁴ Il paraît incohérent d'admettre la violation par le même fait des deux articles considérés isolément (le même fait provoquant deux dommages distincts) mais d'exclure ensuite que le même fait ne puisse constituer une atteinte à la combinaison des articles 8, P1-1 et 14.

fois de l'intérêt personnel et d'un intérêt collectif, celui de la famille¹¹⁹⁵. Cet intérêt est socialement protégé, ce qui implique que parfois, l'intérêt familial puisse être invoqué à l'encontre du propriétaire. Tel est le cas lorsqu'un membre de la famille s'oppose à la cession d'un souvenir de famille. L'intérêt économique du propriétaire s'efface aussi devant un intérêt social.

§ 3. INTÉRÊT SOCIAL JURIDIQUEMENT PROTÉGÉ PAR LA PROPRIÉTÉ

310. **Fonction sociale et intérêt social juridiquement protégé.** Au début du XX^e siècle, diverses théories ont contribué à mettre en évidence que le droit avait une « fonction sociale ». Ainsi, le Professeur Duguit niait même l'existence de droits subjectifs pour ne considérer les droits que comme des fonctions¹¹⁹⁶. D'où l'idée que la propriété était en elle-même une fonction sociale¹¹⁹⁷. Cette théorie qui remettait en cause les mécanismes fondamentaux du droit moderne¹¹⁹⁸ a été amplement critiquée. On peut toutefois remarquer qu'elle a nourri la théorie de l'abus de droit¹¹⁹⁹ ou des troubles anormaux de voisinage, théories qui se sont

¹¹⁹⁵ V. J. Carbonnier, *Droit civil, T.1, Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, n°387, Théorie socio-juridique, b), définissant l'intérêt de la famille et mettant en exergue cet intérêt collectif dont on n'a pu s'interroger sur le point de savoir s'il justifiait la reconnaissance juridique de l'existence d'un groupement, donc d'une personne morale, V. une approche contemporaine de l'intérêt de la famille, n°384, évoquant l'intérêt de la famille et son « entrée en force » dans le Code civil, et nuancant immédiatement l'importance de l'intérêt de la famille dans le Code civil par rapport à l'intérêt des personnes : « *le droit civil ayant décidément épousé les Droits de l'homme, c'est la valeur de la personne qui prend le dessus* ». V. également T.2 *Les biens, les obligations*, PUF, coll. Quadrige, 2004, n°670, Théorie juridique, la théorie du patrimoine et n°668, sociologie, citant E. Le Roy.

¹¹⁹⁶ L. Duguit, *Le droit social : le droit individuel et la transformation de l'État*, Alcan, 2^e éd., 1911 ; L. Duguit, *Etudes de droit public*, 1901-1903. V. aussi M. Hauriou, *Principes de droit public*, Larose, 1910.

¹¹⁹⁷ V. J. Brethe de la Gressaye, « Droit et Economie, aperçu de sociologie juridique », in *Mélanges Roubier*, Dalloz-Sirey, 1961, T. 1, p.91, considérant par exemple que ce qu'il appelle « les trois grandes divisions » du droit des biens (droit civil, droit commercial et droit administratif) s'explique parce que les biens et les contrats servent dans ces trois divisions à « *atteindre des buts économiques différents* », et illustrant son propos par de nombreux exemples. V. également P. Roubier, *Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 2^{ème} éd., 1951, qui conclut ainsi (n°31, p.267) : « *nous avons bien des fois, au cours de cette étude, rappelé cette donnée fondamentale que le droit est une discipline normative, et non point explicative : il ne tend pas à formuler des jugements d'existence basés sur le principe de causalité, mais des jugements de valeur fondés sur l'idée d'une finalité. Il en résulte qu'il y a une notion qui doit commander tout l'ordonnement du droit, c'est celle de « valeur » ; le droit repose en dernière analyse sur une philosophie des valeurs : c'est en fonction même de sa valeur que telle règle pourra être une règle juridique, entraînant des obligations pour l'activité humaine* ». V. également p. 14, qualifiant la propriété d'institution, l'institution étant « *un ensemble organique qui contient la réglementation d'une donnée concrète et durable de la vie sociale et qui est constitué par un nœud de règles juridiques dirigées vers un but commun* ».

¹¹⁹⁸ Pour une critique virulente, M. Villey, *Critique de la pensée juridique moderne, Douze autres essais*, Dalloz, 2009, Préf. M. Bastit, IX, « notes sur le concept de propriété », spéc. p.192.

¹¹⁹⁹ L. Josserand, *De l'abus des droits*, Paris, A. Rousseau, 1905 ; « Essai de téléologie juridique. I. De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits », Dalloz, 1927, qui déjà se distingue de la théorie de Duguit, même s'il le considère comme un maître à penser, et s'inscrit dans sa théorie, dans la mesure où il ne critique pas l'existence des droits subjectifs mais les considère simplement comme

affinées depuis et, à cette occasion, détachées de la théorie de la fonction sociale¹²⁰⁰. Les critiques sont vives¹²⁰¹, mais certains auteurs sont parfois plus nuancés, notamment lorsqu'ils raisonnent à propos du droit au logement¹²⁰². Si l'on ne peut souscrire à l'idée que la propriété

relatifs ; V. aussi Saleilles, *Etudes sur l'obligation*, 2^e éd., p.371 contra Planiol et Esmein, cité in J. Charmont, « l'abus du droit », RTDCiv., 1902, p.113, pour lesquels l'abus dans l'usage d'un droit est impossible, seul le dépassement des limites du droit, c'est-à-dire l'absence de droit peuvent être sanctionnés ; mais comme le remarque M. Desserteaux, « abus de droit ou conflit de droits », RTDCiv. 1906, p.119, ces théories sont finalement assez proches en ce qu'elles mettent en évidence la limitation des droits subjectifs et la conformité à un but ; d'où l'idée qu'il vaudrait mieux parler de conflits de droits : le rôle du juge consisterait alors à organiser la conciliation des droits et paraîtrait moins arbitraire.

¹²⁰⁰ V. déjà Saleilles, préc., qui invoque à la fois la destination économique et sociale du droit subjectif et la relativité du droit puisque « tout droit, au point de vue social, est relatif, et qu'il n'y a pas de droits absolus, pas même la propriété ». V. aussi M. Rotondi, « le rôle de la notion de l'abus de droit », RTDCiv. 1980, p.66, qui rappelle que la première hypothèse d'abus est « l'exercice d'un droit subjectif sans un intérêt réel, et seulement animo nocendi : l'aemulatio est le premier cas d'abus senti et sanctionné et généralement on le retrouve dans tous les systèmes » mais qui démontre ensuite que la théorie de l'abus de droit renvoie aussi, selon les systèmes, à l'éthique et à l'équité. On est sorti de l'idée de fonction sociale excluant la qualification de droit subjectif proposée par Duguit, pour mettre en exergue la dimension sociale du droit subjectif. C'était finalement déjà le cas avec Josserand. Dans le même sens H. Capitant, « sur l'abus des droits », RTDCiv. 1928, p.365. V., pour des écrits plus récents dans le même sens, J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, introduction générale*, LGDJ, 1994, n°787 et s. qui estiment que les critiques adressées à Josserand ne sont pas décisives et que la conception finaliste ou téléologique des droits paraît en définitive la plus satisfaisante : « le droit manquerait à sa mission s'il se bornait à enregistrer les rapports de force ou à consolider indéfiniment les positions acquises. Il doit, au contraire, orienter l'activité humaine en fonction d'une éthique inspirée par la recherche de la Justice. Les droits subjectifs comptent parmi les moyens tendant à atteindre le bien commun : leur exercice cesse d'être justifié lorsqu'il a lieu à l'encontre de ce but ».

¹²⁰¹ En ce sens, Hauriou et Ripert, cités in M. Laborde-Lacoste, « Vue d'ensemble du droit et de l'économie de la construction et du logement en 1965-1967, aperçu de sociologie juridique, la propriété immobilière est-elle une 'fonction sociale' ? », in *Mélanges J. Brethe de la Gressaye*, p.373.

¹²⁰² H. Moutouh, « le propriétaire et son double, variations sur les articles 51 et 52 de la loi du 29 juillet 1998 », JCP G 1999, I 146, qui conclut son article ainsi : « A bien y réfléchir, la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre l'exclusion, à l'instar de toutes celles qui sont déjà venues auparavant limiter l'exclusivité et l'absolutisme de la propriété privée, est l'application attendue de ce savoir de solidarité que la société française met à la charge des possédants, autrement dit, assurer la satisfaction des besoins généraux en faisant valoir le capital qu'ils détiennent. 'Si, dans un pays comme la France, écrivait le Doyen Duguit en 1920, le moment venait où la non exploitation des capitaux fonciers prenait une extension sérieuse, nul ne contesterait certainement que l'intervention du législateur serait légitime ». C'est aujourd'hui chose faite. Non content par ailleurs, de triompher dans l'hexagone, le courant fonctionnaliste semble également avoir conquis le droit communautaire comme le laisse penser l'arrêt de la cour de justices des Communautés européennes, *Georg von Deetzen contre Hauptzollamt Oldenburg* du 22 octobre 1991 », arrêt qui indique que les droits fondamentaux et plus particulièrement le droit de propriété ne sont pas des « prérogatives absolues mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société » (aff. C-44-89 : Bull. CJCE n°18-91, p.2). V. aussi M. Laborde-Lacoste, « Vue d'ensemble du droit et de l'économie de la construction et du logement en 1965-1967, aperçu de sociologie juridique, la propriété immobilière est-elle une 'fonction sociale' ? », in *Mélanges J. Brethe de la Gressaye*, préc., p.373 et « métamorphoses juridiques, sociales et politiques, économiques et financières du louage des immeubles de 1804 à 1964 », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p.423, l'auteur cite aussi la thèse de Pierre Josse, *La prorogation des baux, étude théorique et critique de législation et de jurisprudence*, soutenue à Grenoble, en 1920 : « il se demandait, dès lors, en conclusion, si la prorogation des baux ne pouvait pas se rattacher à toute une série de dispositions législatives intervenues au cours des dernières années (expropriation, urbanisme, etc.), qui apportent au droit de propriété traditionnel du Code civil et de la déclaration des droits de l'homme, des limites telles que l'on peut se poser la question de savoir si une nouvelle conception sociale ne se fait pas jour, qui cherche, non seulement à concilier l'absolutisme de la propriété privée avec l'intérêt collectif, mais à faire prédominer celui-ci sur celle-là ».

est un droit-fonction, car cela serait trop réducteur de ce qu'est le concept de propriété, mécanisme au cœur des relations interpersonnelles, on ne peut nier que le droit a vocation à régir les activités d'un individu au sein d'une société et que la société, qui se dote de règles de droit, établit ainsi des arbitrages entre les intérêts divergents. Ainsi, la règle de droit, émanation de l'État de droit, sert un but, a une vocation sociale. En cas de conflits entre intérêts divergents juridiquement protégés, la théorie de l'abus de droit permet d'établir de nouveaux arbitrages. La théorie est d'ailleurs conçue de manière suffisamment souple pour être appliquée *in concreto* et, plutôt qu'établir une hiérarchie des droits de principe, exige une restriction des droits de chacun à la mesure nécessaire au respect des droits de l'autre. Mais, même ainsi conçue, la théorie ne sort que modestement de l'analyse finaliste. Raymond Martin distingue les deux conceptions possibles de la théorie de l'abus de droit, responsabilité - pour faute – ou droit-fonction, qui transpose à un droit subjectif le fondement de l'acte administratif, accompli pour servir l'intérêt général sauf à constituer un détournement de pouvoir, et rappelle que l'analyse en terme de responsabilité exige de définir un « *bon usage idéal du droit* » ou « *usage social* », « *on dira par exemple qu'il est incongru de planter une fausse cheminée pour ennuyer le voisin* » et que « *la référence à un 'bon usage social' des droits, et particulièrement du droit de propriété, ramène nolens volens à une interprétation finaliste de l'exercice du droit. (...) Le juge recherche une valeur sociale. On arrive ainsi où on ne voulait pas aller, au droit-fonction, à une vision socialiste du système juridique. La référence à une 'moyenne sociologique' ne peut donner le change d'une fausse neutralité scientifique. Cette 'moyenne' exprime une finalité idéologique.* »¹²⁰³ Dans une telle perspective, une seule solution permet d'éluder le droit-fonction : admettre avec le Doyen Ripert que la référence peut relever de la morale¹²⁰⁴. Pour sortir de la dialectique, il propose donc de mettre en exergue le rapport de droit que constitue la propriété, rapport que Planiol a mis en évidence : « *tout droit est un rapport entre personnes. C'est la vérité élémentaire sur laquelle est fondée toute science du droit et cet axiome est inébranlable* »¹²⁰⁵. On sort du droit-fonction sociale pour revenir au Droit, science sociale : en tant qu'il est avant tout un rapport de droit, ce qui ne permet en rien de le réduire ni à un droit personnel, comme l'enseigne Planiol, ni à un droit réel, comme l'enseigne Gaudemet¹²⁰⁶ ou Ginossar. « *L'équivalence rapport-de-droit et rapport-de-personnes [étant]*

¹²⁰³ R. Martin, « De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété », RTDCiv. 1975, p.52.

¹²⁰⁴ Le Doyen Ripert développe l'idée que la propriété emporte responsabilité. Même souveraine, elle n'est pas exclusive de tout devoir. Il compare alors le propriétaire à un seigneur. V. Troabas, *la fonction sociale de la propriété privée. Le point de vue technique*, 1930, cité in G. Ripert, *Le déclin du droit*, préc., p.194 : « *le propriétaire égoïste de jadis a vécu ; comme noblesse, propriété oblige* ». V. aussi G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n°85 et s. ; « Abus et relativité des droits », Rev. critique, 1929, p.33.

¹²⁰⁵ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, éd. 1928, T. I, n°2159, cité in R. martin, préc.

¹²⁰⁶ E. Gaudemet, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse Dijon, 1898.

antérieure méthodologiquement à la distinction droit réel et obligation »¹²⁰⁷, qui ne sont que deux espèces d'un même genre, le droit subjectif doit être exercé en considération des autres personnes, des autres titulaires de droits. Aussi, si le droit de propriété garantit la libre disposition des biens, cette libre disposition ne doit pas atteindre au droit de propriété d'autrui. Une conciliation doit être mise en place, cette conciliation est faite en considération des intérêts de chacun. Ainsi, Raymond Martin considère que « les droits ne s'opposent pas, l'opposition est dans le rapport-de-droit considéré comme unité ; elle est le rapport-de-droit. (...) Le point d'équilibre est donné d'une manière statique par la règle-de-droit. Il se réalise dynamiquement dans le rapport particulier et concret, réalisation qui se fait dans le temps. Lorsque l'un des sujets met en mouvement le rapport-de-droit (lorsqu'il exerce son droit, dans le langage classique), il mobilise forcément la contradiction qui est dans ce rapport, il déclenche une relation d'interdépendance active. Le droit n'est pas égoïste, il est structurellement altruiste (Nous dépouillons bien entendu ces termes de tout moralisme) »¹²⁰⁸. Ainsi l'auteur démontre que le droit subjectif est conçu comme un rapport de droit. La réglementation des droits vise donc à assurer le point d'équilibre dans le rapport de droit. La jurisprudence apporte les correctifs nécessaires pour déterminer ce point d'équilibre, c'est le cas lorsqu'un propriétaire crée un trouble anormal de voisinage, alors même que son propre comportement est légitime. La règle de droit en ce qu'elle assure la synthèse des intérêts divergents et cristallise un équilibre socialement acceptable à un moment donné ne sert pas pour autant un seul intérêt. Elle réalise déjà une conciliation, une conciliation considérée comme légitime par la société, qui confère au législateur la responsabilité d'assurer la paix publique et la sécurité. Le droit objectif organise donc une protection en fonction de l'intérêt qu'il estime juste de protéger, le droit subjectif n'est que la traduction concrète pour les individus de cette volonté législative¹²⁰⁹. S'intéresser à l'intérêt juridiquement protégé par le droit subjectif permet de prendre la mesure de ce droit en ce sens que le droit ne pourra être exercé à l'encontre de la finalité poursuivie qu'à la condition de ne pas atteindre aux droits des tiers. A défaut, il y aurait fraude ou abus de droit, et, en cas de conflit de droits, l'analyse des finalités permet de comprendre – ou proposer – certains arbitrages. Tous les droits subjectifs ne servent pas pour autant un but unique. Les droits subjectifs et le droit de propriété en particulier, en son régime, ou plutôt ses régimes,

¹²⁰⁷ R. Martin, préc.

¹²⁰⁸ *Ibidem*.

¹²⁰⁹ C'est cette idée en tout cas qu'a finalement mis en évidence Ihering, V. en ce sens, M. P. Coulombel, « force et but dans le droit selon la pensée juridique de Ihering », préc., spec. p.624 et s., notamment : « dans la pensée de Ihering, toute la méthode juridique doit être animée par l'idée de but. Les institutions et les règles du Droit ne sont pas des créations gratuites de l'esprit, leur raison d'être n'est pas intellectuelle ou esthétique, mais pratique. Leur but est de répondre à un certain besoin de la vie sociale. C'est à la lumière de ce but qu'il faut les étudier, les critiquer, les façonner. »

opère une conciliation des intérêts et a donc une dimension sociale¹²¹⁰ : il est altruiste, en ce que dans son existence même, il tient compte de l'intérêt d'autrui. Raymond Martin a même tenté de l'appliquer en droit du travail, à propos des licenciements abusifs¹²¹¹, et en droit de la famille, à propos du partage de l'autorité parentale entre les parents¹²¹². Pour rester dans le champ de la propriété, nous étudierons l'exemple de réglementation des immeubles à usage d'habitation, du droit d'auteur et du droit des brevets.

311. **Exemple des immeubles à usage d'habitation.** Le droit de propriété d'un immeuble à usage d'habitation doit s'entendre comme d'un immeuble à propos duquel peut exister un rapport de droit entre un propriétaire et un locataire. Lorsque le code de la construction et de l'habitation réglemente les contrats de bail à usage d'habitation, il garantit aux locataires un droit à un logement décent¹²¹³, un droit au préavis, un droit à la stabilité du loyer et garantit aux loueurs un droit au préavis, un droit au loyer et à la restitution en état de

¹²¹⁰ V. S. Dormont, « La propriété intellectuelle au service de l'intérêt général », *RLDI* 2011, n°77, p.47, n°2583, préférant parler d'intérêt général et estimant que la propriété intellectuelle est « au service » de l'intérêt général. Même si l'auteur n'évoque pas ici une finalité des droits de propriétés intellectuelles, et si elle utilise un concept juridique connu en droit administratif, qui permet notamment de faire prévaloir l'intérêt général sur les intérêts particuliers des individus, elle évoque que l'intérêt général est « *un outil d'arbitrage dans la pratique législative* ». Il ne s'agit pas ici, comme en droit administratif, d'établir un arbitrage entre différents droits au regard des différents intérêts en présence, et de faire succomber l'intérêt particulier devant l'intérêt général mais bien de considérer que le législateur établit un arbitrage entre les différents intérêts pour déterminer le régime du droit. Elle préconise par ailleurs le recours à l'intérêt général, comme « *outil d'interprétation dans la pratique judiciaire* » (elle prend l'exemple de l'appréciation des conditions de brevetabilité et considère que l'intérêt général pourrait être un outil pour limiter l'extension du champ d'application de la propriété industrielle). Elle évoque d'ailleurs la question des équilibres et des finalités de la propriété intellectuelle. V. également A. Favreau, « La valeur sociale des objets de la propriété intellectuelle », *RLDI* 2011, n°77, p.64, n°2585 évoquant un « *droit légitimé* », « *une valeur sociale émergente* », un « *bien valorisé* » (au sens qu'ils ont une valeur sociale), un « *droit finalisé* ». On notera de manière générale que la lecture de ce numéro spécial de *RLDI* (décembre 2011), consacré aux « pratiques contemporaines de la propriété intellectuelle », et qui constitue la publication des Actes de la Journée d'études des jeunes chercheurs RDST, du 30 septembre 2011, démontre que les jeunes chercheurs ne sont pas réfractaires à l'idée de « fonction sociale » et que certaines idées mises en avant par cette doctrine influencent très certainement les débats autour de la propriété intellectuelle et de l'*open access* ou de l'*open innovation*, qui en appellent à la théorie des communs et à la question des fondements de la propriété. Cf. supra n°174 et s. ; et 177 et s.

¹²¹¹ R. Martin, préc., n°17, selon lequel le licenciement d'un salarié met en place un rapport de droit distinct de celui établi par le contrat de travail. Aussi le juge, lorsqu'il condamne un licenciement abusif, ne fait que déterminer un rapport de droit équilibré entre les intérêts divergents du salarié, qui subit un trouble grave du fait du licenciement qui met nécessairement en jeu son existence personnelle, et de l'employeur, qui a licencié le salarié du fait d'une insuffisance professionnelle, d'une faute ou pour réorganiser les tâches, et qui espère être mieux satisfait par un autre salarié, les salariés étant relativement interchangeables, ou une meilleure répartition des tâches.

¹²¹² R. Martin, préc., n°18 : les rapports familiaux sont aussi des rapports de droit, le juge doit donc tenter de trouver un rapport de droit équilibré entre les différents membres de la famille, et pour cela concilier les intérêts divergents de chacun des parents au profit de l'intérêt de l'enfant et de la famille. Il est à noter que l'analyse, relativement succincte, est marquée par son époque.

¹²¹³ Code de la construction et de l'habitation, art. L.300-1.

l'immeuble. Ces règles déterminent l'étendue du droit personnel conféré au bailleur et au preneur. On ne peut pas dire que le droit personnel du locataire envers le bailleur ait une fonction sociale ou soit un droit-fonction mais il participe du droit du logement. Le droit du logement est un droit-fonction : ce droit objectif a vocation à mettre en œuvre le principe de droit à un logement décent prévu dans le Préambule de la Constitution de 1946. Le droit du logement dépasse d'ailleurs les rapports entre propriétaires et locataires et concerne aussi la réglementation des habitations pour le bénéfice des propriétaires eux-mêmes, des voisins¹²¹⁴ et de l'environnement car le logement a un impact social évident et représente même une des priorités sociales des gouvernements. D'où la réglementation des propriétés immobilières. Le *jus abutendi* disparaît-il pour autant ? Un copropriétaire ne pourra certes pas atteindre à l'intégrité de son immeuble comme le peut le propriétaire d'un immeuble qui ne relève pas d'une copropriété. L'abandon des immeubles peut emporter responsabilité : d'abord, le propriétaire est responsable du fait des choses dont il a la garde et des immeubles menaçant ruine ; ensuite, les logements vacants peuvent être réquisitionnés¹²¹⁵. Le *jus abutendi* permet au propriétaire d'abandonner son bien ou de le détruire, cela ne signifie pas pour autant qu'un tel choix n'emporte pas responsabilité. Au contraire, la propriété implique la responsabilité¹²¹⁶. Ce n'est pas parce que le *jus abutendi* est réglementé ou que son exercice emporte responsabilité, qu'il n'y a pas propriété. Comme le note le Doyen Ripert, ce n'est pas parce que la propriété a un régime qui a vocation à satisfaire une certaine utilité publique, qu'elle n'est plus propriété : *« les chrétiens sociaux enseignent que la propriété n'est donnée à l'homme que pour lui permettre de remplir sa fonction sociale. Ils se sont servis de cette idée à toutes fins utiles, aussi bien pour approuver les nationalisations que pour défendre la prorogation des baux. A grand renfort de citations des pères de l'Eglise ils ont déguisé une confusion constante entre la nature de la propriété et l'acquisition ou l'usage des biens par le propriétaire »*¹²¹⁷. Et de conclure que *« ceux qui veulent voir dans la propriété une fonction sociale ne font pas la distinction nécessaire entre la définition d'un droit et l'affectation d'un bien. Le propriétaire peut affecter son bien à une certaine entreprise, et le législateur a la surveillance des entreprises dans l'intérêt public »*¹²¹⁸.

¹²¹⁴ La responsabilité pour troubles anormaux de voisinage est une limitation générale au droit du propriétaire mais les règles d'urbanisme, de la construction, de l'habitation sont autant de limitations aux vellétés du propriétaire qui ont vocation à assurer la co-habitation des espaces construits.

¹²¹⁵ Loi n°98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions.

¹²¹⁶ Pour la justification théorique : cf. supra n°44, 108 et s. Pour les développements consacrés à ces questions concernant le travail et la création : cf. supra n°68 et s. ; n°126 et s.

¹²¹⁷ G. Ripert, *Le déclin du droit*, préc., p.194, évoquant les thèses défendues par Valensin, *Traité de droit naturel*, 1922 ; G. Renard, *La fonction sociale de la propriété privée, le point de vue philosophique*, 1930, Paul Costet-Floret, *La nature juridique du droit de propriété*, thèse Montpellier, 1935.

¹²¹⁸ G. Ripert, préc. p.196.

312. **Exemple du droit d'auteur.** Le législateur du droit d'auteur, tout en consacrant le droit d'auteur comme une propriété, admet de la même manière que le droit d'auteur serve d'autres intérêts : d'abord le droit d'auteur protège l'auteur dans son rapport à l'œuvre, cette protection est strictement personnelle, elle ne peut donc pas être invoquée par l'exploitant dans ses rapports avec ses contractants¹²¹⁹ ; ensuite, le droit d'auteur poursuit la défense d'un intérêt social, plus précisément un intérêt culturel. Cet intérêt a d'ailleurs été encore plus mis en évidence par la loi du 30 août 2006. En effet, déjà en ce qu'il assure par la propriété reconnue à l'auteur la rémunération de l'auteur pour son travail, le droit d'auteur est une incitation à la création. Par ailleurs, le droit moral confère à l'auteur des prérogatives lui permettant, à travers le droit de divulgation et le droit de retrait et de repentir, de contrôler la divulgation, et surtout la non-divulgation des œuvres qu'il n'estime pas dignes d'être communiquées au public ; mais aussi, par l'intermédiaire du droit au respect, de contrôler la forme de l'œuvre et donc le « contenu artistique » de l'œuvre. Le droit moral n'a en effet pas qu'une vocation de protection individuelle. Il a aussi une dimension collective de protection d'un intérêt culturel. On connaît le droit à la culture dans son acception traditionnelle : droit du public d'accéder à l'information, à la culture, à l'éducation, droits sociaux de la troisième génération. Mais on peut aussi envisager l'intérêt culturel d'une manière plus spécifique grâce au droit des biens culturels : droit à accéder à la forme de l'œuvre telle qu'elle a été conçue par l'auteur. Si l'on observe les règles déontologiques régissant l'action des institutions culturelles, on remarque l'importance de l'authenticité de la forme présentée et de sa préservation. Pour ne pas intervenir au-delà de la volonté de l'auteur, on se refuse à recréer en matière de restauration, se contentant de préserver ce qui reste de la forme. Certaines polémiques peuvent avoir lieu¹²²⁰ mais globalement on se contente de ce qu'on sait de la forme de l'œuvre donnée par l'auteur. Contrairement à l'Ancien régime qui n'hésitait pas à repeindre les tableaux de maître pour lui conserver sa couleur, voire « l'embellir », la déontologie actuelle refuse toute dénaturation. De la même manière, l'authentification des œuvres se fait de manière plus nuancée. On parle plus d'école et moins d'attribution systématique du tableau au maître. On voit ici converger des règles du droit des biens culturels avec des attributs du droit moral. C'est sans doute que droit moral et intérêt culturel sont liés. En livrant son œuvre au public, en la

¹²¹⁹ Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1993, Perrier : Bull. n°284 ; D. 1994, p.166, note P.-Y. Gautier ; RTDCom. 1994, p.272, obs. A. Françon.

¹²²⁰ Pour une restauration contemporanisant la forme de l'œuvre (transposition de la forme à partir des matériaux contemporains), M. Guerrin, E. de Roux, « Falaise, son château, son architecte et son béton de la discorde », Le Monde, 26 avril 1997, p.25. V. à ce propos, M. Cornu et N. Mallet-Pujol, *Droit, œuvres d'art et musées, Protection et valorisation des collections*, CNRS éd., 2^e éd., 2006, coll. CNRS Droit, n°627.

divulquant, l'auteur lui confie une part de lui-même. Il livre une œuvre pour partager avec le public une forme interne marquée de ses émotions, de ses affects, de son intelligence, de sa personnalité. Le Professeur Gaudrat évoque alors un pacte culturel entre l'auteur et l'amateur qui échangent à travers l'œuvre¹²²¹. L'œuvre est le vecteur, le *negotium* de ce pacte. Comme le *negotium* cristallise les volontés des cocontractants de s'engager et le contenu des engagements, l'œuvre cristallise à la fois la convergence culturelle de l'auteur et de l'amateur et le contenu qui est à l'origine de cette convergence. Il importe donc non seulement à l'auteur mais aussi au public qu'il n'y ait pas d'atteinte à l'œuvre. Dès lors, l'authenticité de l'œuvre relève de l'intérêt général. Le droit moral garantit un intérêt culturel. On pourrait objecter que cet intérêt général n'est pas nécessairement défendu par le droit moral mais par le droit des biens culturels et que ces deux branches du droit sont simplement convergentes. Nous n'acceptons pas l'objection : l'atteinte au droit moral fait l'objet d'une action pénale en contrefaçon¹²²² ; ceci implique que la société se sent bien concernée par la violation du droit moral. On pourrait certes répondre que l'atteinte à la personne est suffisante à justifier l'intervention de la société dans l'action en contrefaçon. Mais surtout, le droit des biens culturels ne protège pas toutes les œuvres de l'esprit. N'est pas Œuvre au sens du droit des biens culturels toute œuvre protégée par le droit d'auteur. Or, le pacte culturel doit être garanti quelle que soit la reconnaissance de l'œuvre par l'État. On ne peut confier au seul État la détermination de ce qui est culturellement respectable ou pas. Ce serait aller à l'encontre des valeurs fondamentales liées à la liberté de création. L'intérêt culturel n'est pas suffisamment garanti par le droit des biens culturels du fait de son champ d'application restreint. Il l'est pour toutes les œuvres de l'esprit grâce au droit moral. Que la protection du pacte culturel soit confiée à l'auteur n'est pas choquant en soi.

¹²²¹ P. Gaudrat, *Encyclopédie Dalloz*, V° propriété littéraire et artistique, 1° propriété des créateurs, n°577 et s. ; V. aussi P. Gaudrat et F. Sardain, « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur », préc.

¹²²² Cass. crim., 3 sept. 2002 : Bull. crim. n°156 : deux sculptures ont fait l'objet de modifications lors de la rénovation de l'établissement qui les exposait. L'atteinte au droit d'auteur en cause ici est clairement une atteinte au droit au respect de l'intégrité de l'œuvre de l'esprit. L'auteur engage une action en contrefaçon. La cour d'appel le déboute aux motifs qu'il n'y avait pas de reproduction, de représentation ou diffusion des œuvres. Il n'y a effectivement pas d'exploitation nouvelle, pas d'atteinte au droit patrimonial en lui-même (la représentation publique de l'œuvre a toujours été autorisée), si ce n'est la divulgation d'une forme nouvelle, forme altérée de l'œuvre originale (on pourrait évoquer une adaptation ou la création d'une œuvre dérivée, constituant ainsi une atteinte au droit patrimonial, l'atteinte étant d'autant plus grave que la forme première ne subsistait plus et ce qui excluait l'exploitation de l'œuvre dans sa modalité principale d'exploitation pour les œuvres relevant du genre sculptural, l'exposition publique, au contraire de l'œuvre seconde seule à être désormais exposée ; l'atteinte à l'intégrité de l'œuvre étant néanmoins symboliquement plus forte et juridiquement première). La Cour de cassation casse la décision d'appel : il y a bien ici une représentation de l'œuvre, représentation contrefaisante puisqu'il s'agit de la représentation d'une œuvre dénaturée, et que la cour considère comme nouvelle : doit donc être sanctionnée « une nouvelle représentation de l'œuvre est réalisée par sa communication au public sous une forme altérée ou modifiée ».

Certes l'auteur est, dans une certaine mesure, à la fois juge et partie. D'un autre côté, il est à l'origine de l'œuvre, ce qui justifie en soi l'exorbitance de ses pouvoirs sur elle. Comme un propriétaire peut disposer de son bien, l'auteur doit pouvoir disposer de sa création : la livrer à autrui, la libérer de son autorité ou continuer de l'y contraindre. Le personnalisme de cette propriété, la profondeur et l'intimité de la relation entre l'œuvre et l'auteur justifient l'*auctoritas auctoris* vis-à-vis des tiers et du public. La convergence des intérêts entre l'auteur et le public (la culture, la communion par la communication de la forme interne de l'œuvre) donnent autorité à l'auteur. D'autant que le nom de l'auteur est associé à son œuvre et qu'il assume la responsabilité culturelle de sa communication, y compris quand la forme délivrée n'est pas conforme à la forme créée. Étant responsable de ce devenir de l'œuvre, l'auteur doit pouvoir faire respecter sa volonté par rapport au contenu intellectuel de l'œuvre. L'auteur, le *pater operae*, est souverain¹²²³ dans son œuvre et en détermine seul l'essence. Il est légitime qu'il ait toute autorité pour garantir le pacte culturel existant entre lui et le public par rapport aux tiers. De plus, l'œuvre est protégée contre l'auteur lui-même : le droit de retrait et de repentir est strictement encadré (indemnisation préalable, limitation à l'exploitation de l'œuvre et non au support) et la protection par les instances culturelles dépasse parfois celle que l'auteur accorde lui-même¹²²⁴. La mort de l'auteur n'entraîne pas la déshérence du droit moral. Il est prévu une dévolution *post mortem* du droit moral. La survivance même du droit moral, qui est perpétuel, démontre que le droit moral n'est pas un simple droit de la personnalité. Il ne s'éteint pas à la mort de l'auteur car la personnalité de l'auteur est pour toujours incarnée dans l'œuvre¹²²⁵. Sa personnalité dans l'œuvre sera perpétuellement protégée par le droit moral. Les personnes qui lui sont les plus intimes¹²²⁶ sont considérées comme les plus aptes à la défendre. Cette dévolution ne s'interrompt pas¹²²⁷. D'autre part, l'action pénale permet à la société représentée par le Procureur de la République d'agir. Bien sûr, on peut douter de la vigilance des institutions judiciaires d'ores et déjà débordées. Néanmoins, on ne peut présumer du silence des instances culturelles officielles ou des sociétés d'auteur, sociétés dont l'intérêt à agir est reconnu¹²²⁸, qui pourront toujours informer le Ministère public des atteintes graves causées à

¹²²³ Sur cette notion de souveraineté, B. Edelman, *Le sacre de l'auteur*, Le Seuil, 2004

¹²²⁴ M. Cornu et N. Mallet-Pujol, *Droit, œuvres d'art et musées*, préc., n°646.

¹²²⁵ V. en ce sens, F.-R. Chateaubriand, *Mémoires d'Outre-Tombe*, Livre de poche, 1992, éd. P. Clarac.

¹²²⁶ Remarquez la particularité de la dévolution du droit moral établie dès 1957.

¹²²⁷ Ainsi l'héritier de Victor Hugo peut agir en défense du droit moral même aujourd'hui. Simplement, son droit d'action ne lui permet pas de s'opposer à une exploitation (qui relève du droit patrimonial ; l'œuvre étant désormais dans le domaine public, l'exploitation d'une suite aux Misérables, est possible), cf. supra.

¹²²⁸ Cf. supra n°166.

l'intérêt de la société qu'est l'intérêt culturel. Cette hypothèse risque certes d'être limitée aux œuvres les plus connues : *de minimis non curat praetor*. Toutefois, ceci semble justifié dans la mesure où l'action devrait, de toute façon, être proportionnée à l'atteinte à l'intérêt culturel et être conciliée avec d'autres valeurs fondamentales, notamment la liberté de création, l'accès du public à la culture et à l'information. Notons d'ailleurs que l'intérêt culturel du public est aussi l'accès à la culture. Ceci s'oppose *a priori* à l'exercice du droit de non divulgation. Néanmoins, si le public a bien un droit d'accès à l'information et à la culture, il n'a pas de droit à la création. L'auteur n'a pas de devoir de création, sauf à envisager une responsabilité contractuelle en cas d'engagement de création mais il ne s'agit pas d'une obligation à l'égard du public mais d'un cocontractant. Le public n'a donc pas de droit à la divulgation. Lorsque l'auteur a clairement exprimé sa volonté de ne pas divulguer, la divulgation ne peut avoir lieu contre son gré. Lorsque l'opinion d'un auteur décédé n'est pas connue, on présume son acceptation de la divulgation¹²²⁹, celle-ci entrant logiquement dans la démarche créatrice d'un auteur puisqu'elle en est normalement l'aboutissement. On présume donc la concordance de l'intérêt de l'auteur à celui du public. La protection intellectuelle et morale de l'auteur fait toute la singularité de la propriété dont il est le bénéficiaire. Elle dépasse d'ailleurs les prérogatives d'un simple propriétaire pour le constituer en garant d'un intérêt général. Au contraire en matière technique, c'est la protection patrimoniale du breveté qui garantit la satisfaction des intérêts de la société. La loi du 1^{er} août 2006¹²³⁰ a renforcé l'idée que le droit d'auteur avait une vocation culturelle et sociale, notamment en son volet patrimonial : d'abord la liste des exceptions s'est allongée et nombre d'entre elles sont justifiées par un tel intérêt (exception d'enseignement et de recherche, exception en faveur des musées et archives, exception en faveur des handicapés¹²³¹) ; ensuite, l'introduction de dispositions spécifiques au droit d'auteur des agents publics met en exergue l'importance du service public. Le droit d'auteur est donc limité par des considérations d'intérêt général dans la mesure où il a une vocation culturelle et non simplement économique.

¹²²⁹ Cette présomption admise par une majorité de la doctrine peut être inférée de l'existence du droit de publication posthume qui rend licite la publication d'une œuvre non divulguée précédemment. Le législateur a bien envisagé cette hypothèse.

¹²³⁰ L.n°2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, complétée par la loi n°2009-669 du 13 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, prévoyant l'exception aux fins de conservation ou de préservation des conditions de consultation à des fins de recherches ou d'études privées par des particuliers, exception valable pour les bibliothèques, musées et services d'archives.

¹²³¹ CPI, art. L.122-5, 3°, e, 7°, 8°, 9°.

313. **Exemple du droit des brevets.** Certains considèrent le brevet comme une récompense de la divulgation ; d'autres préfèrent y voir un « instrument de développement économique » récompensant plus l'investissement que la création¹²³². Néanmoins, la doctrine s'accorde à reconnaître que « *le brevet est conçu comme instrument de promotion du progrès technique et, partant, au-delà du développement d'une technique, comme instrument de développement social. Il apparaît fondamentalement comme instrument d'incitation à la recherche-développement* »¹²³³. Dès lors, plus que la création, c'est la divulgation qui va être créatrice de droit. L'inventeur n'a pas non plus de devoir de divulgation. Il n'a pas de devoir vis-à-vis de la société. Il n'est qu'incité à divulguer. Il peut préférer tenter de garder son avantage technique en conservant le secret autour de son invention. Néanmoins, outre la délicatesse à maintenir le secret autour de son savoir-faire, il ne pourra interdire à autrui d'acquérir par lui-même la technique qu'il possède, contrairement au brevet. Il perd donc l'occasion d'obtenir un monopole et donne à autrui l'occasion de s'en constituer un. Certes, il pourra toujours bénéficier d'un droit de possession personnelle antérieure – qu'il devra démontrer –, mais la protection est bien moindre. Par ailleurs, toutes les divulgations ne sont pas constitutives de droit. Au contraire, seule la divulgation réalisée à l'occasion de la demande de brevet confère un droit au titre. Rares sont les exceptions admises¹²³⁴. Pour qu'il y ait « récompense », la divulgation doit obéir à des conditions de forme et de fonds, notamment décrire l'intégralité de l'invention – de son procédé d'obtention à son fonctionnement technique : l'homme de métier doit pouvoir l'exécuter grâce aux seules indications de la description¹²³⁵. A défaut, la divulgation est insuffisante et ne sert à rien¹²³⁶.

¹²³² Pour une présentation, F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, préc. n°9 et s. V. également J. Tirole, C. Henry, M. Trommetter et L. Tubiana, B. Caillaud, *Propriété intellectuelle*, rapports pour le Conseil d'analyse économique, La documentation française, 2003, spéc. p.18 et s.

¹²³³ J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, PUF, Thémis Droit, 1990, p.8 ; dans le même sens, F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, préc., n°8-12 ; J. Schmidt-Szalewski et J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 2001, n°6.

¹²³⁴ CPI, art. L.611-13.

¹²³⁵ CPI, art. L.612-5. Pour des illustrations : Cass. com. 22 mars 2005, n°03-16532, qui retient que l'homme de métier était à même d'exécuter l'invention et d'adapter les données décrites en fonction du taux indiqué pour parvenir au résultat exposé ; Cass. com. 5 mars 1991, n°89-16114, qui retient que les contradictions entre les descriptions et les dessins sont tellement importantes qu'elles ne permettent pas à l'homme de métier d'exécuter l'invention et considère donc la description insuffisante. V. aussi invitant la cour d'appel à considérer les dessins pour comprendre la description des revendications : Cass. com., 20 mars 2007 : Bull. n°89. En revanche, la Cour de cassation n'exige pas que la preuve d'un résultat technique, V. Cass. com., 16 juin 1992 : Bull. n°234 : « *Vu l'article 14 bis de la loi du 2 janvier 1968 ; Attendu qu'aux termes de ce texte, une invention doit être exposée dans la demande de brevet de façon suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter (...); [que] l'arrêt retient que la description du brevet ne permettait pas à un professionnel « de déduire les propriétés pharmacologiques et, par voie de conséquence, les réelles possibilités d'utilisation du produit pour lequel le brevet était demandé alors que celui-ci ne comportait pas de précision suffisante en l'absence d'indication sur son action sur les mécanismes physiologiques des êtres vivants et sans le préalable d'expériences de laboratoire de nature à vérifier l'effet thérapeutique produit* »

Ainsi la société s'interdirait-elle la brevetabilité en divulguant insuffisamment : elle risquerait d'empêcher la demande de brevet d'aboutir ou ne serait pas protégée contre la contestation du brevet à l'occasion d'une action en contrefaçon. Par ailleurs, l'insuffisance de la description ne peut être compensée ni à l'occasion d'une action judiciaire, ni par un brevet ultérieur si entretemps l'état de la technique a évolué : le demandeur du brevet prend donc des risques en limitant l'étendue de la divulgation. On comprend ici la réalité du principe de récompense : seule les inventions suffisamment divulguées, suffisamment décrites pour faire évoluer l'état de la technique sont protégées ; si l'entreprise tient à conserver son avantage technologique par le secret, elle n'est pas protégée par le brevet. La divulgation dépend donc de la volonté et du comportement de l'inventeur, le fait de la divulgation peut également être réalisé sans volonté de divulguer¹²³⁷. On remarque néanmoins que la divulgation permise par des moyens frauduleux n'est pas constitutive d'antériorité : l'usurpation¹²³⁸, voire le vol d'information, interdisent la preuve de l'antériorité. L'exposition de l'invention dans une enceinte scientifique, alors que la personne manifeste dans les six mois la volonté de la breveter, anéantit aussi le caractère antériorisant de la divulgation. Le fait de la divulgation n'est donc pas pleinement constitutif de droit. Autant la maladresse, l'imprudence de l'inventeur pourront amener à constituer la divulgation malgré sa volonté de breveter, autant la divulgation malveillante n'est pas une antériorité. Ainsi, la dimension industrielle, économique et sociale de l'invention

chez l'homme ou chez l'animal » ; *Attendu qu'en ajoutant ainsi à la description de l'invention l'exigence d'un résultat, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ». On peut se demander si la Cour de cassation reproche réellement à la cour d'appel d'exiger la preuve d'un résultat technique : l'invention est une réponse technique à un problème technique, elle doit donc *a priori* permettre l'obtention d'un résultat technique, même si celui-ci n'est pas en soi l'objet de la protection et qu'une autre invention permettant l'obtention du même résultat pourrait être également protégée. En revanche, la cour d'appel demandait la preuve de l'effet thérapeutique de l'invention, c'est-à-dire au-delà de la description du procédé d'obtention de l'invention et de son mode de fonctionnement, la description de son intérêt thérapeutique, ce qui n'est pas une condition de brevetabilité, cf. *supra* à propos de l'intérêt économique ou industriel de l'invention.

¹²³⁶ Pour des illustrations : CA Rennes, 10 janv. 2006 : Propr. Intell. 2006, p.346, obs. J.-C. Galloux ; CA Paris, 20 mai 2005 : Propr. Intell. 2005, p.462, obs. B. Warusfel ; CA Paris, 22 fév. 1995 : PIBD 1995, III, p.263 ; TGI Paris, 15 juin 1999 : PIBD, 2000, III, p.80.

¹²³⁷ La mention « confidentiel » sur des documents technique ou l'apposition d'une clause de réserve de droits est insuffisante lorsqu'avant toute demande de brevet, l'inventeur propose des documents décrivant précisément l'invention : Cass. com. 7 oct. 2008, n°07-17518 : Propr. Ind. 2009, comm. n°19 note Boizard. V. aussi CA Paris, 26 janv. 1993 : RDPI 1993, p.51 ; CA Paris, 4 fév. 1993 : RTDcom. 1993, p.503, obs. J. Azéma. Comp. CA Paris, 18 janv. 1990 : PIBD 1990, III, p.252 ; RTDcom. 1990, p.378, obs. A. Chavanne et J. Azéma, qui admet la validité de l'accord de confidentialité. Comp. aussi la position plus favorable aux inventeurs de l'OEB, l'accord de confidentialité pouvant même être verbal et étant inhérent aux relations d'affaires : OEB, chambre des recours techniques, 23 juill. 1993, T. 830/90.

¹²³⁸ CPI, art. L.611-13, a.

l'emporte¹²³⁹. La recherche du développement et du progrès social par le progrès scientifique et technique, ainsi que la recherche d'une compétitivité économique, intrinsèques à la matière, ont conduit à adopter une démarche pragmatique. On quitte la logique humaniste essentiellement individualiste du droit d'auteur pour une philosophie humaniste (on protège la personne contre les malveillances) mais à vocation sociale : l'invention doit servir l'intérêt de la société. Ceci déteint sur la conception de la « récompense » accordée par la reconnaissance de l'existence d'une propriété intellectuelle : le titre va à l'investisseur plus qu'au créateur. Dès lors, le propriétaire de l'invention n'est pas l'inventeur mais son ayant cause, celui qui divulgue, celui qui a la capacité et la volonté d'exploiter, souvent son employeur ou un cessionnaire. L'inventeur se voit néanmoins reconnaître un droit au nom : « *l'inventeur, salarié ou non, est mentionné comme tel dans le brevet* »¹²⁴⁰. Ce droit au nom, considéré comme un droit moral¹²⁴¹, résurgence de personnalisme, permet aussi à l'inventeur de conserver l'anonymat. En cela, il rappelle le droit à la paternité du droit d'auteur, alors même que la solution ne s'imposait pas. Il eut en effet été possible d'imposer la mention de la personne de l'inventeur, cette mention étant indispensable au dépôt du brevet aux États-Unis notamment, le brevet américain ne pouvant être accordé qu'à l'inventeur, réellement à l'origine du processus créatif, c'est-à-dire à une personne physique. En matière technique, l'invention n'est pas, comme l'œuvre, le reflet de la personnalité de son créateur. Même si l'inventeur s'est nécessairement investi intellectuellement et humainement dans l'acte créatif, la relation entre lui et l'invention est bien moins étroite qu'entre l'œuvre et son auteur. La « personnalité » de l'inventeur n'a donc pas à être défendue à travers l'invention, si ce n'est par le respect de sa paternité. De plus, le droit au respect a vocation à préserver le pacte culturel conclu entre l'auteur et le public. A l'inverse, le droit des brevets incite l'inventeur à confier sa création au public pour faire bénéficier l'ensemble de la société du progrès technique ainsi réalisé, ceci moyennant un dédommagement de l'avantage technique perdu : la garantie du monopole sur cet avantage pendant vingt ans. Or « *la justification du système des brevets est en ralentissant la diffusion du progrès technique de garantir une plus grande quantité de progrès à diffuser* »¹²⁴². Il est donc de l'ordre du droit des brevets non pas de garantir l'intangibilité de l'invention mais au contraire d'inciter son

¹²³⁹ Sur l'intérêt théorique de ces dispositions pour définir une théorie générale de la propriété intellectuelle et de la propriété contredisant le caractère égoïste du droit de propriété, J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, PUF, 1991, coll. Droit fondamental, spéc. p.387.

¹²⁴⁰ CPI, art. L.611-9.

¹²⁴¹ TGI Paris, 4 nov. 1993 : PIBD 1994, 560, III, 74, Dossiers Brevets 1994, II, 4 ; TGI Paris, 1^{er} sept. 1999 : RDPI 1999, n°105, 39, obs. Roche

¹²⁴² J. Robinson, *The accumulation of capital*, 1956, p.87, cité in J. M. Mousseron, *Traité des brevets*, Litec, 1984, n°3.

développement. Dès lors, un équivalent du droit au respect est inenvisageable en matière technique. Néanmoins, si l'adaptation de l'invention est libre, son exploitation ne l'est pas¹²⁴³. Elle est soumise à l'obtention d'un brevet de perfectionnement et à une licence d'exploitation accordée par le titulaire du brevet initial. Comme en matière d'œuvre dérivée, l'exploitation d'une invention de perfectionnement implique l'association du titulaire du brevet initial. De la même manière, le titulaire du brevet initial ne pourra exploiter le perfectionnement qu'avec l'accord du titulaire du second brevet. Le refus de concéder une licence est soumis aux limites classiques du monopole¹²⁴⁴. Si le titulaire du brevet initial lui interdit toute exploitation de son invention et qu'il démontre que l'invention offre des perspectives techniques et économiques importantes, le titulaire du brevet de perfectionnement pourra obtenir, au-delà de trois années après la délivrance du brevet ou quatre années après le dépôt de la demande, une licence de dépendance, accordée dans l'intérêt public et donnant lieu à redevances¹²⁴⁵. L'intérêt public est donc bien le perfectionnement de la technique. Notons que le propriétaire du brevet initial peut demander la concession d'une licence sur le brevet de perfectionnement et donc exploiter parallèlement le perfectionnement. La sanction du refus d'exploitation est donc proportionnée et contraignante pour chacun des brevetés qui ont donc intérêt à collaborer. Cette sanction pose en principe le respect de la propriété d'autrui et résout le conflit sur le mode de la propriété mitoyenne. L'article 658 du Code civil prévoit en effet que *« tout copropriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen ; mais il doit payer seul la dépense de l'exhaussement et les réparations d'entretien*

¹²⁴³ CPI, art. L.613-15.

¹²⁴⁴ Les limites de la propriété sont fixées, comme l'édicte l'article 544 du Code civil en fonction des usages et des lois. Il convient ici de concilier les droits de propriété des deux propriétaires, si l'un est « dépendant » de l'autre car sa création est secondaire, il ne doit pas pour autant être dominé. Par ailleurs, pour opérer la conciliation de ces droits, il est nécessaire d'identifier les intérêts en cause qui ne sont pas nécessairement que des intérêts économiques égaux et individuels entre deux propriétaires concurrents, la société peut avoir intérêt à l'exploitation de l'invention *a priori* utile que le brevet protège. Pour une analyse historique de la licence de dépendance, B. Humblot, « Droit des brevets : éloge posthume de la licence obligatoire de dépendance », RLDI 2012, n°83, p.69, n°2801, citant Renouard : « *« La cause de notre législation sur les inventions industrielles est le besoin de régler conformément à la justice, et à l'utilité réciproque, les rapports d'un inventeur et de la société, en ne sacrifiant ni les droits, ni les intérêts de l'un ni de l'autre. » Renouard, en 1825, témoignait ainsi de ce que le droit des brevets est – lui aussi – une construction d'équilibre, un arbitrage permanent entre des intérêts parfois divergents, parfois convergents. Si l'intérêt de l'inventeur à disposer d'un monopole aussi puissant et durable que possible est manifeste, fortement identifié, défendu par des groupements, l'intérêt de la société est, pour sa part, moins éclatant, moins souvent reconnu, mais néanmoins essentiel. On a souvent dit que cet intérêt, c'était la libre concurrence à laquelle le monopole porte atteinte temporairement. C'est exact assurément mais c'est aussi – et peut-être même surtout – la libre recherche, l'encouragement des innovations et la possibilité effective d'en exploiter les résultats »*. Le progrès est même la raison d'être du droit de brevet telle qu'elle a été identifiée par Renouard (*« Le bien être de l'humanité veut que l'activité de l'esprit humain puisse s'exercer sur des objets utiles, et que de premiers progrès soient le gage et la cause de progrès nouveaux »*), cité également par B. Humblot), ce qui oblige à la prévision de licence de dépendance.

¹²⁴⁵ Sur les limites des licences de dépendance et l'influence restrictive des accords ADPIC : B. Humblot, « Droit des brevets : éloge posthume de la licence obligatoire de dépendance », préc.

au-dessus de la hauteur de la clôture commune ; il doit en outre payer seul les frais d'entretien de la partie commune du mur dus à l'exhaussement et rembourser au propriétaire voisin toutes les dépenses rendues nécessaires à ce dernier par l'exhaussement ». Or si le titulaire d'un brevet de dépendance n'est pas à proprement parler un copropriétaire du brevet initial, il est clair que les deux brevets sont liés. Le perfectionnement pourrait être assimilé à l'exhaussement du mur, l'invention initiale correspondant au mur. En admettant l'hypothèse du brevet de perfectionnement et en prévoyant l'hypothèse d'une licence de dépendance, le législateur n'a-t-il pas confié au second breveté des droits sur l'invention première. Sans parler de copropriété, puisque le second breveté n'a aucun droit sur l'exploitation séparée de la première invention et ne peut donc céder la licence de dépendance dont il bénéficierait sans céder son propre brevet de perfectionnement, on peut au moins envisager l'existence d'une servitude, l'exploitation du brevet second impliquant l'exploitation du premier brevet. Néanmoins, le second breveté semble bénéficier des mêmes droits que le propriétaire d'un mur mitoyen sur son exhaussement : il assume seul les dépenses et frais d'entretien liés à l'exhaussement (la recherche, le dépôt de la demande de brevet, les redevances dues à l'INPI), il doit rembourser au propriétaire voisin toutes les dépenses rendues nécessaires à ce dernier par l'exhaussement (association du premier breveté aux bénéfices de l'exploitation du brevet de perfectionnement puisque le perfectionnement implique l'exploitation de la première invention et lui fait perdre de la valeur). Si l'exploitation du premier brevet n'est plus en soi intéressante, le second breveté peut demander une cession de brevet qui impliquera qu'il assume la totalité des redevances à verser, donc la totalité des frais liés à la nouvelle exploitation. L'article 659 prévoit que le propriétaire supporte l'ensemble des frais liés à la reconstruction si le mur ne pouvait supporter l'exhaussement. Enfin et surtout, le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement peut en acquérir la mitoyenneté, ce que peut aussi réclamer le premier breveté en cas de licence de dépendance (en cas d'accord entre les parties, il est d'ores et déjà associé à l'exploitation). Or, jamais le propriétaire d'un bien sur lequel pèse une servitude ne peut avoir de droit sur le bien qui bénéficie de la servitude. Au regard de son régime, la licence de dépendance est donc plus proche de la mitoyenneté que de la servitude. D'ailleurs, l'article 661 du Code civil prévoit une cession forcée en ce qu'il permet à « *tout propriétaire joignant un mur (...) de la rendre mitoyen en tout ou partie, en remboursant au maître du mur la moitié de la dépense qu'il a coûté (...)* » qui accrédite la pertinence de notre comparaison. Les attributs du droit moral établis par le droit d'auteur ne trouvent donc pas d'équivalent en droit des brevets. La différence entre ces deux branches de la propriété intellectuelle est donc évidente et impose la distinction. Pour autant, la protection patrimoniale, surtout en droit des brevets mais aussi en droit d'auteur, participe de la défense d'un intérêt social. D'où la mise en exergue de

l'obligation d'exploitation, commune à toutes les propriétés intellectuelles, dont c'est la vocation même. D'où les limites conférées à l'exclusivité : l'exclusivisme incite à l'innovation mais peut aussi nuire à l'innovation s'il empêche la recherche, s'il empêche les dépôts postérieurs. Les propriétés intellectuelles, et plus encore les propriétés industrielles, sont donc des propriétés affectées à l'exploitation, Le régime de la propriété doit donc encourager toujours cette exploitation : l'exploitation est à la fois le fondement, l'objet et la limite de la propriété intellectuelle¹²⁴⁶.

314. Les intérêts juridiquement protégés par le droit de propriété peuvent être multiples. Le patrimonial n'est pas exclusif de l'extrapatrimonial, et *vice versa*. Le droit de propriété est avant tout un droit patrimonial. Le Professeur Terré définit en effet les droits patrimoniaux par rapport au fait qu'ils ont essentiellement pour but de défendre des intérêts pécuniaires¹²⁴⁷. De la même manière, le Professeur Aubert¹²⁴⁸ oppose les droits dont la finalité est principalement économique à ceux qui sont *a priori* au moins, étrangers à cette fin. Il conclut toutefois qu'on distingue les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux par rapport à la pécuniarité. La pécuniarité est donc le critère de la patrimonialité des droits mais le caractère patrimonial d'un droit n'exclut pas la poursuite d'un but autre que purement économique. Les Professeurs Zenati et Revet vont plus loin car ils prônent la confusion des concepts de propriété et de droit subjectif. Ils admettent donc que le droit de propriété puisse ne pas protéger un intérêt économique¹²⁴⁹, le droit subjectif étant, comme l'a déjà défini Ihéring¹²⁵⁰, la reconnaissance d'un intérêt juridiquement protégé. Analysant les droits de propriété portant sur les fruits du travail et de la création, il semble que le droit de propriété protège nécessairement un intérêt économique mais qu'à l'occasion sont aussi protégés un intérêt personnel voire un intérêt social. Cette démonstration emporte deux séries de conséquences : d'une part, le régime de ces propriétés est en partie dicté par des considérations d'ordre personnel et social ; d'autre part,

¹²⁴⁶ Sur les insuffisances du régime actuel, notamment du fait de l'absence d'exploitation suffisante des brevets, sur la frilosité des entreprises françaises à accorder des licences d'exploitation et les insuffisances du régime positif à mettre en place une véritable obligation d'exploiter, ce qui peut conduire à une critique du droit des brevets dans ses fondements, C. Birraux et J.-Y. Le Déaut (Députés), *L'innovation à l'épreuve des peurs et des risques*, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Rapport à l'Assemblée nationale n°4214 et Rapport au Sénat n°286, déposé le 24 janvier 2012. Pour une présentation des efforts mis en œuvre en matière d'incitation à la valorisation par le brevet, N. Bronzo, « France Brevets, ou le fonds d'investissement qui ne voulait pas être un patent troll », *RLDI* 2012, n°83, p. 79, n°2802.

¹²⁴⁷ F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^e éd., 2009, n°234.

¹²⁴⁸ J.-L. Aubert et E. Savaux, *Introduction au droit*, Sirey, 13^e éd. 2010, n°201.

¹²⁴⁹ Ce qui semble être le cas de la propriété du corps.

¹²⁵⁰ V. aussi M. P. Coulombel, « force et but dans le droit selon la pensée juridique de Ihéring », *RTDciv.* 1957, p.609 ; dans le même sens, H. Capitant, « sur l'abus des droits », *RTDCiv.* 1928, p.365.

en cas de conflit, l'analyse de ces intérêts pourra servir de mode de résolution¹²⁵¹. Ainsi, l'intérêt général doit primer l'intérêt personnel, qui lui-même prime le seul intérêt économique. Cette analyse en termes d'intérêts juridiquement protégés dépasse le cas particuliers des droits de propriétés sur les fruits du travail ou de la création. La dimension collective de la propriété, confrontée à la politique de logement, a une incidence sur le régime de la propriété des immeubles bâtis. La dimension collective de la propriété sur les œuvres de l'esprit, en ce qu'elle touche à un objet relevant de la culture, a une incidence sur le régime du droit d'auteur qui ne peut s'exercer contre le développement de la culture. Le droit à la culture prime le droit d'auteur. Mais droit à la culture ne signifie ni accès libre et gratuit, ni libre utilisation des œuvres. La primauté de l'intérêt personnel sur l'intérêt économique suppose aussi l'existence de l'intérêt personnel. Aussi le droit d'auteur s'applique-t-il au seul rapport entre l'auteur et l'exploitant et non entre exploitants¹²⁵² : certains aspects du régime du droit d'auteur (interdiction de la cession globale des œuvres futures, rémunération proportionnelle, cession délimitée, droit moral) ayant vocation à préserver les intérêts personnels de l'auteur, l'exploitant ne peut s'en prévaloir dans ses relations avec ses cocontractants, l'intérêt de l'exploitant étant purement économique. Seul l'auteur peut donc invoquer l'exigence de cession délimitée. L'exploitant peut imposer à ses cocontractants une rémunération proportionnelle mais seulement dans le cadre du contrat. Il en est de même en droit des brevets, marqué en son régime (licences d'office, licences obligatoires, limites au monopole du breveté) par les impératifs relevant de l'intérêt général, qui dépassent l'intérêt économique du breveté. Plus globalement, l'analyse de ces intérêts facilitera l'application de la théorie de l'abus de droit à ces droits de propriété si particuliers. La propriété se teinte ici d'humanisme, humanisme qui avait conduit le législateur révolutionnaire à reconnaître avec grandiloquence la propriété des créateurs. La protection du travail est plus pragmatique, plus marquée par la recherche, essentielle, de l'efficacité économique, ce qui a d'ailleurs conduit à l'éviction de la force de travail du champ propriétaire. La mise en exergue toujours plus accrue de l'importance économique de la création, accompagnée de son assimilation croissante au travail, conduit dès lors certains à une remise en cause du personnalisme inhérent à cette

¹²⁵¹ En ce sens, V. M. Desserteaux, « abus de droit ou conflits de droit », RTDCiv. 1906, p.119, qui évoque l'hypothèse de conflits de droits qu'il va falloir concilier, et spec. p.126 : « *je crois qu'une saine méthode juridique permet lorsque le conflit est prouvé, de rechercher lequel des deux intérêts doit fléchir devant l'autre* ». V. sur la distinction du critère de l'abus de droit selon l'intérêt en cause, H Capitant, « Sur l'abus des droits », RTDCiv. 1928, p.365, spec., p.370 et s. se ralliant à Josserand et à la distinction des droits à caractère égoïste et des droits à caractère altruiste.

¹²⁵² Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1993, Perrier : Bull. n°284 ; D. 1994, p.166, note P.-Y. Gautier ; RTDCom. 1994, p.272, obs. A. Françon.

propriété, voire de la propriété souveraine. Une telle solution ne s'impose pourtant pas car d'autres régimes propriétaires présentent des spécificités identiques. C'est donc plutôt une définition castratrice du droit de propriété qu'il convient de dépasser. Cette diversité des régimes propriétaires est d'ailleurs largement relayée par le développement des régimes en dehors du Code civil, qui s'il a vocation à définir le concept de propriété, semble en partie dépassé, au moins dans sa rédaction.

CONCLUSION

315. Le travail et la création sont deux modes de production de valeurs, mais deux modes de production de valeurs liés à l'activité humaine. Ces valeurs ont vocation à être appropriées, et pour la plupart sont l'objet d'un véritable droit de propriété. Malgré ce qui les rassemble, les fruits du travail et de la création ont été des objets de propriété particulièrement intéressants à étudier du fait de leur diversité. Les fruits du travail sont aussi bien des fruits corporels qu'incorporels ou intellectuels ; ils ont parfois une existence en eux-mêmes, parfois ils s'incorporent dans un autre bien. Les créations sont des formes et existent indépendamment de leurs supports. Enfin, les fruits de ces activités sont plus ou moins marqués par la personnalité de celui qui en est à l'origine.

316. Ce second chapitre a permis de démontrer la diversité des régimes propriétaires et que cette diversité des régimes est liée à la diversité des objets de propriété. Car le bien, par les utilités qu'il présente ou ne présente pas, contribue à la définition du contenu du droit de propriété qui porte sur lui. Les régimes peuvent être classés, des traits communs peuvent être mis en évidence. A la distinction classique des immeubles et des meubles, peuvent être ajoutées la distinction des propriétés réelles et des propriétés intellectuelles, ainsi que la distinction des propriétés personnelles et impersonnelles.

317. La propriété intellectuelle a pour objet une forme, qui est certes immatérielle mais qui surtout ne donne pas prise à un *corpus* possessoire, du fait de son ubiquité¹²⁵³. L'ubiquité de la forme interdit la maîtrise matérielle de l'objet de droit et implique un régime de propriété particulier, distinct des régimes de propriété réelle, qui portent sur les choses corporelles ou immatérielles. L'immatérialité de la chose impose ici une adaptation du régime propriétaire mais n'implique pas de le penser d'une manière totalement différente. Tel n'est pas le cas des propriétés intellectuelles. Ces propriétés exigent la mise en œuvre d'une protection spécifique de la propriété, pour garantir l'exclusivité. Le besoin de protection est ici accru du fait de l'ubiquité de la forme, qui permet des jouissances concomitantes de la forme. Les usages et les exploitations des utilités des objets de propriété réelle ou de propriété intellectuelle, donc les

¹²⁵³ V. également C. Simler, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préc., n°142, évoquant le caractère « ubiquiste » de l'œuvre de l'esprit et considérant que le fait d'exploiter constitue un acte de possession, que cette possession par l'auteur est possible sans exercer pour autant le droit à la paternité ou une action en revendication de la paternité de l'œuvre, mais qu'elle expose le prétendu auteur exploitant à une action en contrefaçon. Elle considère donc que « l'auteur dont l'œuvre a été divulguée sans mention de son nom n'est pas totalement dépossédé de sa chose. Il est néanmoins privé de la possession exclusive de son œuvre et subit donc une dépossession partielle. L'action de l'auteur [revendiquant la paternité de l'œuvre] a ainsi le même objet que l'action en revendication : lui permettre d'exercer pleinement son droit en excluant les tiers de toute jouissance ».

contenus des régimes propriétaires, sont également très différents, du fait de cette éventuelle concomitance. Les propriétés intellectuelles ont donc des régimes centrés sur la question de l'exploitation (organisation de l'exploitation, limites de l'exploitation, obligation d'exploitation et protection de l'exploitation), alors que la question peut être plus accessoire pour les objets de propriété réelle.

318. La distinction des propriétés personnelles et impersonnelles transcende les précédentes distinctions : des biens, immeubles comme meubles, corporels, incorporels comme intellectuels, peuvent faire l'objet d'une propriété personnelle ou impersonnelle. Les propriétés intellectuelles ne sont pas toutes des propriétés personnelles, et *vice versa*. Les propriétés personnelles sont des droits patrimoniaux. En revanche, leur patrimonialité est relative. Leur régime est teinté d'extrapatrimonialité, au moins par certains aspects, ce qui influence leur degré de cessibilité, de transmissibilité.

319. Ces régimes sont divers du fait de leurs objets, du fait de la diversité des utilités qu'ils présentent, mais aussi, presque surtout, du fait de la diversité des intérêts protégés par ces propriétés. Les droits de propriété sont des droits patrimoniaux. Ils ont une valeur pécuniaire. Le premier intérêt protégé par la propriété, celui qui est commun à toutes ces propriétés, c'est l'intérêt économique du propriétaire. La propriété est un moyen de garantir la liberté du propriétaire en ce qu'elle lui assure les moyens de sa subsistance. La propriété porte sur une valeur économique dont elle garantit et assure la jouissance. C'est son rôle premier. Le droit mis en place peut toutefois servir par ailleurs d'autres intérêts, notamment l'intérêt personnel du propriétaire ou des intérêts collectifs, comme l'intérêt de la famille, ou des intérêts supérieurs comme l'intérêt économique, social, culturel de la société. La propriété se teinte alors de personnalisme. Le régime est adapté, la patrimonialité du bien devient relative.

320. On comprend dès lors que la qualification de propriété, si elle est importante en ce qu'elle détermine la nature du droit, n'infère pas pour autant un régime. Si les régimes peuvent être comparés, si des classifications, des principes généraux, des modalités communes peuvent être dégagés, la qualification ne dicte ni régime, ni solution.

321. C'est au contraire à partir de l'analyse de l'objet de droit, de sa nature, de ses utilités ; c'est à partir de la définition des intérêts que protège la propriété que le législateur définit le régime le plus approprié à mettre en œuvre pour l'objet, au profit du propriétaire.

CONCLUSION DU TITRE II.

322. Alors que le premier titre de cette partie était consacré, à partir d'une analyse empirique, à l'appropriation des fruits du travail et des créations, ce second titre a été consacré à une analyse systémique, fondée sur la qualification de propriété des droits portant sur les fruits du travail et de la création.

323. Cette analyse systémique a exigé d'abord de s'attarder sur la définition même de propriété, celle-ci n'étant pas apparue évidente à l'analyse des textes et de la doctrine. La définition donnée par l'article 544 du Code civil (droit de disposer et de jouir des choses de la manière la plus absolue, dans la limite des lois et des règlements) est éclairante mais insuffisante à déterminer les critères de la propriété nécessaires pour opérer une qualification. Au vu de la multiplicité des théories de la propriété, il a semblé qu'il était utile de dépasser l'acception de la propriété mettant en exergue un rapport d'appartenance, une titularité, cette acception renvoyant à la notion d'appropriation. Nous nous sommes donc concentrés sur l'acception de la propriété renvoyant à la puissance propriétaire et à la définition du droit de la propriété. Au vu, là encore, de la multiplicité des définitions doctrinales, nous nous sommes concentrés sur ce qui semblait rassembler les doctrines. Deux critères ont ainsi été mis en évidence : la patrimonialité du droit (défini par la pécuniarité et la cessibilité) et la maîtrise souveraine sur le bien qu'il manifeste.

324. Une fois les critères de qualification déterminés, nous avons pu procéder aux opérations de qualification proprement dites. Les droits portant sur les fruits du travail et les créations ont donc été confrontés aux critères de patrimonialité et de maîtrise souveraine.

325. Ces opérations de qualification nous ont conduit à valider la qualification de propriété pour les droits d'auteur et les droits du breveté. La qualification d'objet de propriété a été exclue pour la force de travail en tant que telle. Il en a été de même des informations et du savoir-faire. En revanche, un certain nombre des objets qui avaient été présentés comme des fruits du travail dans le titre premier consacré à l'appropriation font effectivement l'objet d'une propriété. On remarquera à ce propos la spécificité des fruits personnels du travail, qui utilisent des éléments de la personnalité du travailleur pour approprier la valeur du travail.

326. Comme pour les fruits personnels du travail, la qualification de propriété des droits de propriété intellectuelle, si elle semble l'emporter de nos jours dans la doctrine française, n'était pas si évidente. Car ces qualifications ne sont pas sans incidence sur le concept même de propriété. Au contraire, la qualification de droit de propriété des droits portant sur les fruits du travail et les créations nourrit la définition du droit de propriété et impose de consacrer

l'existence non pas d'un droit de propriété mais de droits de propriété, les régimes de propriété étant divers du fait de la diversité de leurs objets et des intérêts qu'ils protègent.

327. Car si la propriété a vocation à s'appliquer à un objet présentant une valeur économique, si le droit de propriété est nécessairement un droit patrimonial s'appliquant à un objet présentant une valeur pécuniaire, objet suffisamment détaché de la personne pour constituer un bien distinct de la personne du propriétaire, ce que prouve la cessibilité, ou du moins la transmissibilité du bien, ce bien peut aussi présenter d'autres valeurs : une valeur affective, morale, intellectuelle pour le propriétaire ; un intérêt économique, scientifique, technologique, culturel, social pour le public, une communauté (familiale, scientifique, industrielle, ...) ou la société.

328. La propriété est alors un instrument de protection de ces autres intérêts que l'on ne peut qualifier d'intérêts accessoires. S'ils ne sont pas l'intérêt nécessairement protégé par le droit de propriété, ils n'en sont pas moins protégés que l'intérêt économique du propriétaire. Car ces intérêts sont souvent des intérêts supérieurs à l'intérêt économique individuel. C'est d'ailleurs à ce titre que les régimes sont divers : l'intérêt économique succombant face aux intérêts supérieurs qu'il convient de protéger à travers le régime de propriété mis en place, ce qui est commun aux différents droits de propriété n'est pas pour autant au cœur du régime. D'où la difficulté à trouver parfois des dénominateurs communs.

329. En revanche, des dénominateurs communs ont pu être mis en exergue quant aux propriétés portant sur les fruits du travail et les créations :

- ce sont des propriétés « non oisives », tournées vers la mise en œuvre de l'exploitation car l'intérêt du propriétaire, de l'industrie et de la société convergent vers cette exploitation. Le régime de ces propriétés est donc centré sur cette exploitation, sur la définition de l'étendue et des limites de cette exploitation, des modalités de mise en œuvre de cette exploitation.
- ce sont des propriétés personnelles, lorsqu'elles sont le fruit de l'activité, créative ou non, d'une personne identifiable, non interchangeable, dont la personnalité a, à un titre ou un autre, marqué l'objet de la propriété ou est à l'origine de la reconnaissance juridique de l'objet. Le régime propriétaire se teinte dès lors de personnalisme.

CONCLUSION DE LA PARTIE I.

330. Alors que le titre premier a permis d'analyser de manière casuistique les modalités d'appropriation du travail et de la création, c'est-à-dire finalement d'analyser les modes d'acquisition et de réservation des valeurs créées à l'occasion du travail et de la création, en décrivant les fondements et les principes généraux, le titre second s'est intéressé à la vérification de la pertinence de la qualification de propriété. L'existence de l'appropriation ne faisait pas de doute.

331. On a pu toutefois observer l'existence de deux modèles d'appropriation. En matière de création, la vocation à la propriété revient au créateur, du fait de la création. Au contraire, le travailleur a droit à la valeur de son travail mais pas nécessairement à la maîtrise de celui-ci. On remarque donc deux logiques distinctes : alors que la propriété intellectuelle attribue la propriété de la création à celui qui l'a créée du fait de la création, le travailleur bénéficie d'un droit à indemnisation et la propriété sur les fruits du travail revient à l'entrepreneur, à l'investisseur, celui qui maîtrise la matière, l'initiative ou la direction de l'activité ou qui en assume les risques. Aussi le créateur bénéficie-t-il *ab initio* de la propriété de ses créations, au détriment de l'exploitant ; aussi l'employeur bénéficie-t-il *ab initio* de la propriété sur les fruits du travail de son salarié.

332. On remarque néanmoins une certaine convergence des problématiques : intérêt économique de ces appropriations, dimension personnaliste de l'objet pouvant avoir une incidence sur le régime de réservation ; importance de la gestion collective des activités et de l'exploitation des fruits de ces activités ; tendance à l'augmentation du champ de la réservation, tout en observant une tendance à limiter ou réglementer l'étendue des prérogatives accordées. Ces propriétés non oisives ont, au-delà des problématiques, pour point commun d'organiser l'exploitation de leurs objets. Le travail et la création sont des modes de production de la valeur, et c'est en cela que leurs fruits ont vocation à être appropriés pour organiser leur exploitation.

333. La maîtrise de l'exploitation des fruits du travail et de la création est notamment assurée par la définition et le contrôle de la destination de l'exploitation, qui consiste en réalité à définir les utilités de l'objet dont le propriétaire entend jouir, ce qui est le signe du pouvoir du propriétaire sur son bien. Concernant des formes, ou des objets doués d'ubiquité, la maîtrise de l'exploitation implique par ailleurs une protection spécifique de l'exploitation à l'égard des tiers par des mécanismes en garantissant la jouissance exclusive au propriétaire. Les

propriétés intellectuelles doivent à cet égard faire l'objet de dispositifs particuliers. Plus spécifiquement, les propriétés portant sur les créations organisent la divulgation des créations : le premier droit des créateurs est de décider de la divulgation des créations, cette divulgation est la condition première de la patrimonialisation des créations et en définit les contours. Dans une certaine mesure, les propriétés portant sur les créations, dont la reconnaissance est ancienne et les régimes plus aboutis, peuvent servir de modèles aux droits portant sur les fruits du travail liés à la personnalité du travailleur.

334. Ces propriétés non oisives, qualifiées parfois de droits de clientèle, ravivent également le débat sur la distinction des droits réels et des droits personnels, sur les grandes classifications du droit des biens et sur la définition même du concept de propriété.

335. La qualification des droits portant sur les fruits du travail et de la création en droit de propriété revêt une importance symbolique et philosophique indéniable mais au-delà, elle correspond à une réalité juridique qui, d'une part, rend compte de la maîtrise souveraine exercée sur ces objets ; d'autre part, fait entrer ces droits dans le champ d'application de l'article 1^{er} du Protocole additionnel n°1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Il apparaît toutefois à l'analyse que le droit de propriété n'a pas qu'une dimension patrimoniale et n'a pas vocation à ne protéger qu'un intérêt économique. A travers le régime de propriété qu'il institue, le législateur peut viser à protéger des intérêts divers (économique, personnaliste, culturel, social, etc.) dont il fait la synthèse. Ainsi, c'est à travers la propriété que le législateur a organisé un statut protecteur du créateur en matière de droit d'auteur, protecteur de l'exploitation de la création en matière de droit des brevets. Au contraire, lorsqu'il dénie un droit à la propriété au salarié et que celle-ci ne peut donc jouer un rôle protecteur de la personne, il organise un statut protecteur spécifique : c'est le rôle du droit social, et accessoirement, pour les agents publics, du droit de la fonction publique.

336. Ces problématiques, si elles peuvent paraître théoriques, n'en ont pas moins un intérêt très pratique. En effet, c'est sur ces discussions que se fondent la plupart des doctrines s'intéressant aux régimes de propriété des créations de salariés.

337. Quant les relations juridiques se superposent, *quid* de la propriété ? Force est de constater que les deux branches de la propriété intellectuelle n'ont pas là conclu dans le même sens : quand le droit des brevets consacre la propriété de l'employeur-exploitant, le droit d'auteur consacre celle du créateur-salarié. Les deux modèles s'opposent *a priori*. D'aucuns ont tenté d'instituer le modèle d'appropriation du travail comme seul à pouvoir être légitime, l'appropriation découlant de la nature des choses ; d'autres, au contraire, infèrent la légitimité du modèle du droit d'auteur de la nature de l'œuvre de l'esprit et de la nature personnaliste de

l'appropriation. L'étude des modèles d'appropriation du travail et de la création, de leurs régimes et de leurs modalités concrètes de mise en œuvre démontre que la réalité juridique est très nuancée, que la technique propriétaire ne s'oppose pas à une personnalisation des régimes et que cette personnalisation existe aussi bien pour les fruits du travail que pour ceux de la création. Pour autant, les régimes de ces propriétés non oisives sont organisés autour de la maîtrise de l'exploitation car l'exploitation est la raison d'être de ces propriétés.

338. C'est autour de ces deux principes organisateurs (protection de l'exploitation et organisation d'un statut protecteur du créateur-travailleur) que peuvent être étudiés les régimes d'appropriation des créations issues d'un rapport de travail. A cet égard, on notera que la question s'est développée au sein des différentes branches de la propriété intellectuelle en considération de données sociales, économiques, technologiques particulières. Les mutations technologiques actuelles ont pu remettre en cause les équilibres. Les interventions du législateur ont, dans une certaine mesure, conduit à un certain camaïeu en la matière. Les systèmes sont nécessairement perfectibles et des améliorations peuvent être apportées. L'émergence de règles communes est souhaitable pour la cohérence du système juridique. On peut toutefois se demander si l'amélioration des régimes doit passer par l'adoption d'un régime uniforme, comme le préconisent certains, ou une simple perfection des régimes de droit positif pour les rendre conforme à un modèle commun. C'est tout l'objet de la partie II de cette étude.

PARTIE II.

LA PROPRIÉTÉ DES CRÉATIONS NÉES D'UN RAPPORT DE TRAVAIL

339. **Une question de propriété intellectuelle.** Le Code du travail reste essentiellement indifférent à la question des créations nées dans un rapport de travail. Il ne contient que de rares dispositions relatives à cette question : obligation des conventions collectives de contenir des dispositions relatives aux inventions de salariés pour être étendues¹²⁵⁴, statut et rémunération des journalistes, notamment au titre de la publication de leurs œuvres dans un titre de presse¹²⁵⁵. On remarquera néanmoins qu'à l'exception des représentants de commerce, le Code du travail ne contient pas non plus de dispositions relatives à l'appropriation des fruits du travail. Comme il a été démontré, le principe de l'appropriation par l'employeur des fruits du travail de son salarié relève plus des dispositions du Code civil relatives à la propriété et aux manières dont on peut l'acquérir, à titre originaire ou à titre dérivé, notamment grâce aux contrats spéciaux, que de l'objet du droit du travail. De la même manière, la définition de la propriété des créations nées en présence d'un rapport de travail relève du champ de la propriété intellectuelle, propriété spéciale au sein du droit des biens, et non du champ du droit du travail. C'est d'ailleurs au sein du Code de la propriété intellectuelle que l'on trouve l'essentiel des dispositions afférentes à cette question. Cette compétence du droit de la propriété intellectuelle s'explique du fait que c'est cette branche du droit qui définit les objets de droit qu'elle protège et le contenu des droits afférents aux différents types de création. C'est elle qui règle la définition du droit spécial de propriété sur les créations, c'est elle qui règle la question de l'appropriation des créations dans son ensemble, le droit du travail s'intéressant uniquement à la définition du cadre individuel et collectif de la relation salariée.

340. **Une question de titularité.** L'essentiel de la question de la propriété sur les créations nées en présence d'un rapport de travail concerne la titularité des droits de propriété intellectuelle. En effet, l'existence d'un contrat de travail ou la qualité d'agent public ne saurait influencer la qualification de création, œuvre de l'esprit, invention, dessin ou modèle, obtention végétale ou topographie de semi-conducteur. La subordination ne saurait pas plus modifier le régime de la propriété. De manière caricaturale, on dira que l'œuvre de l'esprit reste une œuvre de l'esprit, le droit d'auteur reste un droit de propriété composé d'un attribut intellectuel et moral et d'un attribut patrimonial ; l'invention reste une invention, le droit de brevet un monopole d'exploitation. On aurait pu imaginer que la création dans le cadre du service public connaisse des spécificités : le contribuable pourrait avoir vocation à accéder à l'œuvre née à l'occasion de l'exercice de mission de service public. L'œuvre pourrait ainsi être

¹²⁵⁴ Ctrav., art. L.2261-22, II, 12°), f.

¹²⁵⁵ Ctrav., art. L.7111-1 et s., sur la rémunération, il convient de comparer les dispositions applicables aux journalistes à celles applicables aux artistes du spectacle (spéc. Ctrav., art. L.7113-3 et L.7121-8).

exclue *ab initio* de la protection du droit d'auteur et tomber immédiatement dans le domaine public. Tel est le cas lorsque le produit de l'activité de l'Administration est par nature administratif : il relève dès la création du domaine public. Comme la loi n'est pas l'œuvre de l'esprit réalisée en collaboration par les députés et sénateurs, les documents administratifs ne sont pas des œuvres de l'esprit appropriables par l'agent qui les a réalisées. Et si les règlements, les circulaires, les jugements, les contrats n'accèdent pas à la qualité d'œuvre de l'esprit, c'est autant du fait de la qualité d'agent public de leur auteur que du fait de l'absence d'originalité de l'œuvre : l'agent ne conçoit pas un document administratif en fonction de sa personnalité mais en fonction des nécessités du service public ; il n'a pas de liberté de création mais doit proposer la rédaction exprimant le mieux la volonté de l'Administration¹²⁵⁶. Tel n'est pas le cas en revanche, des photographies originales créées par les agents des services de communication ou de l'inventaire, des œuvres audiovisuelles originales réalisées par les services audiovisuels, des supports de communication originaux produits par les services de communication des personnes publiques, des beaux-livres et ouvrages scientifiques produits par les musées nationaux, les universités, les organismes de recherche, les services de l'inventaire et autres personnes publiques, des cours et conférences originales, etc. Il serait difficile d'établir une liste exhaustive des œuvres originales susceptibles d'être produites par les agents publics. Celles-ci ont vocation à être protégées, et exploitées, comme toute œuvre de l'esprit originale. De la même manière, les inventions des agents publics sont protégeables et ont vocation à être exploitées. Bien que la recherche publique ait vocation à la production et la diffusion des connaissances, cette activité n'a pas à être gratuite. Au contraire, le financement partiel de la recherche par la valorisation des résultats est un objectif essentiel de la politique de recherche¹²⁵⁷. Le service public n'a pas à être gratuit. Certains le sont. Ils n'ont pas tous à l'être¹²⁵⁸. Les créations nées de l'activité de l'Administration ou de ses agents n'échappent donc

¹²⁵⁶ La nature de l'œuvre et les nécessités du service public excluent par ailleurs l'opposabilité des droits intellectuels. Sur la question de l'inopposabilité des droits établis pour les rapports de particuliers à particuliers à l'Administration, V. le célèbre arrêt Blanco : Tribunal des Conflits, 8 fév. 1873 : M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 18^e éd., 2011, n°1 ; le commentateur rappelle ici le principe de « l'autonomie du droit administratif par rapport au droit civil », tout en indiquant son application nuancée puisque les juridictions administratives appliquent parfois les dispositions du droit civil, ou du moins les principes qu'ils contiennent, « mais, dans tous les cas, c'est le juge administratif qui décide s'il y a matière à appliquer le Code civil ou ses principes. Il fait également application des dispositions du droit pénal, du droit de la concurrence, du droit de la consommation en tant qu'elles déterminent la légalité à laquelle l'administration est soumise et en tenant compte de la spécificité de son action ».

¹²⁵⁷ Code de la recherche, art. L.111-1.

¹²⁵⁸ Sur ce point, Conseil d'État, *Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public*, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 2002. Pour de plus amples développements, cf. infra n°402.

pas à la logique propriétaire. Il convient de déterminer les modalités de leur appropriation. Ces modalités varient en fonction des créations.

341. **Diversité des solutions proposées.** Toutes les branches de la propriété intellectuelle ne réservent pas le même traitement à la question de l'appropriation des créations subordonnées : alors que certaines consacrent des dispositions à la question, qu'elles règlent de manières différentes, d'autres ne s'y intéressent même pas. Ainsi, le droit d'auteur affirme le principe d'indifférence des contrats de louage d'ouvrage et de service à la jouissance de la propriété intellectuelle mais organise des régimes de cession spécifiques à certaines catégories de créations ou de créateurs¹²⁵⁹. Le droit des brevets organise un régime spécifique pour les inventions de salariés, distinguant les inventions de mission, propriété initiale de l'employeur, des inventions hors mission dont l'employeur peut, à certaines conditions, se faire attribuer la propriété¹²⁶⁰. Aucune disposition spécifique n'est consacrée aux dessins, modèles, obtentions végétales ou produits semi-conducteurs créés par les salariés ou les agents publics. Il convient toutefois de distinguer entre les dessins, modèles et produits semi-conducteurs, d'une part ; les obtentions végétales, d'autre part. En effet, le droit au titre sur les dessins, modèles et produits semi-conducteurs appartient au créateur ou à son ayant cause¹²⁶¹. Pour les obtentions végétales, aucun droit au titre n'est même évoqué : a vocation au certificat d'obtention végétale celui qui en fait la demande, celui donc qui divulgue une obtention végétale nouvelle. Au fil des dispositions, le code évoque le demandeur du certificat¹²⁶², le titulaire du certificat¹²⁶³ et l'obteneur¹²⁶⁴. L'emploi des termes « demandeur » et « titulaire » du certificat permet de distinguer entre les actes ouverts à la personne qui n'a que demandé le certificat et ne l'a pas (encore) obtenu, d'une part, et les actes que seul le titulaire d'un certificat peut accomplir, d'autre part. Le terme « obtenteur » semble employé comme synonyme¹²⁶⁵. Il n'est pas évident que le terme obtenteur désigne une personne physique¹²⁶⁶. Il est clair qu'une personne morale

¹²⁵⁹ CPI, art. L.111-1.

¹²⁶⁰ CPI, art. L.611-7.

¹²⁶¹ CPI, art. L.511-9 et L.622-3.

¹²⁶² CPI, art. L.623-6.

¹²⁶³ CPI, art. L.623-4, L.623-4-1, L.623-10, L.623-11, L.623-22-1, L.623-22-2, L.623-22-3, L.623-23, L.623-24-2, L.623-24-3, L.623-24-4, L.623-25, L.623-32.

¹²⁶⁴ CPI, art. L.623-4, art. L.623-5, L.623-12, L.623-15.

¹²⁶⁵ V. CPI, art. L.623-4, qui emploie les deux termes. V. également la rédaction des articles L.623-24-1 et L.623-24-2 et s. : il faut l'autorisation de l'obteneur mais c'est le titulaire du certificat qui a droit à une indemnité et qui conclut le contrat.

¹²⁶⁶ Selon l'article L.623-15, c'est l'obteneur qui a l'obligation de conserver une collection végétative de la variété. Toutefois, l'article L.623-12 distingue bien l'obteneur et son ayant cause.

peut demander un certificat d'obtention végétale¹²⁶⁷. La loi semble désormais¹²⁶⁸ exiger un acte créatif : la variété nouvelle doit être « créée » mais elle est protégeable dès lors qu'elle se différencie des autres, qu'elle est homogène et stable¹²⁶⁹. Le fait générateur de la protection semble par ailleurs moins être une quelconque création que la divulgation, dès lors le titre appartient à celui qui en fait la demande. Dans les autres branches de la propriété industrielle, le Code se réfère bien aux créateurs de dessins et modèles¹²⁷⁰ ou de produits semi-conducteurs¹²⁷¹ : il y a ici une condition de création, peuvent déposer le créateur ou son ayant cause. L'employeur peut être l'ayant cause du créateur. Aucun écrit n'est certes exigé, mais l'existence d'un contrat de travail suffit-elle à justifier le droit au titre de l'employeur ? La loi ne précise rien de tel. La loi n'intercède ni en faveur du salarié, ni en faveur de l'employeur. En cas de conflit, il revient donc à la seule jurisprudence de régler le litige. Or, en propriété intellectuelle, il est difficile de se référer à un droit commun, les solutions divergeant selon les créations. Doit-on dans le silence de la loi pencher pour l'indifférence du contrat de travail, comme le prône l'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle ? Pour les produits semi-conducteurs, à défaut de prouver sa qualité d'ayant cause, l'employeur pourrait être à la merci du salarié qui voudrait revendiquer la création de la topographie du produit semi-conducteur¹²⁷². Quant aux dessins et modèles, le déposant est simplement présumé, sauf preuve contraire, bénéficiaire de la protection¹²⁷³. Le salarié créateur, qui peut rapporter la preuve de son activité créatrice et l'absence de cession, pourrait reprocher cette dernière à l'employeur pour revendiquer la propriété du modèle¹²⁷⁴ ou si le modèle est protégeable par le droit d'auteur, en demander l'annulation, le modèle ayant été déposé en fraude de ses droits¹²⁷⁵. Doit-on appliquer, par analogie, la distinction des créations techniques de mission et hors mission ? Le salarié a-t-il droit à une rémunération spécifique ou, dans le silence de la loi, l'employeur a-t-il simplement vocation à la propriété sans la moindre contrepartie financière ?

¹²⁶⁷ CPI, art. L.623-6.

¹²⁶⁸ Le code de la propriété intellectuelle a été réformé sur cette question par la loi 2011-1843 du 8 décembre 2011 relative aux certificats d'obtention végétale.

¹²⁶⁹ CPI, art. L.623-1.

¹²⁷⁰ CPI, art. L.511-4, L.511-6, L.511-9.

¹²⁷¹ CPI, art. L.622-1, L.622-2 et L.622-3 : la topographie du produit semi-conducteur doit être le fruit d'un effort intellectuel et ne doit pas être courante.

¹²⁷² CPI, art. L.622-3.

¹²⁷³ CPI, art. L.511-9.

¹²⁷⁴ CPI, art. L.511-10.

¹²⁷⁵ CPI, art. L.512-4, d).

342. **Nécessité de réformer.** Ces questions mériteraient d'être résolues définitivement. Certains¹²⁷⁶ tentent de se référer à l'analyse civiliste du travail pour considérer que tous les fruits de l'activité du salarié ont vocation à appartenir à l'employeur. Une telle assertion est contredite par le droit d'auteur ou le cas des clientèles des représentants de commerce. Nombreux sont ceux qui dénoncent l'hétérogénéité des dispositifs et appellent à l'unité des propriétés intellectuelles sur ce sujet¹²⁷⁷. Tout aussi nombreux sont ceux qui concluent à des régimes irréconciliables¹²⁷⁸. Ainsi, la propriété des créations nées d'un rapport de travail semble aujourd'hui tiraillée entre deux modèles antagonistes (Titre I). Il apparaît néanmoins que l'on doit travailler, si ce n'est à l'unification, du moins à la convergence. Dans une démarche prospective, il conviendra donc de proposer des réformes fondées sur des principes régulateurs auxquels obéiraient les différents régimes de propriété des créations nées d'un rapport de travail (Titre II).

¹²⁷⁶ T. Revet, *La force de travail : étude juridique*, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1992, préc. ; T. S. Becquet, *Le bien industriel*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 2005, préc.

¹²⁷⁷ J. M. Mousseron et J. Schmidt, « Les créations d'employés », in *Mélanges Mathély*, Litec 1990 p.273 ; J. M. Mousseron, J. Raynard, T. Revet, « De la propriété comme modèle », *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993 p.281 ; J. M. Mousseron, « Pour un aménagement de l'auteur salarié au regard de la propriété intellectuelle », JCP E 1998 p.1047 ; G. Roussel, « Le droit d'auteur des auteurs salariés et employés : étude comparative des législations nationales », *Droit d'auteur*, juillet-août 1990 p.232

¹²⁷⁸ F. Pollaud-Dulian, « Propriétés intellectuelles et travail salarié », RTDCom, 2000, p.273 ; F. Pollaud-Dulian, « Ombre et lumière sur les droits d'auteur des salariés », JCP G 1999 I. 150 ; F. Pollaud-Dulian, « L'existence d'un contrat de travail n'emporte pas de dérogation à la jouissance des droits de propriété intellectuelle », JCP G. 2002 II. 10414 ; P. Gaudrat, *La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création*, rapport au ministre de la Culture, 2000, préc..

TITRE I.

ANALYSE POSITIVE : UNE PROPRIÉTÉ TIRAILLÉE ENTRE DEUX MODÈLES

343. **L’opposition des modèles.** Les deux modèles existants sont celui du droit d’auteur et celui du droit des brevets. Le droit d’auteur est, comme son nom l’indique, centré sur la personne de l’auteur. Fidèle à sa tradition personnaliste, il consacre donc la propriété du créateur salarié. L’indifférence au contrat de travail est telle que la loi n’organise qu’à titre exceptionnel des modalités particulières de transfert des droits patrimoniaux de l’auteur salarié à l’employeur. Dans le principe, à moins d’un contrat, l’employeur n’a donc, sauf cas particuliers, pas de droit à exploiter l’œuvre créée par son salarié. Au contraire, le droit des brevets est fidèle à la logique industrielle : loin de mettre en exergue le personnalisme, c’est à l’exploitation qu’il est favorable. L’employeur étant *a priori* la personne la plus à même de procéder au dépôt et d’exploiter l’invention, le régime de la création salariée est centré sur l’attribution de la propriété à l’employeur, *ab initio* ou par simple manifestation de volonté de l’employeur. Le droit de l’inventeur salarié se réduit donc le plus souvent à un droit à rémunération. Le droit des brevets applique donc au cas de la création subordonnée le modèle d’appropriation du travail quand le droit d’auteur n’admet pas de dérogation au modèle personnaliste.

344. **Les tiraillements.** Chacun des dispositifs connaît des atténuations : certaines procèdent de la loi, d’autres de la jurisprudence. En droit d’auteur, les exceptions se multiplient selon le genre de l’œuvre de l’esprit¹²⁷⁹, le contexte de création¹²⁸⁰, le métier de son auteur¹²⁸¹ ou la nature de l’exploitation¹²⁸². Ces exceptions ne sont pas homogènes quant à leurs effets : certaines s’inspirent du droit des brevets et attribuent à l’employeur l’ensemble des droits patrimoniaux sur l’œuvre, d’autres sont plus limitées quant à leurs effets. On remarque toutefois que, sauf pour l’œuvre collective¹²⁸³, ces exceptions ne vont pas jusqu’à remettre en cause le principe de titularité initiale de l’auteur. En droit des brevets, les atténuations au modèle viennent de la revalorisation, réglementaire ou jurisprudentielle, du statut de l’inventeur salarié, qui oblige à une rémunération de l’inventeur tenant compte des résultats économiques de l’invention. Sans aller donc jusqu’à remettre en cause la vocation à la propriété de l’employeur, l’intéressement du salarié, ainsi que la mise en place de dispositifs lui

¹²⁷⁹ Logiciel, créations de mode.

¹²⁸⁰ Commande publicitaire, production audiovisuelle.

¹²⁸¹ Journalistes, agents publics non autonomes.

¹²⁸² Exploitation nécessaire à l’exécution des missions de service public, partenariats publics-privés.

¹²⁸³ Encore que les auteurs conservent leurs droits sur leurs contributions lorsque celles-ci peuvent faire l’objet d’exploitations séparées. L’œuvre collective est, du fait de la création collective, quasiment considérée comme sans auteur, d’où la mise en exergue de l’initiateur. Cf. infra n°380.

permettant d'exploiter lui-même l'invention, apportent des nuances au modèle de l'appropriation pure et simple des fruits du travail par l'employeur.

345. Du fait de l'absence de cohérence des régimes, fruits d'un certain impressionnisme législatif, et parfois jurisprudentiel, il est apparu nécessaire de brosser un tableau d'ensemble. Ainsi, la présentation synthétique des principes et des exceptions permettra aussi l'analyse de la complexité de certaines situations. Dans un souci de clarté, il convient donc d'étudier successivement le modèle personnaliste du droit d'auteur (chapitre I) et le modèle industriel du droit des brevets (chapitre II).

CHAPITRE I.

MISE EN EXERGUE DU MODÈLE PERSONNALISTE EN DROIT D'AUTEUR

346. Le premier article du Code de la propriété intellectuelle¹²⁸⁴ consacre l'existence d'une propriété intellectuelle sur les œuvres de l'esprit, propriété composée d'un attribut intellectuel et moral mais aussi d'un attribut patrimonial, qui sont attribués à l'auteur, qui en jouit malgré l'existence d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service. Le rapport de travail n'emporte donc pas de dérogation à la propriété initiale du créateur. Le modèle d'appropriation des créations prévaut ici, le rapport de travail restant indifférent (section I). Des exceptions, au champ limité, sont néanmoins prévues. La multiplication et, pour certaines, l'importance au fond de ces exceptions atténuent les effets du modèle d'une manière qui, tout en étant considérable, reste désordonnée (section II).

¹²⁸⁴ CPI, art. L.111-1 :

« L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.

Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres Ier et III du présent code.

L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa, sous réserve des exceptions prévues par le présent code. Sous les mêmes réserves, il n'est pas non plus dérogé à la jouissance de ce même droit lorsque l'auteur de l'œuvre de l'esprit est un agent de l'État, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public à caractère administratif, d'une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale ou de la Banque de France.

Les dispositions des articles L.121-7-1 et L.131-3-1 à L.131-3-3 ne s'appliquent pas aux agents auteurs d'œuvres dont la divulgation n'est soumise, en vertu de leur statut ou des règles qui régissent leurs fonctions, à aucun contrôle préalable de l'autorité hiérarchique. »

SECTION I.

PRÉVALENCE DU MODÈLE D'APPROPRIATION DE LA CRÉATION

347. L'organisation du modèle autour de la propriété initiale du créateur (II) est la conséquence du respect des principes directeurs de la propriété du créateur alors même qu'il est salarié (I).

§ 1. PRINCIPE DIRECTEUR : PROPRIÉTÉ DU CRÉATEUR SUBORDONNÉ

348. La propriété initiale du créateur tient à la prégnance du personnalisme en droit d'auteur (A), la propriété joue ici son double rôle de garantie de la liberté de création (B) et de responsabilisation des créateurs (C).

A. La propriété du créateur, conséquence du personnalisme

349. **Droit d'auteur et personnalisme.** Le droit d'auteur, branche de la propriété intellectuelle la plus marquée par le personnalisme, du fait de l'objet même de la propriété, l'œuvre de l'esprit, fait figure d'exception au sein de la propriété intellectuelle quant à la titularité des droits, dans la mesure où la propriété de la création revient au créateur et non à son ayant cause. Ce principe n'admet pas d'exception, pas même en cas de salariat, ce qui semble choquer une partie de la doctrine¹²⁸⁵. Le principe est pourtant conforme à la conception française du droit d'auteur¹²⁸⁶ : l'objet de la propriété étant l'œuvre de l'esprit et non un titre, l'œuvre de l'esprit étant empreinte de la personnalité de l'auteur, la propriété de l'auteur est une propriété personnelle, soumise à un régime spécifique exprimant l'intimité de

¹²⁸⁵ Pour exemples : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n°259, estimant que la « *question est au centre de nombreuses contradictions qu'il n'est pas facile de régler* », qui critiquent l'immobilisme et observent le décalage entre la règle adoptée dans un certain contexte et la réalité actuelle ; P. Tafforeau et C. Monnerie, *Droit de la propriété intellectuelle*, préc., n°95, évoquant une disposition « *quelquefois mal adaptée à la pratique* » ; N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2010, n°66, considérant que « *l'hétérogénéité du traitement des créateurs salariés est une faiblesse du droit français* » ; C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., n°200, qualifiant la question de « *désolante* ».

¹²⁸⁶ En ce sens, A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité*, préc. n°155 : « *Si, en effet, l'idée d'assurer la protection de l'auteur sur le terrain du droit social a, dans le passé, tenté une certaine doctrine, et si elle semble encore inspirer l'amalgame réalisé par les documents communautaires entre auteurs et artistes-interprètes, considérés comme les fournisseurs d'un 'travail créateur et artistique', on a démontré de façon décisive qu'une telle 'socialisation' du droit d'auteur constituait une fausse route* » ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, préc., n°269, expliquant que l'attribution des droits d'auteur à l'employeur se justifierait dans un régime privilégiant l'exploitation par rapport à la création mais qu'il « *n'en va pas de même en droit d'auteur, en raison du lien qui est établi entre la création et l'attribution initiale de droits* ».

la relation entre le propriétaire et son bien¹²⁸⁷. Il n'y a pas en la matière de déposant à récompenser pour sa divulgation. Au contraire, le droit de divulgation permet à l'auteur seul de déterminer si l'œuvre doit être livrée au public ou non. Le fait générateur de la protection n'est pas la divulgation mais la création¹²⁸⁸. Le propriétaire ne peut donc être que l'auteur lui-même, c'est-à-dire la personne physique qui a conçu et réalisé l'œuvre dans une forme communicable à des tiers, même si la forme relève parfois d'un genre différent de celui qui sera finalement exploité¹²⁸⁹.

350. **Indifférence du contrat, importance de la qualité d'auteur.** *Ab initio*, le propriétaire d'une création, même issue de la commande ou des directives d'un tiers, ne peut donc être que le concepteur de l'œuvre. On notera toutefois qu'en pratique, lorsque l'œuvre est réalisée pour autrui, il convient de déterminer à qui revient la qualité d'auteur¹²⁹⁰ : celui dont les directives étaient si précises que l'œuvre existait déjà en une forme littéraire ou verbale, peut prétendre à la qualité d'auteur, contrairement au simple exécutant, qui ne dispose d'aucune liberté de création et dont le travail se résume à celui d'un technicien¹²⁹¹. Ici la titularité des droits ne dépend pas de l'existence d'un contrat de commande ou de travail mais de la qualité de créateur. La preuve d'un contrat est évidemment plus facile à rapporter que celle de la qualité de créateur. En ce sens, faire reposer la titularité initiale des droits sur la qualité des parties à un contrat (employeur/salarié ; maître d'ouvrage/commanditaire) a le mérite de la simplicité et confère une certaine automaticité quant à la titularité des droits. Ce n'est pas le choix qu'a fait le législateur. Le droit d'auteur reste cohérent en ce sens que, hors l'hypothèse de l'œuvre collective¹²⁹², il confère toujours la titularité initiale des droits à la personne physique et organise simplement la cession des droits à l'exploitant. Le droit d'auteur

¹²⁸⁷ Cf. supra n°132 et s., 243 et s., 263 et s., 303 et s.

¹²⁸⁸ Cf. supra n°134.

¹²⁸⁹ Cf. supra n°139.

¹²⁹⁰ Pour exemple : la qualité de réalisateur pourrait revenir au producteur, s'il en assume le rôle, c'est-à-dire si le producteur assure la création audiovisuelle de l'œuvre : Cass. civ. 1^{re}, 30 sept. 2003 : CCE 2003, comm. n°116, note C. Caron. Pour de plus amples développements sur la qualité de réalisateur audiovisuel et de producteur, cf. infra n°371. Pour la présentation des critères de protection des œuvres de l'esprit, cf. supra n°134 et s.

¹²⁹¹ La qualité de créateur se mesure notamment eu égard à la liberté de création dont a disposé le « réalisateur », cf. supra n°139.

¹²⁹² Hypothèse en cela critiquée par la doctrine personnaliste et par les commentateurs étrangers qui s'étonnent d'une telle exception. V. en ce sens : F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, préc., n°366, qualifiant l'œuvre collective d'« anomalie » ; P. Gaudrat, *La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création*, rapport au ministre de la Culture, préc., 2000 ; P. Gaudrat, « Propriété littéraire et artistique, 2^o droits des exploitants », préc. n°591 ; G. Boucris-Maitral, *Créations et salariat*, Thèse Lyon II, 2005 ; C. Doutrelepon, *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire*, Bruylant – LGDJ, 1997.

est centré sur la relation auteur-exploitant, peu important les autres liens contractuels ou non, que les parties peuvent entretenir. Ces liens peuvent intervenir sur le régime de la cession, non sur le principe de la titularité. Une telle solution fait de la définition de l'acte créatif la pierre angulaire du régime et conforte l'un des fondements de la propriété intellectuelle : la préservation de la liberté de création.

B. La propriété du créateur, garantie de la liberté de création

351. **Attribut patrimonial et liberté de création.** Avant tout, la propriété est un droit de nature économique¹²⁹³. Elle sert la liberté en premier lieu en ce qu'elle assure à l'homme les moyens de sa subsistance : c'est une condition de son autonomie. La propriété intellectuelle permet notamment au créateur d'obtenir la rémunération de son activité créatrice en profitant des bénéfices de l'exploitation. Nombreux sont ceux qui considèrent que la subsistance du salarié étant déjà assurée par le salaire, le salarié ne devrait pas avoir à être rémunéré en plus de son salaire par l'attribution de la propriété¹²⁹⁴. Certains vont jusqu'à considérer qu'à défaut, le salaire n'aurait plus de cause¹²⁹⁵. On remarquera au contraire, d'une part, que rares sont les créateurs qui ne vivent que des redevances d'auteurs et que celles-ci ont donc moins vocation à assurer la subsistance de l'auteur qu'à intéresser l'auteur au succès de son œuvre¹²⁹⁶ ; d'autre part, que loin d'être sans cause, le salaire est la contrepartie de la mise à disposition de l'employeur de la force de travail et de l'activité créatrice du salarié. L'employeur peut, du fait du contrat de travail, diriger l'activité créatrice, donner des consignes au salarié qui abdique, en contrepartie d'un statut sécurisant, une part de sa liberté de création et admet que l'employeur aura vocation à exploiter l'œuvre créée dans l'exercice de ses fonctions. Du fait du contrat de travail, le créateur est soumis à une obligation de loyauté, qui implique une obligation générale de non-concurrence, il ne pourra proposer l'œuvre créée à un autre exploitant sans engager sa responsabilité. Ni le contrat de travail, ni le salaire ne justifient en revanche l'attribution *ab initio* de la propriété à l'employeur et l'absence d'association du salarié au succès de son œuvre.

¹²⁹³ Cf. supra n°308.

¹²⁹⁴ J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de loi*, préc. V. aussi à propos des brevets, obs. sous Cass. com. 21 nov. 2000 : D. 2002, somm. p.1188, cité infra n°472. V. plus nuancé T. Revet, *La force de travail*, préc., n°253. V. également A. Bertrand, *Le droit d'auteur*, Dalloz, 3^e éd., 2010, coll. Dalloz Action, n°105.25 et s., dressant un réquisitoire contre le principe édicté à l'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle.

¹²⁹⁵ F. et P.-B. Greffe, *Traité des dessins et des modèles*, Litec, 8^e éd., 2008, Préf. Y. Reboul, n° 1223.

¹²⁹⁶ A ce titre, le statut d'intermittent du spectacle est révélateur : le statut social des artistes n'est pas assuré par la propriété intellectuelle mais par le service public de l'emploi. Il y a bien ici superposition des qualités de travailleurs et d'artistes-interprètes sauf pour ceux dont les interprétations ont suffisamment de succès pour assurer leur subsistance.

Ce principe, inhérent à la propriété intellectuelle, qui est une propriété non statique mais en mouvement, puisque sa valeur naît de l'exploitation, est aussi responsabilisant. Il faut noter aussi que la propriété du créateur est essentielle, en tant que garantie de la liberté de création, dans sa dimension intellectuelle et morale, en ce qu'elle permet au créateur de défendre la forme de l'œuvre en cas de conflit avec l'employeur.

352. **Attribut moral et liberté de création.** La propriété est la conséquence de la liberté de création¹²⁹⁷ : est créateur celui qui a disposé d'une liberté de création suffisante pour pouvoir exprimer sa personnalité. Le salarié pour être créateur doit avoir disposé d'une liberté suffisante pour déterminer la forme de l'œuvre et en être considéré comme l'auteur. Il ne doit pas être un simple exécutant¹²⁹⁸. La propriété est aussi la garantie de la liberté de création¹²⁹⁹ : dès lors que le créateur bénéficie du droit d'auteur et notamment du droit moral, il peut faire respecter sa liberté de création en refusant la divulgation d'une œuvre qu'il considère inachevée ou insatisfaisante, en refusant la modification de l'œuvre, en critiquant l'exploitation de l'œuvre sous une forme qui y porte atteinte ou en exigeant le retrait ; il peut exiger que l'œuvre soit exploitée sous son nom ou, au contraire, la renier. L'exercice du droit moral est indispensable au salarié pour exister dans l'entreprise en tant que créateur. Le droit moral confère un statut particulier au créateur parmi les autres salariés. Il dispose d'un pouvoir sur l'œuvre qu'il peut invoquer à l'encontre de l'employeur, ce qui modifie la situation contractuelle : à l'égard de la détermination de la forme de l'œuvre, le créateur n'est pas complètement subordonné à l'employeur. Cette situation particulière paraît nécessaire à la préservation d'une création personnelle et donc susceptible d'être protégée par le droit d'auteur¹³⁰⁰. La conjugaison du droit du travail et du droit d'auteur permet d'ailleurs d'éviter que l'employeur ne soit pris en otage par cette propriété. En effet, le salarié ne saurait abuser de son droit sans encourir une sanction disciplinaire, et ne peut notamment pas invoquer le droit moral pour améliorer sa situation patrimoniale et négocier une augmentation¹³⁰¹. Au-delà de l'hypothèse d'une fraude manifeste, on peut rappeler, pour rassurer quant aux risques liés au « surcroît d'indépendance » des salariés créateurs que la liberté de création du salarié et

¹²⁹⁷ Cf. supra n°124.

¹²⁹⁸ Cf. supra n°134 et s.

¹²⁹⁹ Cf. supra n°125 et 312.

¹³⁰⁰ Cf. supra n°265.

¹³⁰¹ V. en ce sens, certes en dehors de toute hypothèse de salariat : Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991 : JCP 1991, II, 21760, note F. Pollaud-Dulian ; RIDA, janv. 1992, p.272, note P. Sirinelli.

l'exercice du droit moral ne sauraient être ici considérés comme absolus¹³⁰². En acceptant le contrat de travail, le créateur a accepté un certain nombre de contraintes (soumission aux directives de l'employeur quant aux genres, sujets, destinations, modalités d'exploitation des œuvres à créer, etc.), dont il ne peut se libérer sans engager sa liberté contractuelle et qui ont des conséquences sur l'exercice du droit moral. Comme l'auteur qui a autorisé une adaptation de l'œuvre ne saurait invoquer une atteinte au droit moral du seul fait de cette adaptation, le créateur ne saurait invoquer sa liberté de création pour se défaire par exemple des contraintes de format d'exploitation imposées par l'employeur antérieurement à la création et invoquer son droit au respect en cas d'exploitation de l'œuvre par l'employeur au format initialement prévu. Le droit moral est, en partie et selon les circonstances de création, à géométrie variable¹³⁰³ et ne saurait avoir la même vigueur en cas de création indépendante et de création subordonnée. Le créateur ne saurait en revanche être privé de tout droit moral. Le droit moral est un attribut essentiel dont le seul titulaire doit être l'auteur car il sert la finalité culturelle du droit d'auteur¹³⁰⁴. L'intérêt culturel ne saurait s'incliner face à celui, privé, de l'employeur.

C. La propriété du créateur, responsabilisant le créateur

353. **Risque créatif.** Le créateur qui livre son œuvre au public engage sa réputation et sa renommée. Il prend donc un risque. C'est pourquoi il est important que l'auteur bénéficie de la propriété de l'œuvre : la propriété de l'œuvre le rend responsable de la qualité de cette œuvre¹³⁰⁵. L'intérêt des deux partenaires peut se rejoindre : tous deux ont intérêt à la production d'une création originale. La propriété est un motif d'engagement qui récompense et responsabilise à la fois. Le droit moral permet à l'auteur de n'assumer que le risque créatif qu'il est prêt à endosser. Il n'a en effet pas à assumer la responsabilité de la forme d'une œuvre qu'il n'a agréé pas entièrement : grâce au droit moral, il pourra refuser la divulgation de l'œuvre qui ne le satisfait pas, défendre la forme de son œuvre, telle qu'il l'a conçue, revendiquer la paternité de l'œuvre qu'il agréé ou, au contraire, nier celle de l'œuvre dont l'employeur a modifié la forme contre son gré¹³⁰⁶.

¹³⁰² Même si la jurisprudence rappelle l'exercice discrétionnaire du droit moral : Cass. civ. 1^{ère}, 5 juin 1984 : Bull. n°184 ; TGI Paris, 23 mars 1994 : RIDA, avr. 1995, p.401.

¹³⁰³ C. Caron, « Droit moral et droits moraux », communication au colloque de Caen, le 23 mars 2007, publié in *LPA*, 6 déc. 2007, numéro spécial actes de colloque, p.28.

¹³⁰⁴ Cf. supra n°312.

¹³⁰⁵ Cf. supra n°126 et s.

¹³⁰⁶ Le droit à la paternité, qui peut consister en un droit au retrait du nom de l'auteur est le droit moral « ultime » qui est accordé aux créateurs dont le droit moral est légalement amoindri pour favoriser l'exploitation par son cocontractant, chacune de ces hypothèses correspondant à un cas d'engagement de création :

354. **Rémunération proportionnelle et responsabilisation.** De la même manière, le principe de la rémunération proportionnelle responsabilise le créateur qui a un intérêt économique au succès de l'œuvre de l'esprit¹³⁰⁷. Il n'est pas curieux d'intéresser l'auteur au succès de sa création, alors que c'est la singularité de l'œuvre, qu'il a créée en marquant l'œuvre de l'empreinte de sa personnalité, qui est une des causes du succès de l'œuvre. L'auteur a, comme tout travailleur, droit aux fruits de son travail et aux fruits de sa création. Or la valeur de la création résulte pour une part non négligeable de la qualité de la création. Qualité qui ne dépend pas uniquement du savoir-faire et de la renommée du créateur, qui peuvent être évalués antérieurement à la création et dont la valeur est prise en compte pour la détermination du salaire, mais aussi de la création en elle-même : toutes les œuvres d'un auteur ne se valent pas, chacune a une singularité, même si toutes révèlent la même personnalité. La rémunération proportionnelle permet donc de faire correspondre la rémunération de l'auteur à la réalité du succès de l'œuvre, et non plus au seul potentiel de créativité que les parties ont convenu de reconnaître à l'auteur. Ainsi, un auteur à succès verra sa rémunération diminuer si une de ses œuvres ne connaît qu'un succès moindre. Au contraire, l'auteur inconnu n'ayant pu négocier qu'une rémunération moindre verra automatiquement sa rémunération augmenter en cas de succès d'une de ses créations. L'employeur y gagne : la rémunération est ajustée immédiatement, dans un sens favorable ou défavorable au créateur salarié ; il est donc moins sujet aux revendications d'augmentations salariales de l'auteur.

355. **Critique de la rémunération proportionnelle.** Les détracteurs de la rémunération proportionnelle opposent au risque créatif les risques financiers assumés par l'employeur, insistant sur les efforts de l'exploitant, qui a pris le risque économique de l'exploitation, et ceux du service commercial, qui participe au succès commercial de l'œuvre. On observera toutefois que les bénéfices, ou en tout cas le chiffre d'affaires, de l'exploitant sont proportionnels au succès de l'œuvre et qu'il est courant en pratique de prévoir que la rémunération des commerciaux sera en partie composée d'un élément variable constitué d'un pourcentage du chiffre d'affaires ou d'une prime aux résultats. Il ne s'agit pas, pour les commerciaux, de surajouter une rémunération induue mais de mettre en place un système de rémunération motivant et responsabilisant. Il doit pouvoir en être de même de l'auteur. Un tel dispositif garantit que l'auteur, qui a un intérêt intellectuel, moral et pécuniaire, à l'exploitation, ne la contrariera pas volontairement sans raison et sera au contraire exigeant quant à la qualité de

production audiovisuelle (CPI, art. L.121-5 et L.121-6), logiciel créé par un salarié (CPI, art. L.121-7), création dans le cadre des missions de service public de l'agent public (CPI, art. L.121-7-1).

¹³⁰⁷ Cf. supra n°126 et s.

l'œuvre qu'il propose à l'exploitation. Les attributs patrimoniaux d'une part, intellectuels ou moraux, d'autre part, du droit d'auteur collaborent à favoriser la création et l'exploitation d'une création de qualité ; d'où sa dimension culturelle et sociale. C'est le paradigme sur lequel repose le droit d'auteur et qui justifie l'organisation du modèle de la création littéraire et artistique salariée autour de l'attribution initiale de la propriété au créateur.

§ 2. ORGANISATION DU MODÈLE AUTOUR DE LA PROPRIÉTÉ INITIALE DU CRÉATEUR

356. Le modèle littéraire et artistique confère à la personne physique créatrice la titularité initiale des droits d'auteur (A). L'employeur ne peut donc qu'être cessionnaire des droits d'exploitation (B).

A. La personne physique créatrice, titulaire initial des droits d'auteur

357. **Principe.** Le principe de titularité initiale des droits d'auteur au profit du créateur et d'indifférence de la relation subordonnée à la titularité des droits sont posés dès le premier article du Code de la propriété intellectuelle consacré au droit d'auteur. Ce texte qui avait initialement vocation à proclamer l'existence et la nature du droit de propriété des auteurs a toutefois pris une allure différente depuis la loi DADVSI¹³⁰⁸. Celle-ci a, d'un côté, étendu le principe d'indifférence de l'engagement de création par contrat de travail ou d'entreprise au cas des missions de service public confiées à des agents publics, ce qui va *a priori* dans le sens d'un renforcement des principes proclamés. D'un autre côté, le texte, initialement concis, qui posait une règle simple, prévoit désormais l'existence d'exceptions : la nouvelle rédaction amoindrit la puissance symbolique de la règle.

358. **Consécration du principe en droit public.** Le droit positif en la matière était insuffisant : un avis du Conseil d'État¹³⁰⁹ avait en effet semé le doute quant au principe de titularité initiale des droits pour les créateurs fonctionnaires. Le Conseil d'État avait considéré que « *les nécessités du service public exigent que l'administration soit investie des droits de l'auteur sur les œuvres de l'esprit (...) dont la création fait l'objet même du service* » et qu' « *aucune disposition de la loi du 11 mars 1957 ni aucune autre disposition législative n'autorise de dérogations aux principes généraux ci-dessus rappelés en accordant un droit de propriété aux fonctionnaires et agents publics sur les créations du service public auxquels ces fonctionnaires et agents appartiennent* ». Il ajoute qu' « *il n'existe dans la loi aucune*

¹³⁰⁸ Loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006, relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

¹³⁰⁹ CE, Avis, 21 novembre 1972, Ofrateme : *Grands Avis du Conseil d'État*, Dalloz, 2002, p.105.

disposition analogue [à celles relatives aux louages d'ouvrage et de service] pour les situations juridiques nées du statut des fonctionnaires ou de contrats de droit public ». Le Conseil d'État ne semblait donc pas admettre la titularité initiale des agents publics. La doctrine a dès lors purement et simplement nié l'existence d'un droit d'auteur pour les agents publics, ce qui a conduit à de longues controverses¹³¹⁰. On remarquera néanmoins que le Conseil d'État distinguait la création intellectuelle d'une œuvre réalisée par une personne physique de celle qui a été confiée légalement à un service public¹³¹¹. Une telle analyse procédait soit d'une redéfinition du concept de création en propriété littéraire et artistique, admettant que les personnes morales pouvaient être créatrices ; soit de la consécration de l'inopposabilité du droit d'auteur au cas où la création résultait de la mission du service auquel appartenait l'agent, qui ne créait donc pas en exécution d'une mission personnelle mais en sa qualité de participant à la mission du service auquel il appartenait, ce qui exclut toute personnalité, l'agent étant fictivement assimilé à son service, peu important la réalité de l'acte créatif. On observera que le Conseil d'État rappelait par ailleurs qu'en vertu de l'article 8 de la loi du 11 mars 1957, pouvaient être considérés comme propriétaires des droits patrimoniaux les agents sous le nom desquels une création de service a été divulguée¹³¹². Toutefois, en ce cas, le service devait être considéré comme cessionnaire de ces droits patrimoniaux. Ainsi, « l'acceptation d'une mission de service public implique pour lesdits agents non seulement la mise à la disposition du service de leurs facultés créatrices avec l'abandon de tous droits d'auteur sur les œuvres à la création desquelles ils peuvent participer en service (...) mais encore la cession au service de l'exercice des droits patrimoniaux auxquels ils pourraient prétendre sur l'œuvre réalisée dans le service lorsque lesdits droits n'ont d'autre fondement que la présomption de l'article 8 précité ; [les agents] conservent au contraire personnellement les droits sur les œuvres qu'ils ont créées sans que cette création soit liée au service »¹³¹³. Le Conseil d'État distinguait donc les œuvres divulguées simplement sous le nom du service, qui sont sa propriété *ab initio*, les œuvres divulguées sous le nom de l'agent, dont le service est automatiquement cessionnaire et les œuvres créées en

¹³¹⁰ Pour illustration, A. Kéréver, « Le droit d'auteur français et l'État », RIDA, oct. 1981, p.3 ; M. Gautreau, « Un principe contesté, le droit pécuniaire de l'auteur salarié ou fonctionnaire », RIDA, avr. 1975, p.129 ; P. Frémond, « Les droits des fonctionnaires ou agents publics ou agents des établissements publics sur les œuvres artistiques créées en service », Gaz. Pal. 1978, I, p.50 ; F. Gotzen, et M.-C. Janssens, « Les chercheurs dans les universités et les centres de recherche : un cas particulier du droit d'auteur des salariés ? Etude en droit français et belge », RIDA 1995, p.3.

¹³¹¹ « L'article 18 de la loi précitée n'est applicable d'après son texte même qu'au cas où des personnes physiques assurent la création intellectuelle d'une œuvre et non quand cette création est confiée légalement à un service public ».

¹³¹² « Aux termes de l'article 8 de la loi du 11 mars 1957, la qualité d'auteur d'une œuvre appartient, sauf preuve contraire, à celui sous le nom de qui cette œuvre est divulguée ; (...) par suite, si un service diffuse des œuvres sous le nom de certains de ses collaborateurs, il a la charge en cas de contestation d'établir que l'œuvre lui appartient ».

¹³¹³ CE, avis préc.

dehors des missions du service et qui n'y sont pas rattachables, qui sont la propriété de l'agent. L'exclusion de la logique classique du droit d'auteur n'est pas ici si évidente : l'agent est bien reconnu comme créateur, titulaire initial des droits, dès lors que la création n'est pas l'expression de l'activité même du service, activité par essence administrative et qui doit exclure toute dimension personnelle. On pouvait toutefois s'interroger sur le fait que ce soit la divulgation, sous le nom de l'agent ou du service, qui déterminait la qualité d'auteur, donc de propriétaire de l'œuvre *ab initio*. On aurait pu également se demander s'il ne convenait pas de distinguer entre des services purement administratifs et des services dont l'activité principale était la création d'œuvres, de distinguer entre les « créateurs », les genres et l'originalité des œuvres selon notamment que les œuvres produites par les agents sont de nature administrative (circulaires administratives, photographies pour état des lieux par exemple) ou de nature créative et exploitée dans le cadre des missions de service public culturel, scientifique, pédagogique, des collectivités ou personnes publiques (Beaux-livres, œuvres pédagogiques, scientifiques, etc., ce qui était le cas de l'Office en question, qui avait pour mission de créer des modules de formation sonores ou audiovisuels aux fins de radiodiffusion ou de télédiffusion). On aurait pu considérer que la divulgation sous le seul nom du service auquel appartenait l'agent marquait pour l'Administration la reconnaissance de la nécessité administrative de l'œuvre, imposant une nature administrative de l'œuvre et excluant la reconnaissance d'une paternité de l'agent, alors que l'absence de divulgation sous le nom du seul service (divulgation sous le nom de l'agent et du service ou du seul agent) constituait une reconnaissance implicite par l'Administration du caractère personnel de l'œuvre et de l'existence d'un droit d'auteur. Mais le Conseil d'État a surtout été critiqué pour ne pas distinguer entre les différentes exploitations des œuvres en cause, contredisant ainsi la jurisprudence antérieure, qui émanait, certes, des juridictions judiciaires, et considérait normal que les professeurs puissent exploiter commercialement leurs cours¹³¹⁴. Il est vrai que ces décisions concernaient des litiges entre un professeur et un tiers exploitant, et non entre un professeur et son Administration. Pour les litiges entre un agent et son Administration, les juridictions judiciaires se considéraient d'ailleurs incompétentes¹³¹⁵. On notera qu'en réponse à une question écrite, le Ministre de l'Éducation nationale, de la Jeunesse et des Sports, avait rappelé que la puissance publique

¹³¹⁴ CA Paris, 27 août 1928 et CA Paris 30 juin 1936, citées par E. Pouillet et C. Claro, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Marchal et Billard, 3^e éd., 1908 ; Tciv. Seine, 9 déc. 1893 (D. 1894, II, 262) ; Tciv. Seine 30 juin 1894 (Annales 1895, 91) ; Tciv. Seine 17 mars 1905 (D. 1905, II, 366). Pour une analyse générale, V. G. Lyon-Caen, « La publication des cours de professeurs d'Université », RIDA, avr. 1967, p.13.

¹³¹⁵ TGI Paris, 22 juin 1988 : D. 1990, somm. p.50, obs. C. Colombet.

jouit de prérogatives exorbitantes du droit commun, que l'œuvre d'un agent créée dans le cadre de la mission du service ne saurait en être détachée mais que l'agent « *demeure libre de proposer à une personne privée la publication ou l'édition de cette œuvre, collaboration qui devra, elle, respecter les termes de la loi relative à la propriété littéraire et artistique* »¹³¹⁶. Le Ministre prenait alors l'exemple des publications de cours par les professeurs. Il y avait donc sous l'empire de cet avis une distinction entre les exploitations nécessaires à l'exécution des missions de service public et les exploitations séparées des missions de service public, qui pouvaient être menées par l'agent. Bien que l'avis du Conseil d'État distingue selon les circonstances de la divulgation et que la réponse ministérielle pose un principe général de distinction des exploitations, la doctrine a globalement admis la titularité initiale de l'État sur les œuvres des agents publics, en excipant d'usages spécifiques à certaines professions, comme la publication des cours de professeurs¹³¹⁷. Une interprétation différente aurait pourtant pu être retenue, notamment par une analyse plus précise de l'avis du Conseil d'État. Les agents publics n'étaient pas tant soumis à un vide juridique ou à une situation si distincte de celle des salariés, qu'il l'a été affirmé. M. Jean-Éric Shoettl, maître des requêtes au Conseil d'État, avait proposé une réforme sous la forme d'« *une conciliation plus exacte des dispositions et principes en présence [qui] eût, (...) consisté à reconnaître, sauf si l'on se trouvait en présence d'une œuvre collective, qu'un droit de propriété naissait bien sur la tête du ou des agents publics auteur(s), et non dans le chef de l'administration, mais que l'exercice de ce droit était paralysé dans toute, mais dans la seule, mesure nécessaire au bon fonctionnement du service public. Cette théorie justifierait par exemple que le droit de divulgation soit « inhibé » par le secret administratif ; ou que l'auteur d'un rapport administratif ne puisse s'opposer à sa publication à la Documentation française, cette publication dictée par des considérations d'intérêt général de la part du Premier ministre, étant inséparable de la mission confiée au rapporteur ; ou encore qu'un enseignant soit tenu de rédiger un cours écrit et ne puisse en interdire la distribution à ses étudiants, la remise de « photocopies » étant non détachable du service public de l'enseignement. La même théorie expliquerait que ce même enseignant publie librement chez un éditeur privé le contenu de son cours ou que ce même rapporteur reprenne librement, au cours d'une conférence, tout ou partie de son rapport publié : de telles utilisations sont en effet sans incidence sur le bon fonctionnement du service public dans le cadre duquel l'œuvre a été créée. Cette théorie aurait un autre mérite : celui de transposer à des droits incorporels des principes depuis longtemps admis en matière de*

¹³¹⁶ Question écrite n°601 de M. Lederman à M. le Ministre d'État, Ministre de l'Éducation Nationale, de la Jeunesse et des Sports, 7 juillet 1988 et réponse : JO Déb. Sénat, 15 sept. 1988, p.1025 ; JCP G 1988, IV, p.354.

¹³¹⁷ V. en ce sens, par exemple, A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité*, préc., 2^e éd., 2001, n°167.

domanialité »¹³¹⁸. Confrontée à un droit positif incertain, l'Administration a développé des pratiques erratiques et contradictoires¹³¹⁹. Il convenait donc d'assainir la situation. La mise en place d'un mécanisme dérogatoire de cession par la loi DADVSI n'est pas anodine : elle réaffirme que le créateur est bien la personne physique et qu'il a bien vocation à la titularité initiale des droits, et que l'Administration est bien cessionnaire, mécanisme classique du droit d'auteur en matière de création sous lien d'engagement.

B. L'exploitant, cessionnaire des droits d'exploitation

359. **Principes.** Sauf le cas de l'œuvre collective, l'exploitant ne peut être que cessionnaire des droits d'exploitation sur les œuvres de ses salariés. Le principe d'absence de dérogation à la jouissance des droits intellectuels édictée par l'article L.111-1, alinéa 3, emporte application des dispositions applicables à tout contrat de cession de droits d'auteur, voire des dispositions spéciales aux contrats nommés, comme le contrat d'édition, de représentation ou de production audiovisuelle. S'appliquent donc les articles L.131-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle qui impliquent interdiction de la cession globale des œuvres futures, exigence de cession délimitée, rémunération proportionnelle et obligation de rendre compte. Aussi, non seulement le contrat de travail n'emporte pas titularité *ab initio* des droits sur l'œuvre pour l'entreprise, mais le contrat de travail ne peut même pas prévoir de manière générale la cession des droits sur l'ensemble des œuvres que le salarié sera amené à créer dans l'exercice de ses fonctions, ni que le salaire constitue la contrepartie forfaitaire de la cession. Au contraire, et malgré le pouvoir de direction, l'employeur devra rendre compte de l'exploitation au salarié.

360. **Interdiction de la cession globale des œuvres futures.** Cette interdiction posée à l'article L.131-1 du Code de la propriété intellectuelle empêche l'employeur d'obtenir du salarié de manière anticipée la cession de l'ensemble des droits sur l'intégralité des œuvres à venir. Le Professeur Desbois¹³²⁰ allait jusqu'à considérer que cet article interdisait la cession anticipée des droits sur plus d'une œuvre à venir. Une telle analyse paraît excessive : la jurisprudence a en effet considéré comme valable et ne contrevenant pas à l'article 33 de la loi du 11 mars

¹³¹⁸ J.-E. Schoettl, « L'administration dispose-t-elle d'un droit d'auteur ? », *Droit de l'informatique et des télécoms*, 1988/4, p.6. Dans le même sens, proposant l'inopposabilité des droits d'auteur des agents à l'Administration, P. Gaudrat, *La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création*, rapport au ministre de la Culture, préc.

¹³¹⁹ V. en ce sens, CSPLA, rapport de la commission spécialisée portant sur la création des agents publics, 2001, disponible sur <http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/agents%20publics%20-%20rapport.pdf>.

¹³²⁰ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, 3^e éd., n°537 bis.

1957 en ce qui concerne la cession d'œuvres futures, la cession des droits portant sur plusieurs œuvres, dès lors qu'elles sont déterminées. Ainsi, est valable la cession des droits qui ne porte « *que sur les bistoires commandées par la société Dargaud à Cabut et ayant pour personnage principal 'le grand duduche'* », alors que l'auteur peut « *cesser sa collaboration au journal pilote sous réserve de livrer normalement jusqu'à sa fin l'épisode en cours* »¹³²¹. Autrement dit, lorsque les œuvres sont déterminées quant à leur sujet (personnage principal) et à leur genre (bande dessinée, composée d'une série de planches sur le même sujet), et dès lors que l'auteur peut mettre unilatéralement fin à la collaboration en respectant un délai de prévenance suffisant, il n'y a pas cession globale des œuvres futures. L'auteur conserve en effet sa liberté de création et d'exploitation : il peut toujours créer et exploiter d'autres œuvres, dans des genres différents, sur des sujets différents, avec d'autres personnages, dans un « univers » différent. Il pourra même poursuivre l'exploitation d'œuvres nouvelles sur le même sujet après dénonciation du contrat qui le lie à son éditeur. De la même manière, on peut penser que le contrat de travail, notamment un contrat à durée déterminée, conclu pour le temps d'un projet particulier¹³²², pourrait prévoir la cession des droits d'exploitation sur les œuvres créées par le salarié dans le cadre de ses fonctions dès lors qu'elles peuvent être déterminées quant à leur genre et désignées par leur titre ou par leur sujet. En effet, le salarié conserverait ici sa liberté de créer d'autres œuvres, dans des genres différents ou sur des sujets différents en dehors de son temps de travail ou après la fin du contrat. Il serait alors libre d'en proposer l'exploitation à l'employeur et de négocier les conditions d'une telle cession. On notera une espèce particulière où le recours au contrat de travail à durée déterminée a conduit à une durée particulièrement longue du contrat, ce qui a gravement limité la liberté du créateur. Ainsi, Gérald de Palmas, artiste-interprète, a-t-il conclu un contrat de travail à durée déterminée à terme imprécis ayant pour terme la réalisation de trois albums et prévoyant une durée minimale de trente-six mois et maximale de quatre-vingt-dix-huit mois. Ce contrat a été modifié par avenant pour prévoir la réalisation de cinq albums et une durée minimale de soixante-seize mois et une durée maximale de deux cent trente mois. On notera que le contrat initial prévoyait une clause de résiliation unilatérale au profit du producteur employeur en cas de ventes insuffisantes. Cette clause a été supprimée par avenant. Cette suppression est d'importance car en présence d'une clause de résiliation unilatérale, incompatible avec un contrat à durée déterminée, le juge aurait

¹³²¹ Cass., civ. 1^{re}, 6 nov. 1979 : Bull. n°271.

¹³²² Dont le motif serait soit l'accroissement temporaire d'activité comme un surcroît de travail, lié à une commande exceptionnelle ou une commande à l'exportation par exemple (création d'un nouveau modèle dans le domaine du *design* ; étude, rapport ou audit) ; soit l'usage constant (audiovisuel par exemple). V. Ctrav., art. L.1242-2.

eu à s'interroger sur la réelle volonté des parties et, soit qualifier la relation de contrat à durée indéterminée, soit qualifier la relation de contrat à durée déterminée et réputer la clause non-écrite¹³²³. Les parties, en supprimant cette clause, ont, d'une certaine manière, confirmé la volonté de conclure un contrat à durée déterminée. Aussi ce contrat ne peut-il prendre fin de manière anticipée que d'un commun accord, pour faute grave d'une des parties, force majeure ou, du fait du salarié si celui-ci obtient un contrat à durée indéterminée¹³²⁴. La Cour de cassation a rappelé que le contrat d'usage lorsqu'il est conclu avec un terme imprécis n'est pas soumis à une durée maximale¹³²⁵ mais doit simplement prévoir un terme suffisamment déterminé (ici la réalisation de cinq albums) et une période minimale¹³²⁶, ce qu'elle a considéré être le cas en l'espèce¹³²⁷. L'artiste se retrouvait donc lié potentiellement pour dix-neuf années, sauf à réaliser les cinq albums promis. Le droit du travail contribue ici à assurer la réservation par l'employeur des fruits de la créativité de l'artiste ; d'où sans doute le nom de ce type de contrat, dit « *contrat d'exclusivité* »¹³²⁸. Deux points doivent être soulignés. D'abord, on peut s'interroger sur l'interdiction de recourir à un contrat à durée déterminée pour pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise¹³²⁹, principe qui peut s'appliquer aux secteurs où il est d'usage constant de recourir au contrat à durée déterminée¹³³⁰. Pour que le recours au contrat à durée déterminée soit valable, il convient d'abord que l'entreprise relève d'un secteur visé par l'article D.1242-1, ce qui est le cas de l'édition phonographique ; et que, pour l'emploi concerné, la convention collective ait prévu le recours au contrat à durée déterminée ou l'absence de contrat à durée indéterminée¹³³¹. Or on

¹³²³ Cass. soc. 27 mai 1992 : JCP E 1992, II, p.379 : note J. Mouly ; Cass. soc. 5 juill. 1995 : D. 1996, p.280, note J. Mouly et Cass. soc., 16 déc. 1998 : DS 1999, p.285, note C. Roy-Loustaunau. V. aussi C. Roy-Loustaunau, « Contrat de travail à durée déterminée : requalification-sanction et qualification » : DS 2003, p.465.

¹³²⁴ Ctrav., art. L.1243-1 et L.1243-2.

¹³²⁵ La solution est classique en droit du travail. V. déjà Cass. soc. 28 oct. 1997 : D. 1998, p.126, note J. Mouly.

¹³²⁶ Ctrav., art. L.1242-7.

¹³²⁷ Cass. soc., 4 fév. 2009 : Lexbase n°N7637BIP, note S. Tournaux ; JCP G 2009, act. p.91 ; RLDI 2009, p.43, note O. Loizon.

¹³²⁸ V. Convention collective de l'édition phonographique du 30 juin 2008, IDCC n°2770, Annexe III, article 1^{er} (non applicable à l'espèce).

¹³²⁹ Ctrav., art. L.1242-1.

¹³³⁰ V. déjà une série d'arrêt de la Cour de cassation dans le secteur de l'audiovisuel (affaire La conq), Cass. soc. 8 janv. 1997 ; puis dans le secteur de l'enseignement : Cass. soc. 15 fév. 2006 : Bull. n°66 (on notera la durée totale de la succession de contrats à durée déterminée de 26 mois (avec interruption) retenue comme indice de la permanence de l'emploi. Dans l'affaire De Palmas, la durée minimale, sans interruption, était encore plus longue que celle-ci.

¹³³¹ Cass. soc. 26 nov. 2003 (4 arrêts) : Bull n°298 : « *Vu les articles L.122-1, L.122-1-1-3°, L.122-3-10 et D. 121-2 du Code du travail ; Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces textes, d'abord, que dans les secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, certains des emplois en relevant peuvent être pourvus par des*

notera l'ambiguïté de la nouvelle convention collective de l'édition phonographique, certes non applicable à l'espèce, qui prévoit en son article 18 que « *le contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise* »¹³³² et estime en son article 19 qu'il est d'usage constant de recourir au contrat à durée déterminée pour les artistes en vue de leur production, et les techniciens. Doit-on considérer que l'article 19 constitue une exception à l'article 18 ou que l'article 19 s'interprète au regard de l'article 18, excluant donc le recours au contrat à durée déterminée pour pourvoir un emploi durablement ? Or un emploi nécessaire à l'entreprise pendant trois à dix-neuf ans ne devrait-il pas être qualifié de durable ? Comment peut-on évaluer la permanence de l'emploi si la longueur (exceptionnelle par rapport aux contrats de travail à durée déterminée « classiques ») des durées minimales et maximales du contrat n'en sont pas des indices ? Un contrat qui peut durer, de l'aveu des parties, jusqu'à dix-neuf ans, soit près de la moitié d'une carrière professionnelle si l'on s'en réfère aux critères retenus pour le calcul des droits à la retraite, ne doit-il pas être considéré comme durable ou permanent ? On peut se demander si les règles du droit du travail ne sont pas ici détournées et s'il ne serait pas nécessaire d'encadrer légalement le recours aux contrats d'usage pour éviter ces cas particuliers. On notera certes ici le caractère très particulier de la « relation de travail » et des obligations du salarié. On peut d'ailleurs se demander si la qualification de contrat de travail est ici appropriée et s'inquiéter de la possible extension de cette jurisprudence à d'autres secteurs d'activité. Si un tel contrat est par ailleurs accompagné de la réglementation des conditions de la cession concernant les droits de propriété littéraire et artistique portant sur les cinq albums identifiés, on comprend que les principes sous-tendant la prohibition de la cession globale des œuvres futures sont ici en échec et ne font pas obstacle à la réservation par l'employeur de la créativité d'un artiste. La prohibition des cessions globales des œuvres futures vise en effet à protéger la liberté de création et la liberté d'exploitation de l'auteur en évitant que, débutant et méconnu du public, il ne souscrive un accord trop désavantageux dont il ne pourrait s'affranchir ensuite¹³³³. Ainsi, le salarié ne sera pas lié définitivement par les

contrats de travail à durée déterminée lorsqu'il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée, en raison du caractère par nature temporaire de ces emplois, ensuite, que des contrats à durée déterminée successifs peuvent être conclus avec le même salarié, enfin, que l'office du juge, saisi d'une demande de requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, est seulement de rechercher, par une appréciation souveraine, si, pour l'emploi concerné, et sauf si une convention collective prévoit en ce cas le recours au contrat à durée indéterminée, il est effectivement d'usage constant de ne pas recourir à un tel contrat ; que l'existence de l'usage doit être vérifiée au niveau du secteur d'activité défini par l'article D. 121-2 du Code du travail ou par une convention ou un accord collectif étendu ».

¹³³² Convention de l'édition phonographique précitée.

¹³³³ Comp. la jurisprudence évoquant la liberté de création des artistes pour empêcher les conventions emportant cession des supports d'œuvres d'art par trop aliénantes : CA Aix-en-Provence, 23 fév. 1965 : D. 1966,

conditions de cession qu'il a acceptées au moment de son embauche. Au contraire, pourra-t-il potentiellement renégocier les conditions de l'exploitation, et notamment sa rémunération, à chaque nouvelle œuvre créée. Il pourra ainsi, lorsque la preuve de son talent aura été faite, bénéficier du succès de ses œuvres pour améliorer sa situation économique. Tel a été le cas de l'écrivain, non salarié, le contrat excluant cette qualité, malgré l'ambiguïté de la relation contractuelle¹³³⁴, qui avait accepté de « *procéder à la réécriture d'ouvrages indéterminés en contrepartie d'un droit de 2% sur le prix hors taxes de chaque exemplaire vendu* »¹³³⁵. Il a donc réécrit plusieurs autobiographies pour lesquelles il a renoncé à la qualité de coauteur. Une autobiographie ayant connu un certain succès a été exploitée à l'étranger. Suite aux revendications de l'auteur, la société d'édition a augmenté son avance mensuelle à valoir sur les droits d'auteur et lui a proposé une rémunération forfaitaire supplémentaire. L'écrivain a alors agi aux fins de faire reconnaître sa qualité de coauteur, la nullité du contrat emportant cession globale des œuvres futures et l'absence de contrat d'édition ; en conséquence de quoi, il demandait l'allocation de dommages et intérêts. La société a invoqué un contrat de louage d'ouvrage ou de service emportant cession implicite. La cour a rappelé l'indifférence de ces contrats à la jouissance du droit de propriété incorporelle, considéré que le contrat s'analysait en une cession globale d'œuvres futures et qu'en tout état de cause, « *ces contrats n'ont pu entraîner la transmission des droits du coauteur faute de mention distincte de chacun des droits cédés et de délimitation du domaine d'exploitation de ceux-ci* ». Autrement dit, la cession des droits sur des œuvres à créer mais déterminées nécessitait à tout le moins une délimitation du champ d'exploitation.

361. **Cession délimitée.** L'auteur ne saurait céder purement et simplement son droit d'exploitation, sans autre précision¹³³⁶. Une telle convention serait nulle¹³³⁷. Dans l'esprit du texte, l'auteur pourra ainsi déterminer l'objet du contrat, prendre conscience de l'étendue des droits cédés, négocier une rémunération différenciée, voire démembrer son droit

p.166, note R. Savatier ; RTDCom 1965, p.849, obs. H. Desbois ; CA Paris : 15 nov. 1966 : RTDCom. 1967, p.155, obs. H. Desbois ; Gaz. Pal. 1967, 1, p.17, note Sarraute.

¹³³⁴ On notera la mauvaise foi de la société d'édition qui exclut contractuellement la qualification de contrat de travail, qu'elle invoquera ensuite lors du procès pour justifier l'absence de cession en bonne et due forme, alors même qu'elle avait précisé dans le contrat que la « *collaboration revêtant un caractère rédactionnel, les droits que vous percevrez seront considérés par nous comme étant des droits d'auteur* », évitant ainsi le régime social et fiscal des salaires et que la commande n'était rémunérée que par les redevances d'auteur, les sommes versées mensuellement étant une avance à valoir sur les droits d'auteur.

¹³³⁵ CA Paris, 10 juin 1986 : RIDA, juill. 1987, p.193.

¹³³⁶ V. A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité*, n°580, indiquant que « *la clause autrefois couramment insérée dans les contrats d'édition, se bornant à donner à l'éditeur 'la propriété pleine et entière de l'œuvre' [citée par Desbois] ne saurait donc produire effet* ».

¹³³⁷ CPI, art. L.131-3.

d'exploitation et confier l'exploitation des différentes utilités de l'œuvre à des exploitants différents. En pratique, l'exploitant exige une cession des droits la plus large possible et c'est lui qui assume ensuite la gestion de l'exploitation de l'œuvre en en confiant chaque exploitation spécifique à des tiers¹³³⁸. Par ailleurs, l'exigence de cession délimitée a pour objectif la détermination de l'objet du contrat : détermination de la nature, des modalités et du champ de l'exploitation confiée par l'auteur à l'exploitant. Cette délimitation doit être définie pour chaque œuvre en cause. Elle doit spécifier l'étendue géographique et temporelle de l'exploitation autorisée, la nature des droits cédés et la destination de l'exploitation. Nombre d'auteurs considèrent que cette exigence de cession délimitée oblige à la rédaction d'un écrit. En effet, si l'écrit n'est obligatoire que pour les contrats de représentation, d'édition, de production audiovisuelle, les autorisations gratuites d'exécution¹³³⁹ et les cessions des droits d'adaptation audiovisuelle¹³⁴⁰, les autres contrats sont soumis au droit commun de la preuve et n'exige donc la rédaction d'un écrit que lorsque l'enjeu financier du contrat excède 1500 euros¹³⁴¹. Toutefois, la preuve de la délimitation de la cession devra être rapportée pour que le contrat soit valable. Cette preuve semble exiger la rédaction d'un écrit. Cette exigence impose donc une certaine contrainte à l'employeur qui doit faire signer à son salarié – et conserver – un contrat de cession pour chaque œuvre exploitée, ou du moins, pour une série d'œuvres déterminées. On notera que la Cour de cassation a récemment estimé que l'exigence de cession délimitée ne concernait que les contrats de représentation, d'édition, de production audiovisuelle et les autorisations gratuites d'exécution. Il semble par ailleurs qu'elle considère cette règle comme une simple règle de forme et non une règle de fond permettant de définir l'objet du contrat. Elle affirme en effet, dans un arrêt certes non publié au bulletin, mais largement commenté par une doctrine le plus souvent critique, « *qu'après avoir justement énoncé que les dispositions de l'article L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle, qui ne visent que les seuls contrats énumérés à l'article L.131-2, alinéa 1er, à savoir les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle, ne s'appliquaient pas aux autres contrats, c'est à bon droit que la cour d'appel a jugé que la cession d'exploitation sur des modèles n'était soumise à aucune exigence de forme et que la preuve pouvait en être rapportée selon les prescriptions des articles 1341 à 1348 du Code civil auxquelles l'article L.131-2,*

¹³³⁸ J. Farchy, *Internet et le droit d'auteur, la culture Napster*, CNRS éditions, 2003, p.129 et s., décrivant les stratégies de concentrations, d'achat de droits afin « *d'alimenter des réseaux de diffusion, soit pour rentabiliser les catalogues sur les marchés secondaires, soit dans le cadre d'une forme particulière d'intégration verticale* ».

¹³³⁹ CPI, art. L.131-2.

¹³⁴⁰ CPI, art. L.131-3, al. 3, exigeant par ailleurs un écrit distinct du contrat d'édition.

¹³⁴¹ CPI, art. L.131-2 ; Cciv., art. 1341 et s.

alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle renvoie expressément »¹³⁴². Une telle décision va à l'encontre de la jurisprudence antérieure exigeant une mention expresse de chacun des droits cédés¹³⁴³, refusant les cessions de droit d'auteur trop générales ou imprécises, et donc inopérantes¹³⁴⁴, considérant la délimitation de la cession comme une condition de validité de la cession¹³⁴⁵ et ne distinguant pas selon les contrats¹³⁴⁶. C'est nier aussi l'organisation du code, qui distingue, au titre de l'exploitation des droits, les dispositions générales¹³⁴⁷ et les dispositions particulières à certains contrats¹³⁴⁸. Si l'article L.131-3, alinéa 1^{er}, n'avait concerné que les contrats nommés, il aurait dû figurer non dans le premier chapitre du titre troisième (dispositions générales) mais dans le second, dans une section, dispositions communes. Au contraire, les dispositions générales présentent les principes généraux de l'exploitation des droits, auxquels sont soumis tous les contrats de droit d'auteur, sauf exception spécifique à un contrat particulier, conformément au principe *specialia generalibus derogant*. Parmi ces dispositions générales figurent aussi le principe de la rémunération proportionnelle. Doit-on déduire du silence de la décision de la Cour de cassation, comme de la cour d'appel, à propos de la rémunération du salarié créateur que cet article aussi n'a vocation à s'appliquer qu'aux contrats visés à l'article L.131-2, alinéa 1^{er} ? Assurément, une telle règle ne peut être assimilée à une règle de preuve : seule la volonté de la cour de restreindre le champ d'application des dispositions générales pourrait expliquer l'éviction d'une telle règle.

362. **Rémunération proportionnelle.** Selon l'article L.131-4 du Code de la propriété intellectuelle, alinéa 1^{er}, la cession, totale ou partielle, des droits de l'auteur « doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation ». La prévision d'une rémunération proportionnelle est donc, sauf cession à titre gratuit, une condition de validité du contrat. Toutefois, le deuxième alinéa prévoit des cas où, exceptionnellement, la rémunération peut être forfaitaire et le troisième alinéa admet la licéité

¹³⁴² Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2006, pourvoi n°05-19294 : RTDcom. 2007, p.363 obs. F. Pollaud-Dulian ; CCE 2007, comm. n°3, note C. Caron ; Legipresse 2007, II, p.187, note C. Alleaume ; Propr. Intell. 2007, n°22, p.93, obs. A. Lucas ; RIDA 1/2007, p.265, note P. Sirinelli.

¹³⁴³ CA Versailles, 13 fév. 1992 : D. 1993, p.402, note B. Edelman ; Cass. civ. 1^{re} 15 mai 2002 : Bull. n°130 ; CCE 2002, comm. n°84, note C. Caron ; Cass. civ. 1^{re} 15 fév. 2005 : Bull. n°82 ; RTDCom. 2005, p.319, obs. F. Pollaud-Dulian.

¹³⁴⁴ CA Paris, 2 mai 1975 : JCP 1979, II 19110 ; Cass. civ. 1^{re}, 9 oct. 1991 : RIDA, janv. 1992, p.293.

¹³⁴⁵ CA Paris, 1^{er} juill. 1998 : RIDA janv. 1999, p.390.

¹³⁴⁶ Cass. civ. 1^{re}, 23 janv. 2001 : CCE 2001, comm. n°34, note C. Caron ; Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 1999 : RTDCom. 2000, p.364, obs. A. Françon ; CCE 2000, comm. n°55, note J.-C. Galloux.

¹³⁴⁷ CPI, art. L.131-1 et s.

¹³⁴⁸ CPI, art. L.132-1 et s.

de la conversion, temporaire et à la demande de l'auteur, des redevances dues au titre de la rémunération proportionnelle en annuités forfaitaires. Toute rémunération forfaitaire n'est donc pas exclue : selon l'article L.131-4 du Code de la propriété intellectuelle, les parties peuvent y recourir lorsque 1°) la base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée, 2°) les moyens de contrôler l'application de la participation font défaut, 3°) les frais des opérations de calcul ou de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre, 4°) la nature ou les conditions de l'exploitation rendent impossible l'application de la règle de la rémunération proportionnelle, soit parce que la contribution de l'auteur ne constitue pas un élément essentiel de la création intellectuelle, soit parce que l'utilisation de l'œuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité. Les cas de recours au forfait sont donc assez nombreux et permettent d'éviter le recours à la rémunération proportionnelle quand le calcul de celle-ci est difficile à mettre en œuvre, que ce soit pour des questions d'assiette ou de coûts, cette difficulté étant appréciée eu égard à l'importance de l'apport créatif dans les résultats d'exploitation. Néanmoins pour les exploitations non prévues ou non prévisibles, la rémunération est nécessairement proportionnelle¹³⁴⁹. La rémunération proportionnelle vise à associer l'auteur au succès de son œuvre, en l'associant aux résultats de l'exploitation. La valeur d'une œuvre ne peut être réellement évaluée qu'en cours d'exploitation, la prévision d'une rémunération proportionnelle permet donc de ne léser aucune des parties. Les parties ont seulement à s'accorder sur la part qui revient à l'auteur dans les résultats d'exploitation. Pour éviter que la rémunération de l'auteur ne dépende en trop grande partie de la gestion de l'exploitant, l'auteur n'est, en principe, pas associé aux bénéfices d'exploitation mais bien à son résultat, autrement dit au prix public hors taxe lorsque celui-ci est déterminable¹³⁵⁰. Si une telle assiette convient parfaitement à la vente d'exemplaire ou à la représentation publique avec droit d'accès à la séance, tel n'est pas le cas de l'exploitation par radiodiffusion, télédiffusion, internet, location ou prêt. Des substituts ont donc été mis en place en pratique, qui restent néanmoins basés sur

¹³⁴⁹ CPI, art. L.131-6.

¹³⁵⁰ Cass. civ. 1^{re}, 16 juill. 1998 : Bull. n°256 ; Cass. civ. 1^{re}, 9 oct. 1984 : Bull. n°252. Ce principe est en pratique parfois difficile à mettre en œuvre ou critiqué. Pour une approche doctrinale : L. De Gaulle, « La notion de redevance en droit d'auteur », RIDA 1/1996, p.69 ; A. Lucas, « L'assiette de la rémunération proportionnelle due par l'éditeur », D. 1992, chron. p.269. Y. Gaubiac, « L'assiette de la rémunération proportionnelle selon la loi française sur le droit d'auteur », in *Mélanges Françon*, Dalloz 1995, p.163. Pour l'avis d'un avocat sur les limites de ce principe : F. Gaullier et G. Vercken, « Rémunération proportionnelle des auteurs : atténuations et remises en cause du principe de l'assiette prix public hors taxes », *Propr. Intell.* 2006, p.155.

les fruits pécuniaires, issus directement ou indirectement, de l'exploitation de l'œuvre¹³⁵¹. On notera que même en cas de forfait, la rémunération doit être en rapport avec le succès de l'œuvre : l'auteur pourrait demander la révision du prix en cas de lésion ou d'imprévision de plus des sept douzièmes¹³⁵². Le contrat de travail n'emportant aucune dérogation à la jouissance des droits d'auteur, le créateur, même salarié, devrait toucher une rémunération supplémentaire à son salaire, sous forme de redevances d'auteur, proportionnelle aux résultats d'exploitation de l'œuvre, sauf cas de forfait sus-évoqués.

363. La mise en œuvre de ces dispositions, contrôle du montant des redevances versées au titre de la rémunération proportionnelle ou contrôle de l'absence de lésion en cas de forfait, oblige l'exploitant à une reddition de compte¹³⁵³.

364. **Obligation de rendre compte.** Le prix étant soit indéterminé mais déterminable, en cas de rémunération proportionnelle, soit susceptible de rescision pour lésion ou imprévision en cas de forfait, l'auteur doit avoir accès aux comptes d'exploitation pour pouvoir évaluer si son employeur lui verse la somme à laquelle il a droit. L'article L.131-7 du Code de la propriété intellectuelle semble n'imposer de reddition de compte qu'en cas de cession partielle de droit d'auteur : « *en cas de cession partielle, l'ayant cause est substitué à l'auteur dans l'exercice des droits cédés, dans les conditions, les limites et pour la durée prévues au contrat, et à charge de rendre compte* ». Toutefois, si une reddition de compte s'impose en cas de cession partielle, *a fortiori*, doit-elle être exigée en cas de cession totale¹³⁵⁴. On notera que les dispositions relatives aux contrats d'édition, de représentation et de production audiovisuelle précisent les conditions spécifiques de mise en œuvre de cette disposition générale. Ainsi, l'éditeur doit-il rendre compte au moins une fois par an et préciser à l'auteur le nombre d'exemplaires fabriqués en cours d'exercice, le nombre d'exemplaires en stock, le nombre d'exemplaires vendus, inutilisables ou détruits et le

¹³⁵¹ G. Vercken et M. Vivant, « Le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées : figures anciennes et pistes nouvelles », cah. dr. entr. 2000, n°2, p.18 ; M.-P. Fenoll-Trousseau, « la rémunération des auteurs sur internet », CCE 2001, comm. n°6 ; D. Bécourt, « La problématique de la rémunération des journalistes dans les nouveaux médias », D. Affaires, suppl. du 27 mai 1999 ; J. Hassler et M. Lilti, « Diffusion sur internet : deux points de vue sur la rémunération », *Expertises*, juin 1998, p.168.

¹³⁵² CPI, art. L.131-5.

¹³⁵³ E. Dreyer, « Lésion et rémunération forfaitaire de l'auteur », RDPI 1997, n° 76, p.44 ; Frémond, « La lésion en matière de droit d'auteur », *Cahier du droit d'auteur*, janv. 1989, p.4 ; P.-Y. Gautier, « Le contrat bouleversé : de l'imprévisibilité en droit des propriétés littéraire et artistique », D. 1990, chron. p.130 ; J. Mathysens, « Sanction de la lésion dans les contrats relatifs au droit d'auteur », RIDA oct. 1959, p. 73 ; J.-P. Oberthur, « La révision du prix de cession du droit d'auteur en publicité », RIDA oct. 1985, p. 45.

¹³⁵⁴ On peut d'ailleurs s'interroger sur le sens à accorder à l'expression cession totale, la cession devant être délimitée...

montant des redevances dues à l'auteur¹³⁵⁵. Le juge peut contraindre l'éditeur récalcitrant à justifier de l'exactitude des comptes¹³⁵⁶ et l'absence de reddition de compte peut entraîner la résiliation du contrat pour inexécution¹³⁵⁷. L'entrepreneur de spectacle est, lui, obligé de déclarer à l'auteur ou ses représentants le programme exact des représentations et de fournir un état justifié des recettes¹³⁵⁸. Le producteur d'une œuvre audiovisuelle fournit au moins une fois par an aux coauteurs un état des recettes provenant de l'exploitation de l'œuvre selon chaque mode d'exploitation. Il doit tenir à leur disposition les justificatifs de l'exactitude des comptes, et notamment la copie des contrats qu'il conclut avec les tiers¹³⁵⁹. Ces articles déclinent donc l'obligation générale établie par l'article L.131-7, qui a vocation à s'appliquer à tout contrat, y compris ceux conclus entre un salarié et un employeur.

365. **Bilan.** A défaut d'exception, l'employeur est donc soumis, dans sa relation avec son salarié, au droit des contrats d'auteur. La rédaction d'un contrat sera donc nécessaire pour toutes œuvres ou séries d'œuvres créées ou à venir. Le contrat devra préciser l'étendue de l'exploitation envisagée et la rémunération, en principe proportionnelle de l'auteur. L'employeur devra ensuite rendre des comptes au salarié quant à l'exploitation de l'œuvre. Par ailleurs, si l'employeur procède à l'édition de l'œuvre, les obligations particulières au contrat d'édition s'imposeront aux parties. Il en ira de même pour tous les contrats nommés. Au-delà de la question des contraintes de gestion qu'un tel modèle impose, une telle situation, si elle favorise le dialogue, la négociation et la transparence dans les relations entre employeur et salarié¹³⁶⁰, est suffisamment exceptionnelle pour paraître incongrue à certains employeurs. La pratique ne se satisfait pas d'un tel modèle notamment car le formalisme contractuel lui paraît trop contraignant¹³⁶¹. La solution consiste pour certains à exploiter sans cession, à se dispenser de l'application de certaines dispositions légales, à invoquer l'œuvre collective. Le régime,

¹³⁵⁵ CPI, art. L.132-13.

¹³⁵⁶ CPI, art. L.132-14.

¹³⁵⁷ TI Paris, 2 juin 1981 : RIDA oct. 1981, p.216 ; TGI Paris, 4 fév. 2003 : Légipresse 2003, n°202, I, p.79 ; CA Paris, 9 nov. 1988 : D. 1990, somm ; p.57, obs. C. Colombet. V. aussi Civ. 1^{re}, 24 nov. 1993 : RIDA juill. 1994, p.293. Contra si la réclamation de l'auteur est tardive : CA Paris 29 janv. 1991 : RIDA juill. 1991, p.219, note P.-Y. Gautier.

¹³⁵⁸ CPI, art. L.132-21.

¹³⁵⁹ CPI, art. L.132-28.

¹³⁶⁰ En ce sens, Laurent Drai, *Le droit du travail intellectuel*, préc.

¹³⁶¹ En ce sens, CSPLA, rapport de la commission relative aux créations des salariés de droit privé, présidée par P. Sirinelli, rapport et avis qui ne sont plus disponibles en ligne. Toutefois, compte-rendu de la séance du 4 octobre 2001, disponible sur <http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONENU/seance%202.pdf>.

inadapté, mal ou pas appliqué, aboutit à une « *sécurité juridique en trompe l'œil* »¹³⁶². Le sujet cristallise les polémiques et les antagonismes, les contentieux aussi, intentés souvent après la rupture du contrat. Certains employeurs ne respectant pas les exigences du droit d'auteur, les salariés contestent la validité de l'exploitation lorsqu'ils ne sont plus en état de subordination. Mais le départ de l'entreprise est souvent bien postérieur au début de l'exploitation et comporte alors des risques pour la sécurité juridique de l'exploitation¹³⁶³. Le législateur a donc dû atténuer la portée du modèle en admettant des situations spéciales pour lesquelles il a prévu des modalités particulières de cession. Globalement, au vu du nombre de travaux sur le sujet, le régime semble insatisfaisant. Les partenaires sociaux refusant tout compromis sur ce sujet, toute réforme globale paraît difficile¹³⁶⁴. L'heure est donc à la seule atténuation du modèle dans des hypothèses particulières, liées au genre ou à la destination de l'œuvre ou aux qualités du salarié et de l'employeur.

¹³⁶² Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, compte-rendu de la séance du 4 octobre 2001, disponible sur <http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONENU/seance%202.pdf>.

¹³⁶³ L.Drai, « La création salariée au prisme de la rupture du contrat de travail », *Propriété Intellectuelle*, 2007, n°23.

¹³⁶⁴ En ce sens, CSPLA, rapport de la commission relative aux créations des salariés de droit privé, préc. et R. Hadas-Lebel, Mission sur la mise en œuvre du droit d'auteur dans le cadre du statut de salarié de droit privé, 2002, disponible sur : <http://www.lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/023000625/0000.pdf>.

SECTION II.

ATTÉNUATIONS AU MODÈLE

366. Le modèle littéraire et artistique, centré sur la notion d'auteur, attribue de manière très logique, la propriété initiale des droits au salarié et n'admet pas de spécificité dans les relations entre employeurs et salariés : les contrats visant à l'exploitation des créations de salariés sont donc soumis au régime applicable à toute création. Toutefois, le développement du marché des produits culturels, l'ère de la « société de l'information et de la communication » ont renouvelé en partie les enjeux de la propriété intellectuelle. La conjonction de deux phénomènes, la multiplication des entreprises culturelles et l'augmentation du salariat pour assurer une certaine sécurité aux créateurs, ont fait émerger toute une création d'entreprise (I), pour laquelle le modèle littéraire et artistique ne paraît, du moins aux yeux des employeurs, plus adapté. Le législateur a donc multiplié les hypothèses de dérogation au modèle qui mettent en place un régime adapté aux besoins du secteur visé (II).

§ 1. ÉMERGENCE D'UNE CRÉATION D'ENTREPRISE

367. La création d'entreprise est caractérisée, en tout cas, elle est présentée comme telle, d'abord, par un certain émiettement créatif (A), la création d'entreprise étant presque par nature une création plurale ; ensuite, par l'importance des investissements engagés pour sa production (B), la création d'entreprise étant en soi un investissement pour l'entreprise qui en prend l'initiative et organise tout le processus de création et d'exploitation ; enfin, comme un produit de la « société de l'information et de la communication » (C), soit parce que son genre même impose le recours à des technologies de l'information et de la communication (œuvres audiovisuelles, logicielles, multimédias) ; soit parce que sa destination est l'information ou la communication (œuvres de presse, œuvres documentaires, œuvres publicitaires, logos et enseignes, sites internet, outils de communication).

A. Émiettement créatif

368. **Création plurale.** La création d'entreprise apparaît souvent comme le fruit d'un travail d'équipe mêlant plusieurs auteurs, qui peuvent intervenir dans des genres différents ou non. Tel est notamment le cas des œuvres audiovisuelles, multimédia ou journalistiques. Or les régimes de création plurale restent insatisfaisants. Ou plutôt la distinction des œuvres plurales reste difficile à mettre en œuvre, alors même que leurs régimes sont exactement opposés. En

effet, l'œuvre de collaboration est la « *propriété commune des coauteurs* », c'est-à-dire que « *les coauteurs doivent exercer leurs droits d'un commun accord* »¹³⁶⁵. Le droit est donc en indivision, indivision dont les coauteurs ne peuvent sortir puisque l'indivision est la conséquence même de la spécificité de l'objet, une œuvre de collaboration. Certains y voient dès lors une propriété collective¹³⁶⁶. Au contraire, l'œuvre collective est « *la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée. Cette personne est investie des droits de l'auteur* »¹³⁶⁷. Autrement dit, en cas d'œuvre collective, l'employeur peut être titulaire *ab initio* des droits d'auteur, dans ses attributs patrimoniaux et moraux, alors qu'en cas d'œuvre de collaboration, il devra obtenir l'autorisation d'exploitation de chacun des coauteurs. Alors qu'en cas d'œuvre collective, il est originairement et définitivement maître de l'œuvre et de son exploitation, en cas d'œuvre de collaboration, même après cession, il peut toujours s'exposer à des revendications des coauteurs, notamment sur le fondement du droit moral, ou à des revendications de personnes revendiquant la qualité de coauteur. L'enjeu de la qualification est donc important. Tant et si bien que certains n'hésitent pas à recommander de faire travailler plusieurs salariés sur tout projet créatif, de manière à pouvoir systématiquement invoquer par la suite la qualification d'œuvre collective¹³⁶⁸, pour échapper à la rédaction de tout contrat. Mais la difficulté réside spécialement dans cette qualification, la définition légale des différents types de création plurale étant ambiguë.

369. **Œuvre de collaboration et œuvre collective.** Selon l'article L.113-2 du Code de la propriété intellectuelle, « est dite de collaboration, l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques. (...) Est dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie, la divulgue sous sa direction et son

¹³⁶⁵ CPI, art. L.113-3.

¹³⁶⁶ G. Salord, *La propriété collective des œuvres*, thèse Paris II, 2007.

¹³⁶⁷ CPI, art. L.113-5.

¹³⁶⁸ V. A. Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 1999, n°7.41, p.324, considérant qu'il existe une controverse relative à la titularité des droits par l'employeur (il considère lui que l'employeur est investi des droits sur les créations de ses salariés, même en l'absence de cession) : « on soulignera cependant que cette controverse ne porte que sur les créations réalisées par des salariés parfaitement « identifiables », c'est-à-dire par un employé seul. En effet, dès lors qu'une création est réalisée par plusieurs employés ou en collaboration, par un employé avec d'autres employés, dans le cadre de leur travail, donc dans un contexte hiérarchisé, on est naturellement en présence d'une œuvre collective appartenant à l'employeur ». V. également A. Bertrand, *Droit d'auteur*, Dalloz, 3^e éd., 2010, coll. Dalloz Action, n°105.37, p. 196 : « En pratique, on peut contourner l'obstacle constitué, tant par la cession du droit patrimonial que, dans une certaine mesure, par l'existence du droit moral, en disposant dans le contrat de travail du salarié que toutes les créations réalisées par celui-ci dans le cadre de son contrat de travail sont par nature des œuvres collectives puisqu'elles sont (i) « initiées par l'employeur », (ii) « formalisées » sous le contrôle des supérieurs hiérarchiques et avec l'aide des autres employés, (iii) dans le seul but d'être exploitées par l'employeur. Mais, pour éviter toute controverse il faut traiter séparément les œuvres susceptibles d'être créées uniquement par l'employé ou qui peuvent demeurer individualisables ».

nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé ». L'œuvre de collaboration et l'œuvre collective sont donc deux types d'œuvres à la création de laquelle plusieurs personnes ont participé. L'œuvre de collaboration est simplement définie par cette pluralité d'auteurs, il semble donc qu'il s'agisse de la qualification générale dont on exclut les œuvres collectives, catégorie exceptionnelle d'œuvres dont la création et l'exploitation sont dues à l'initiative d'une personne, physique ou morale, qui en assume la responsabilité. Par ailleurs, il importe que les différents coauteurs ne puissent prétendre à un droit sur l'ensemble réalisé. Autrement dit, les auteurs ne participent qu'à la création d'une partie de l'œuvre, sur laquelle ils ont un droit, et non à la création de l'architecture d'ensemble de l'œuvre collective : ils n'ont donc aucun droit distinct de celui qu'ils ont sur leur contribution, sur l'œuvre d'ensemble. On distingue donc les auteurs des différentes contributions de l'initiateur de l'œuvre collective, qui seul bénéficie de la propriété sur l'œuvre d'ensemble. On distingue la propriété des contributions de la propriété de l'œuvre d'ensemble. Classiquement, l'on considère que les dictionnaires et encyclopédies sont les archétypes de l'œuvre collective¹³⁶⁹. En cela, les œuvres collectives se distinguent très clairement des œuvres de collaboration qui sont, par nature, indivisibles. Les exemples classiques d'œuvre de collaboration sont donc les bandes dessinées ou les chansons¹³⁷⁰. La présentation des notions que Desbois fait dans son *Traité*¹³⁷¹, fondée sur les débats qui ont précédé l'adoption de cette disposition de la loi du 11 mars 1957, démontre les contradictions qui existaient dès l'origine en matière de définition des œuvres collectives et de collaboration. L'application des critères présentés par Desbois (critère de la communauté d'inspiration et de la concertation pour l'œuvre de collaboration, et donc de l'absence de « concert préalable et [de] communion des efforts »¹³⁷² pour l'œuvre collective)

¹³⁶⁹ H. Desbois, *Le droit d'auteur*, préc., n°167 ; A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité*, n°204 et 206 ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, préc., n°373-374.

¹³⁷⁰ On remarquera à ce titre une affaire intéressante : bien que les apports aient été réalisés successivement, les paroles ayant préexisté à la musique, la chanson a un caractère indivisible, l'œuvre est donc une œuvre de collaboration (TGI Nanterre 6 mars 1991 : *Cah. dr. auteur*, avril. 1991, p.19 ; RIDA juill. 1991, p.263). Sans doute la musique peut-elle être exploitée séparément du texte, et vice versa ; mais la chanson est indivisible, la musique évoquera inévitablement la chanson, le texte rappellera la version originale de la chanson, aussi y-a-il œuvre de collaboration, l'exploitation séparée du texte ou de la musique doit être autorisée par chacun des coauteurs.

¹³⁷¹ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, préc., n°167 et s., puis n°687 et s.

¹³⁷² H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, préc., n°172. Il précise ensuite : « sans doute, un lien existe entre les contributions individuelles, mais le faisceau n'a pas été formé par le collage de tous ceux qui ont pris part à l'élaboration de fractions distinctes. Le recrutement des auteurs, la coordination des apports sont le fait d'un animateur, le directeur de la collection ; l'activité de celui-ci se sera peut-être immiscée dans l'accomplissement des tâches individuelles, mais, tout au moins en

aurait en effet dû, au vu du processus créatif mis en œuvre, conduire à qualifier le dictionnaire de l'Académie d'exemple-type d'œuvre de collaboration alors qu'il a conduit le législateur à la création de la catégorie de l'œuvre collective. Il convenait donc d'interpréter autrement la notion de droit distinct. Néanmoins, ni la doctrine contemporaine ni la jurisprudence ne sont parvenues à mettre définitivement en exergue des critères précis de qualification emportant adhésion unanime¹³⁷³. Le critère de la fusion des apports confronté à celui de la communauté

règle générale, les apporteurs auront travaillé isolément, sans échange des uns avec les autres ». Cette description du processus créatif des œuvres collectives, si elle est très éclairante sur la notion, et si elle correspond à la réalité de nombreuses œuvres plurales, ne correspond pas au processus d'élaboration du dictionnaire de l'Académie française. Le professeur Desbois admet lui-même (n°173) que le cas du dictionnaire des quarante pose difficulté.

- ¹³⁷³ V. en ce sens, A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité*, n°204 et s. faisant le point sur les différents critères que la jurisprudence a pu faire émerger et concluant que « *la vérité est que le législateur de 1957 n'a introduit la catégorie des œuvres collectives que pour résoudre le cas particulier des dictionnaires, notamment celui de l'Académie française, et des encyclopédies, qui lui paraissaient rebelles au régime de l'œuvre de collaboration. L'innovation, cependant, n'était pas indispensable. Il suffisait, pour les hypothèses envisagées, de laisser les intéressés recourir au mécanisme des cessions de droits. (...) Le mieux serait, à coup sûr, de ne pas persévérer dans l'erreur diabolique et de revenir au droit commun de la propriété littéraire et artistique. Mais l'œuvre collective a pris une telle place dans notre système que ce retour en arrière est difficile à imaginer. En attendant une improbable réforme législative, on peut au moins souhaiter une clarification, car il n'est pas normal qu'en plus de quarante ans, la jurisprudence n'ait pu dissiper le flou qui entoure une notion aussi fondamentale* ». Pour illustration, Comp. les critères retenus par Cass. civ. 1^{re}, 18 oct. 1994 : RIDA avr. 1995, p.305, note A. Latreille, qui qualifie l'œuvre de collective parce que « *l'ouvrage pris dans son ensemble ne résultait pas d'un travail créatif concerté et conduit en commun par plusieurs auteurs, et que la coordination des diverses contributions et l'animation de l'édition avaient été l'œuvre de Mme Le Brun ; qu'ainsi, ayant retenu l'absence de toute coopération entre les divers auteurs et le rôle d'initiative et de direction joué par Mme Le Brun en sa qualité de salariée de la société Breasbeather* » (on notera que la cour d'appel avait également retenu que les coauteurs n'avaient pas participé à la conception et la réalisation de l'ensemble, qui avaient été faites par la salariée, or ces critères sont ceux déterminant l'existence d'une création ; la Cour de cassation ne reprend pas ces termes mais évoque un « *travail créatif* ». Or l'action n'est pas menée par un contributeur à l'œuvre collective mais par la salariée coordinatrice : le fait qu'il y ait eu des contributeurs implique ici une œuvre collective ce qui exclut la reconnaissance de droits d'auteur au salarié qui a pourtant fait œuvre créatrice) et Cass. civ. 1^{re} 2 déc. 1997 : Bull. n°348 ; D. 1998, p.507, note B. Edelman, dont la motivation est au contraire plus que lapidaire (la cour, constatant que « *la plaquette avait été créée à l'initiative de la société Kaneka qui l'avait ensuite divulguée sous sa dénomination sociale, et que la réunion des diverses contributions ainsi que la fusion de l'apport de Mme X... dans l'ensemble constituaient une œuvre sur laquelle il n'était pas possible d'attribuer à chacun des participants un droit distinct* », conclut à l'existence d'une œuvre collective, sans expliquer en quoi cette fusion ou l'absence de droits distincts peuvent être retenues. Or l'existence d'une œuvre de collaboration implique également une fusion des apports ; le critère de la diffusion sous la dénomination sociale de l'initiateur ne paraît pas plus pertinent : tout éditeur diffuse un ouvrage sous sa dénomination sociale, toute entreprise commandant une plaquette de communication diffuse également cette plaquette sous son nom, si l'absence de mention du nom de l'auteur suffit à exclure la qualification d'auteur, alors les entreprises ont intérêt à se dispenser de toute respect du nom des coauteurs. Il est dommage que la Cour de cassation ne s'attarde pas à définir les éléments permettant de déterminer en quoi consiste la fusion attendue et comment un droit distinct peut être reconnu ou pas. Au vu de l'incidence de ces éléments sur la qualification et l'existence de droits d'auteur, il ne devrait pas s'agir d'éléments appréciés par les seuls juges du fond). Pour des illustrations à partir de jurisprudences émanant des juges du fond : CA Paris, 11 déc. 1961 : RTDCom. 1962, p.674, obs. H. Desbois ; CA Paris, 8 juin 1971 : D. 1972, p.383, note B. Edelman ; RTDCom. 1973, p.268, obs. H. Desbois ; JCP 1973, II, 17427, note R. Plaisant ; Cass. civ. 1^{re} 5 mars 1968, D. 1968, p.382, RTDCom. 1968, p.488, obs. H. Desbois ; CA Paris, 6 nov. 1991 : D. 1992, IR p.63 ; ; CA Paris, 25 fév. 2004 : *Propri.*

d'inspiration conduit à la cacophonie ; celui de la direction de l'œuvre collective par le promoteur ou initiateur, confronté à la jurisprudence admettant l'existence d'une œuvre de collaboration même en présence d'apports inégaux à l'œuvre¹³⁷⁴ ne semble pas parfaitement éclairant : comment distinguer un coauteur « prépondérant » et un coordinateur, un contributeur et un coauteur à l'apport minime ? Il ne suffit donc pas de faire travailler ensemble plusieurs salariés, pour que l'œuvre plurale qui résulterait de leurs activités créatrices soit la propriété ab initio de l'employeur. Au contraire, miser sur la qualification juridique d'œuvre collective n'assure pas pleinement la sécurité juridique de l'employeur.

370. **Œuvre composite.** L'œuvre composite est à considérer de manière distincte : d'une part, son régime est spécifique¹³⁷⁵ (l'exploitation de l'œuvre composite exige l'autorisation de l'auteur de l'œuvre première, il n'y a donc ni propriété « commune », ni privation d'un auteur au profit de l'autre qui seul bénéficierait de la propriété unique et originaire de l'ensemble, mais bien deux propriétés distinctes¹³⁷⁶) ; d'autre part, sa définition ne permet pas la confusion avec les deux autres catégories d'œuvres plurales, l'œuvre composite n'est pas en effet le fruit d'une création simultanée mais d'une création successive¹³⁷⁷ (les auteurs des différents éléments qui participent de la forme de l'œuvre composite ne collaborent pas ; seules les formes sont mêlées, pas l'activité créatrice). L'analyse du processus créatif permet donc

intell. 2004, n°12, p.766, obs. A. Lucas ; RIDA janv. 2005, p.207, note A. Kérever. CA Paris, 3 déc. 2004 : D. 2005, p.1237, note E. Treppoz.

¹³⁷⁴ Cass. civ. 1^{re}, 2 avr. 1996 : Bull. n°165 : la Cour de cassation dans le chapeau d'un arrêt publié au bulletin et visant les articles L.113-2 et L.113-3 du Code de la propriété intellectuelle rappelle que « l'œuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs, indépendamment de l'importance ou du mérite de leurs apports respectifs ». Ici le coauteur n'avait rédigé qu'un chapitre de l'ouvrage, cet apport créatif aurait pu être qualifié de simple contribution à une œuvre collective, ce que réfute la Cour de cassation. Il aurait été souhaitable, au-delà du rappel de l'absence d'appréciation du mérite de l'apport créatif, que la cour mette en exergue en quoi il y avait ici un droit distinct sur l'œuvre d'ensemble et pas seulement un droit sur le chapitre. Les qualifications d'œuvre de collaboration et d'œuvre collective s'excluant l'une l'autre, il semble important de qualifier les œuvres au regard des critères distinguant ces deux catégories. Pour des illustrations à partir de jurisprudences émanant des juges du fond : CA Paris 18 avr. 1956 : D. 1957, p.108, note H. Desbois ; CA Paris, 21 nov. 1994 : RIDA avr. 1995, p.381, obs. A. Kérever, p.249 ; TGI Paris, 15 mars 2002, CCE 2002, comm. n°68, note C. Caron ; JCP E 2003, 278, n°2, obs. G. Salord ; TGI Paris, 28 fév. 2003 : *Légipresse* 2003, n°201, I, p.60. Toutefois, l'apport ne doit pas être accessoire, CA Paris 16 janv. 1992 : RIDA avr. 1992, p.204 et Civ. 1^{re}, 5 mars 1968 : D. 1968, p.382 et RTDCom. 1968, p.488, obs. H. Desbois.

¹³⁷⁵ CPI, art. L.113-4.

¹³⁷⁶ L'auteur de l'œuvre première ne détient de droit que sur l'œuvre première et n'est pas dépossédé de ses droits sur l'œuvre première du fait de l'existence de l'œuvre seconde. L'auteur de l'œuvre seconde n'a de droit que sur l'œuvre seconde, qui lui appartient originairement mais sans qu'il puisse prétendre à aucun droit sur l'œuvre première. L'exercice de la propriété sur l'œuvre seconde exige donc que l'auteur de l'œuvre seconde ait obtenu une cession de droit de la part de l'auteur de l'œuvre première.

¹³⁷⁷ CPI, art. L.113-2, al. 2.

aisément de déterminer la qualification. Encore faut-il déterminer la qualité d'auteurs des différents participants à la création de l'œuvre.

371. **Difficultés d'évaluation des apports créatifs.** Quand bien même la qualification de l'œuvre plurale serait évidente, l'œuvre audiovisuelle étant légalement qualifiée d'œuvre de collaboration par exemple, l'employeur peut se trouver confronté à une autre difficulté : la difficulté à déterminer les apports créatifs respectifs des coauteurs, voire à déterminer la qualité d'auteurs de certains collaborateurs. Sont-ils réellement créateurs ou seulement exécutants¹³⁷⁸ ? Dans quelle mesure certains développements techniques ne participent-ils pas de la création de l'œuvre ? De la même manière, le producteur exécutif, lorsqu'il en vient à diriger le contenu du scénario, à choisir certaines prises de vues et à influencer manifestement la forme finale de l'œuvre audiovisuelle peut avoir la qualité de créateur, quand bien même sa qualité de producteur ne l'y prédisposait pas *a priori*¹³⁷⁹. Qu'en est-il de l'article lu, corrigé, modifié par le supérieur hiérarchique ou une « équipe de rédaction »¹³⁸⁰ ? Et du supérieur du salarié qui modifie la forme de l'œuvre tout en en gardant l'essence pour accentuer un trait,

¹³⁷⁸ CA Limoges, 31 mai 1976 : RTDCom. 1976, p.740, obs. H. Desbois ; RIDA oct. 1976, p.173 ; JCP 1978, II, 18783, note Boursigot, à propos d'un lissier et d'un cartonnier.

¹³⁷⁹ V. pour le cas d'une personne ayant encadré l'équipe de tournage (qui n'était pas ici producteur exécutif) et dont le rôle prépondérant a pu lui conférer la qualité de co-réalisateur : affaire « Conversations avec un président » : TGI Paris, 16 sept. 2003 : Propr. Intell. 2003, p. 380, obs. P. Sirinelli ; CA Paris, 29 sept. 2006 : CCE 2007, chron n°6, n°4, obs. B. Montels ; RIDA janv. 2007, obs. P. Sirinelli et Cass. 18 fév. 2009 : RIDA avr. 2009, p. 287, note P. Sirinelli ; la Cour de cassation retient la qualité d'auteur du fait « *qu'après avoir rappelé que la qualité de réalisateur d'une oeuvre audiovisuelle suppose la maîtrise du choix et de la composition, de l'enchaînement des images et du son, c'est-à-dire d'une contribution effective et originale à la conception et à l'élaboration de l'oeuvre, les juges du fond ont, par motifs propres et adoptés, relevé que M. A... avait dirigé l'équipe des techniciens qui avaient procédé à l'enregistrement des entretiens, leur donnant des instructions précises et opérant des choix techniques dont la mise en oeuvre, en créant l'ambiance particulière de ces entretiens, caractérisait un apport créatif, qu'il avait ainsi décidé de la mise en place des intervenants, et donné des instructions aux cadres-plateaux, tant en ce qui concerne la calculmétrie, nécessaire aux raccords images, qu'en ce qui concerne l'affinement du cadrage, qu'il avait décidé, avec l'un des conseillers du président, du nombre des caméras et de leur emplacement, et donné des ordres relatifs aux enregistrements sonores ; que par ces constatations et appréciations souveraines faisant ressortir que M. A... avait disposé d'un pouvoir de décision autonome et fait preuve, par ses choix techniques et artistiques, d'une activité créatrice portant l'empreinte de sa personnalité, propre à lui conférer la qualité de co-auteur de l'oeuvre litigieuse* ». V. également niant la qualité d'auteur au réalisateur du fait des contraintes imposées par le cahier des charges, des interventions prépondérantes du producteur, ce qui implique, non pas que l'œuvre audiovisuelle n'a pas d'auteur mais que c'est la ou les personnes physiques, qui ont défini le cahier des charges et défini la forme de l'œuvre audiovisuelle qui ont cette qualité, peu important par ailleurs qu'elles soient salariées du producteur ou qu'elles interviennent en tant que producteur personne physique : CA Poitiers, 7 déc. 1999 : CCE 2001, note C. Caron et Cass. civ. 1^{re}, 30 sept. 2003 : CCE 2003, comm. n°116, note C. Caron. Pour de plus amples développements et la citation de l'arrêt de cassation, cf. infra n°411.

¹³⁸⁰ CA Paris, 27 fév. 1985 : D. 1986, IR 181, obs. C. Colombet. La qualité de coauteur a été reconnue car la personne avait procédé à un travail de modification du manuscrit d'un dictionnaire par rectification de l'exactitude des définitions, la fourniture d'exemples, l'apport de corrections linguistiques sur l'intégralité de l'œuvre. Il en est de même en cas de réécriture d'un manuscrit marquant ainsi l'ouvrage finalement publié de l'empreinte de sa personnalité : CA Paris, 10 juin 1986, préc.

augmenter des contrastes ou simplement égayer l'œuvre par d'autres couleurs ? Qu'en est-il du supérieur qui donne des indications précises au salarié et exige des modifications jusqu'à ce qu'il soit pleinement satisfait par la forme proposée par le salarié¹³⁸¹ ? Or la qualité de créateur n'est pas anodine : seuls les créateurs, mais tous les créateurs doivent être soumis au régime spécifique du droit d'auteur (rédaction d'un contrat, rémunération proportionnelle, reddition de compte). L'employeur ne doit donc pas mésestimer la qualité de créateur de certains salariés dont le poste pouvait *a priori* laisser à penser qu'il ne serait pas créateur. Il nuirait sinon à la sécurité juridique de l'exploitation. Il ne peut pas pour autant galvauder la qualité de créateur¹³⁸² : d'une part, il n'y aurait pas intérêt du fait des coûts supplémentaires ; d'autre part, en terme de reconnaissance, cela serait contraire à l'intérêt du salarié, voire à l'intérêt de la profession¹³⁸³ et, spécifiquement, cela priverait les véritables créateurs d'une part de rémunération qui aurait dû leur revenir. A force d'étendre la qualité de créateur, on risquerait d'en effacer la spécificité ; d'où finalement une perte de légitimité du statut particulier de ces salariés. D'un autre côté, cette perte de singularité peut être souhaitée par les employeurs pour des raisons managériales, l'individualisation de la gestion des ressources humaines paraissant encore aujourd'hui à la plupart une pratique à hauts risques¹³⁸⁴. Ce ne sont pas nécessairement les seuls mobiles économiques qui incitent l'employeur à mettre en exergue les investissements consentis, l'entreprise et le groupe qui a fait émerger la création, cette notion de collectivité de salariés étant essentielle dans le management contemporain.

B. Augmentation des investissements

372. **Risques financiers et sécurité juridique.** En 1957, l'industrie cinématographique avait argué de la spécificité de la production audiovisuelle et des investissements importants qu'exigeait la création de telles œuvres pour obtenir un régime particulier¹³⁸⁵. En 1985, selon le

¹³⁸¹ Les conseils sur le choix des matériaux sont insuffisants (CA Paris, 3 nov. 1988, cah. dr. aut. juin 1989, p.10) ; de même que les directives générales et rappel des contraintes incontournables (CA Paris, 26 mars 1992 : RIDA avr. 1993, p.218).

¹³⁸² Sont ainsi exclus les documentalistes (TGI Paris, 27 juin 1990 : RIDA juill. 1991, p.245, note P. Gaudrat ; CA Paris, 2 juin 1992 et Cass. civ. 5 oct. 1994 : RIDA janv. 1995, p.205 même affaire concernant un scénario ; Cass. civ. 1^{re}, 8 nov. 1983 : Bull. n°260, à propos d'un ouvrage de vulgarisation scientifique).

¹³⁸³ En pratique, cela arrive néanmoins plus fréquemment que l'on peut le penser. V. Par exemple le sort des secrétaires de rédaction dans certaines entreprises de presse dont le statut peut être difficile à déterminer. La prudence peut aussi pousser l'employeur à reconnaître un droit d'auteur à une personne dont la prestation est délicate à qualifier.

¹³⁸⁴ Cf supra n°96.

¹³⁸⁵ Pour une analyse historique de l'émergence de la notion d'œuvre de production audiovisuelle, D. Bougerol, *La notion d'œuvre audiovisuelle*, thèse Poitiers, 2006, dir. H.-J. Lucas, spéc. n°146-176 sur l'œuvre cinématographique.

même processus, il a été demandé d'augmenter le champ du régime spécifique à la production des œuvres cinématographiques à l'ensemble des œuvres audiovisuelles¹³⁸⁶. D'autres secteurs très concurrentiels et dont les enjeux financiers sont également très importants, dont les produits ont moins une vocation culturelle qu'utilitaire, comme le secteur informatique ou publicitaire, ont mis en exergue les investissements réalisés, le besoin de sécurité juridique et d'efficacité économique, pour réclamer des régimes spécifiques. Le législateur de 1985, pragmatique, et dont l'objectif principal était de soutenir l'industrie française, culturelle et informatique¹³⁸⁷, a donc multiplié les situations dérogatoires. Aujourd'hui, le développement du marché des produits culturels conduit d'autres secteurs à faire part de leurs revendications. La création plurale augmente les risques juridiques, alors même que les investissements sont plus importants, les exploitations plus étendues, et souvent mondialisées. Les employeurs réclament donc à la fois plus de sécurité et plus de souplesse, dans un but d'efficacité. Tel est notamment le cas du multimédia, qui exige plus de sécurité juridique et la mise en place d'un régime adapté à ses contraintes¹³⁸⁸. Pour l'heure, les travaux n'ont pas abouti à une réforme, quand bien même de nombreuses concessions avaient été envisagées¹³⁸⁹. On notera que les œuvres multimédias sont non seulement des produits culturels issus d'investissements importants, mais aussi des produits typiques de la « société de l'information et de la communication ».

C. Influence de la « société de l'information et de la communication »

373. **Influence des technologies.** On notera dans tous les exemples cités précédemment qu'il s'agit d'œuvres ou de secteurs, qui sont marqués par le recours à des technologies

¹³⁸⁶ D. Bougerol, *La notion d'œuvre audiovisuelle*, préc., spéc. n°186-188. V. aussi B. Edelman, *Droits d'auteurs, droits voisins, Droit d'auteur et marché*, Dalloz, 1993, n°96 et s. et n°160 et s.

¹³⁸⁷ A. Richard, rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Doc. Ass. Nat. n°2235, seconde session ordinaire de 1983-1984 ; C. Jolibois, rapport fait au nom de la commission spéciale, Doc. Sénat n°212, deuxième session extraordinaire de 1984-1985, T. 1, p.9.

¹³⁸⁸ V. les travaux du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique au sein de la commission sur les aspects juridiques des œuvres multimédias et son rapport intitulé « le régime juridique des œuvres multimédias : droit des auteurs et sécurité juridique des investisseurs » ainsi que l'avis 2005-1, disponible sur <http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/cspla%20aspects%20juridiques%20oeuvres%20multim%C3%A9dia%20avis.pdf>. V. également I. Meyer, « Le casse-tête du statut juridique adapté au jeu vidéo », RLDI 2011, n°71, p.65, n°2366, estimant que le jeu vidéo mérite un statut juridique adapté, sorti du droit d'auteur, les questions posées par cet objet n'y étant pas réductibles, et la question de la titularité des droits pouvant d'ailleurs être résolue par la qualification d'œuvre collective, plutôt que d'œuvre complexe ». Sur cette qualification, cf. infra n°513.

¹³⁸⁹ Proposition d'un régime spécifique et adapté impliquant présomption de qualité d'auteurs des contributeurs déterminants, présomption de cession, cession globale des œuvres à créer. Cf. infra n°513.

spécifiques : audiovisuel, informatique, multimédia. Or ces technologies sont coûteuses et modifient le contexte de production. Le Professeur Clavier observe ainsi : *« en changeant de système technique, la production des pays industrialisés s'est transformée. L'immatériel détient une part de plus en plus importante dans les richesses produites aujourd'hui au point d'être passé d'une société de la matière à une société de l'information. Les effets sur les droits de propriété intellectuelle furent multiples et conduisirent en définitive à rapprocher les deux grandes voies de protection des créations intellectuelles. Ce rapprochement est le fait, principalement, d'une évolution du droit de la propriété littéraire et artistique, perceptible depuis plusieurs années. Elle affecte sujets et objet du droit. Le développement de l'informatique et des domaines qu'elle a fécondés, essentiellement les moyens de télécommunications, a nécessité un renforcement des prérogatives des sujets du droit. Par ailleurs, une excroissance du droit d'auteur, légalement consacrée en 1985, est venue garantir les droits d'un ensemble d'auxiliaires de la création, signe d'une époque où la création artistique est devenue une entreprise complexe, requérant des moyens humains, techniques et financiers beaucoup plus importants qu'autrefois pour satisfaire un public plus large et plus exigeant. L'objet du droit d'auteur s'est également trouvé affecté par cette évolution »*¹³⁹⁰. La manipulation de ces moyens techniques et technologiques exige ainsi le recours à des techniciens ayant un savoir-faire spécifique. La figure de l'auteur romantique, isolé, créant seul et sans moyens, si ce n'est du temps, est ici clairement dépassée. Les techniciens participent aussi à la réalisation de la forme de l'œuvre (effets visuels, effets spéciaux, fonctionnalités du logiciel). Ceci, ajouté à l'émiettement créatif, contribue à la désacralisation du rôle de l'auteur dans le processus de création. D'où la mise en place de régimes spéciaux. Par ailleurs, les moyens mis en œuvre exigent une exploitation à la hauteur : le modèle du livre (reproduction d'exemplaires, représentations de la pièce de théâtre ou lecture publique) ou de l'œuvre d'art (exposition, reproduction sous forme de carte postale ou aux fins d'illustration d'ouvrage, vente de support) est là aussi dépassé. Les exploitations sont multiples (représentation en salles, reproduction de supports, location et prêt de supports, télédiffusion, vidéo à la demande, mise en ligne pour l'audiovisuel ; importance du nombre d'exemplaires pour les logiciels, chaque utilisateur devant bénéficier d'une licence) et ont vocation à être internationales. L'usage des technologies de l'information et de la communication pour l'exploitation, particulièrement internet, mêle actes de reproduction et de représentation, implique un public très large, potentiellement mondial, et le décompte des accès à l'œuvre est délicat. Cela tend aussi à laisser penser que le droit d'auteur est aujourd'hui dépassé, en tout cas que les exigences de cession délimitée sont trop contraignantes, alors

¹³⁹⁰ J.-P. Clavier, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, L'Harmattan, 1998, coll. Logiques juridiques, Préf. J.M. Mousseron, n°19.

même que la pratique vise à une exploitation la plus diffuse possible des œuvres, particulièrement celles qui relèvent du secteur de l'information et de la communication.

374. **L'exploitation des œuvres à des fins d'information.** Le droit d'auteur est en partie attaqué sous couvert de droit du public à l'information, de liberté d'expression, de droit de la presse et de liberté d'information¹³⁹¹. Le droit d'auteur serait un frein à la jouissance de ces libertés fondamentales dont il entraverait l'exercice. Le droit d'auteur doit donc s'arrêter là où commence la liberté d'information. Parallèlement, cette critique du droit d'auteur (pour les créations non produites par l'entreprise de presse ou de communication) s'accompagne d'une revendication de la part des entreprises de communication d'une meilleure maîtrise des œuvres de leurs préposés, afin de pouvoir exploiter le mieux possible l'information. Il n'y a plus œuvre mais information, qui doit être de libre parcours et dont l'exploitation doit être maximale pour en favoriser l'accès au public. L'entreprise de presse notamment ne pouvait donc se contenter d'une autorisation d'exploitation pour la première publication ou d'une cession délimitée¹³⁹². Elle a réclamé une propriété *ab initio* ou une cession automatique lui garantissant la plus grande maîtrise des œuvres de journalistes pour la meilleure diffusion possible. Dans ce secteur, on a assisté à une véritable opposition des salariés et des employeurs sur le sujet. Opposition qui s'est manifestée par des conflits collectifs, des actions judiciaires et une réforme législative¹³⁹³. Pourtant, c'est dans ce secteur qu'avait été mis en place un régime spécifique tenant compte de la destination de l'œuvre et fondé sur le salariat¹³⁹⁴.

375. **L'exploitation des œuvres aux fins de communication.** Toute œuvre est créée dans le but d'être communiquée au public, à moins que l'auteur insatisfait refuse de la divulguer. En principe, l'auteur crée pour livrer l'œuvre au public. La finalité de communication vise ici spécialement la destination publicitaire de l'œuvre, lorsque l'œuvre participe de la politique de communication de l'entreprise (logo, enseigne, emblème, photographies représentant un des bâtiments de l'entreprise ou l'exercice de son activité, documents de présentation de l'entreprise ou de ses produits, affiches, flyers, merchandising et matériels publicitaires, lettres de diffusion, sites internet, etc.). Ces œuvres sont créées à des fins de communication, dans le but exprès d'être diffusées le plus largement possible par l'entreprise. Leur exploitation peut être variée et l'entreprise ne peut prévoir *a priori* quelle va

¹³⁹¹ A. Zollinger, *Droit d'auteur et Droits de l'Homme*, LGDJ, coll. de la Faculté de droit et sciences sociales de Poitiers, 2008, préf. P. Gaudrat.

¹³⁹² Régime applicable jusqu'en 2009. Cf. infra n°388.

¹³⁹³ Loi n°2009-669 du 12 juin 2009.

¹³⁹⁴ Cf. infra n°388 et s.

en être la diffusion concrète. Par ailleurs, l'absence de paiement d'un prix par le public de l'œuvre rend impossible l'application de la rémunération proportionnelle telle qu'elle est conçue usuellement. L'absence de vocation culturelle de l'œuvre, même lorsqu'elle fait l'objet d'une véritable recherche esthétique, contribue, là encore, à la désacralisation du rôle de l'auteur. On notera aussi que les entreprises qui commandent des œuvres, ne sont pas ici des mécènes, mais consomment un service : la production d'un outil de communication. La relation est donc très différente de celle qui existe entre le commanditaire d'une œuvre d'art et le peintre. Seules les œuvres créées dans le cadre d'une commande pour la publicité ou une production audiovisuelle, pour lesquelles la destination de l'œuvre est flagrante, font l'objet d'un régime légal spécial¹³⁹⁵.

376. C'est donc à la fois l'émission créatif, l'importance des investissements nécessaires à la production de l'œuvre, dont la création n'est pas spontanée mais organisée *a priori*, mais aussi le genre et la destination de l'œuvre qui expliquent que le régime de droit commun ait pu apparaître délicat à mettre en œuvre. Ces œuvres sont moins le fruit d'une création personnelle que d'une création d'entreprise, ce qui a pu justifier la mise en place de régimes spécifiques, faisant la part belle à l'entrepreneur.

§ 2. MISE EN PLACE DE RÉGIMES ADAPTÉS À LA CRÉATION D'ENTREPRISE

377. Si pour les œuvres collectives, le législateur a attribué la propriété de l'œuvre à l'entrepreneur, dans les autres cas, il s'est contenté de modifier le régime de la cession. L'attribution initiale des droits à l'employeur reste donc exceptionnelle (A), le principe restant l'attribution de la propriété au créateur personne physique. L'atténuation du modèle se fait donc essentiellement par la mise en place de régimes dérogatoires quant aux modalités de la cession des droits d'auteur (B).

A. Attribution initiale des droits à l'entreprise

378. **L'œuvre collective, la « solution idéale » pour l'employeur ?** Refusant par principe de négocier une cession de droits avec leurs salariés, certains employeurs préfèrent n'engager aucune négociation et prendre le risque d'exploiter sans cession, comptant sur la couverture de l'exploitation vis-à-vis des tiers par la présomption de titularité des personnes morales¹³⁹⁶,

¹³⁹⁵ Pour une analyse générale de ces situations, S. Denoix de Saint Marc, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Litec, 1999, coll. Le droit des affaires – propriété intellectuelle, publications de l'IRPI, n°19.

¹³⁹⁶ Cf. supra n°260.

d'une part ; sur la qualification d'œuvre collective pour justifier l'absence de cession individuelle par les salariés, d'autre part. Maître Bertrand a pu d'ailleurs préconiser d'introduire systématiquement une clause dans les contrats des salariés susceptibles de créer des œuvres de l'esprit, par laquelle ils admettent par avance la qualification d'œuvre collective¹³⁹⁷. La solution n'est pourtant pas si évidente.

379. Au vu des spécificités de l'œuvre collective, au regard des droits exorbitants du droit commun accordés à la personne morale, et de l'importance conférée par la pratique à ce mode de création collective, alors même qu'il n'est toujours pas bien défini, il convient de consacrer des développements importants à cette figure de création, même si le régime de l'œuvre collective dépasse les hypothèses de salariat et si les jurisprudences concernent aussi bien des créations internes à l'entreprise que des créations collectives impliquant des personnes indépendantes les unes des autres.

380. **Droits sur l'œuvre d'ensemble en cas d'œuvre collective.** En cas d'œuvre collective, c'est la personne qui a pris l'initiative de la réalisation de l'œuvre, qui l'édite, la divulgue et la publie, autrement dit l'exploite¹³⁹⁸, qui bénéficie des droits sur l'œuvre d'ensemble. De manière exceptionnelle, le titulaire initial des droits d'auteur peut donc être l'exploitant, c'est-à-dire une personne physique non créatrice, voire une personne morale.

¹³⁹⁷ A. Bertrand, préc., n°105.37, p.196, qui propose la clause suivante : « En tant que (...) toutes les créations originales que vous allez réaliser dans le cadre de votre contrat de travail, protégeables au titre du droit d'auteur ou du droit des dessins et modèles sont par nature des œuvres collectives puisqu'elles sont (i) « initiées par votre supérieur hiérarchique » et (ii) « formalisées » sous son contrôle et/ou avec l'aide de vos collègues de travail ou des collaborateurs que l'on vous aura affectés (iii) et ce dans le seul but d'être exploitées par notre société. En conséquence notre société est naturellement investie des droits d'auteur sur ces créations par application des dispositions des articles L.113-2 et L.113-5 du Code de la propriété intellectuelle. Il est expressément convenu que le fait que notre entreprise soit investie ab initio des droits sur les créations réalisées dans le cadre de vos fonctions constitue un élément essentiel, pour ne pas dire l'objet même de votre contrat de travail. Bien entendu cela ne vous interdit pas de vous prévaloir auprès de tiers de votre qualité de coauteur des créations auxquelles vous aurez participé. Dans l'hypothèse où vous seriez amené à réaliser seul des créations individualisables, vous acceptez par la présente de céder à votre employeur les droits patrimoniaux d'auteur sur ces œuvres au fur et à mesure de leur réalisation. Etant précisé que votre salaire est non seulement la contrepartie du travail de création réalisé au profit de votre employeur, mais également la cession des droits patrimoniaux sur ces créations pour qu'elles puissent être exploitées par celui-ci ».

¹³⁹⁸ Soit l'on considère que la référence à la divulgation et à la publication sont redondantes ; soit l'on estime qu'il ne s'agit que d'une référence à l'exercice du droit moral d'une part, et à celui du droit patrimonial d'autre part, mais dans ce cas, on peut s'étonner de la référence à une publication, donc au droit de reproduction, et non à la seule communication de l'œuvre au public ; soit l'on explique cette référence à la publication par la casuistique dont fait preuve le législateur en la matière, ce dernier destinant à l'origine, ce régime aux dictionnaires et périodiques. Si l'œuvre collective devait essentiellement rester cantonnée à l'hypothèse des dictionnaires et encyclopédies de type Académie française, il était logique dans l'esprit du législateur qu'elle fasse l'objet d'une publication, mode d'exploitation principal de ce genre d'œuvres. Et c'est justement cette publication qu'il entend faciliter. L'adoption d'une définition en termes plus généraux de l'œuvre collective lui confère un champ d'application plus étendu, qui peut être déploré. En ce sens, F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, n°373-374.

L'exploitant est le titulaire initial des droits de l'auteur sur l'œuvre, autrement dit du droit patrimonial et du droit moral¹³⁹⁹. Il convient néanmoins de déterminer l'étendue réciproque des droits de l'initiateur, du coordinateur de l'œuvre d'ensemble¹⁴⁰⁰ et des contributeurs : les contributeurs peuvent-ils prétendre à la qualité d'auteur et cette qualité est-elle définitivement indifférente ? Peuvent-ils invoquer leur droit moral à l'encontre de l'initiateur ou du coordinateur qui modifierait leur contribution pour l'intégrer dans l'œuvre d'ensemble ? Peuvent-ils revendiquer la paternité de leur contribution ? A quelle rémunération peuvent-ils prétendre ? Si la Cour de cassation a exclu le droit de la cession dans les relations entre initiateur et contributeurs, des questions restent posées quant aux droits sur la contribution considérée isolément.

381. **Rémunération des contributeurs.** Traditionnellement, on considère que la rémunération des contributeurs à une œuvre collective peut être forfaitaire dès lors qu'il paraît difficile de déterminer la part de chacun dans le succès de l'œuvre. Néanmoins, la cour d'appel de Paris, le 9 février 2005, a considéré que la société éditrice ne démontrait pas en quoi « *elle se trouvait dans l'impossibilité de déterminer la part effective de la contribution de [l'auteur] dans les recettes tirées de l'exploitation des guides et que le recours au forfait s'imposait* »¹⁴⁰¹. Or la cour rappelle que, selon l'article L.131-4 du Code de la propriété intellectuelle, « *la cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre doit comporter à son profit la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de*

¹³⁹⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 8 déc. 1993 : Bull. n°361. La cour rappelle ici que la personne morale a conçu et réalisé l'œuvre litigieuse à partir des diverses contributions qui lui avaient été fournies ou qu'elle avait demandées et qu'elle a édité cette œuvre sous son nom. La personne morale est donc investie des droits de l'auteur, sans pour autant bénéficier de la qualité d'auteur, et peut donc se prévaloir du droit moral, notamment, en l'espèce du droit au respect et du droit à la paternité.

¹⁴⁰⁰ Le titulaire des droits d'auteur n'est pas un auteur, car une personne morale peut être titulaire des droits d'auteur portant sur l'œuvre collective. A ce titre, le terme « initiateur » paraît pertinent car il renvoie au fait générateur de la propriété : l'initiative de la création, de la divulgation, de l'exploitation. Le terme coordinateur est aussi pertinent en ce qu'il renvoie au processus créatif : l'œuvre collective est constituée de plusieurs contributions coordonnées par un coordinateur, les contributeurs ne se concertant pas et ne collaborant pas à la création de l'œuvre d'ensemble. Ce processus créatif participe également de la définition de la titularité des droits puisque c'est justement l'existence d'un coordinateur et l'absence de collaboration entre les différents contributeurs qui permet d'exclure la qualification d'œuvre de collaboration et la propriété commune des coauteurs. A notre sens, le terme initiateur renvoie à celui qui a pris l'initiative (notamment économique) de la création et de l'exploitation, Ces actes économiques peuvent être attribués à la personne morale, le terme initiateur peut donc désigner une personne morale. Le coordinateur est en revanche la personne physique qui conçoit l'œuvre d'ensemble et réalise le travail de coordination des contributions. En ce sens, il a un rôle créatif (conception et réalisation de l'œuvre d'ensemble par la coordination des contributions). Il peut être aussi l'initiateur et bénéficie à ce titre des droits sur l'œuvre d'ensemble. S'il agit pour le compte d'une personne morale, sa qualité de coordinateur ne lui confère pour autant aucun droit d'auteur sur l'œuvre d'ensemble.

¹⁴⁰¹ CA Paris, 4^e ch. A, 9 fév. 2005 : CCE, 2005, comm. n°99, note C. Caron, « Œuvre collective : la rémunération peut être proportionnelle ».

l'exploitation [et] qu'il ne peut être dérogé au principe de la rémunération proportionnelle de l'auteur que dans les cas prévus à l'article L.131-4 et notamment lorsque la base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée ou dans ceux limitativement énumérés à l'article L.132-6 du Code de la propriété intellectuelle »¹⁴⁰². La cour annule donc la clause de rémunération forfaitaire. La décision est marquée par les particularités de l'espèce : l'apport du contributeur constituait la spécificité de l'ouvrage au sein des autres ouvrages de la collection puisque la première partie consacrée au golf a été écrite spécialement pour ce guide alors que la seconde partie du guide (consacrée à l'avant et après golf) est constituée d'une base de données d'adresses d'établissements sélectionnés réalisée à partir des autres guides publiés par l'éditeur. La part du contributeur dans le succès de cet ouvrage est donc importante. Certains en ont déduit qu'on pouvait même s'interroger sur la qualification de l'œuvre, estimant que seule la première partie semblait mériter la protection par le droit d'auteur¹⁴⁰³. Mais peut-on considérer qu'un ouvrage, une entité publiée sous un seul titre, divulguée, déposée et exploitée en tant que telle, n'est pas une œuvre mais une juxtaposition de deux textes, dont un seul est protégeable ? Peut-on distinguer au sein d'une forme les éléments qui la composent ? D'abord, les bases de données en elles-mêmes peuvent faire l'objet de la protection par le droit d'auteur et la sélection et la mise en forme des éléments d'information suffisent à permettre l'application du droit d'auteur¹⁴⁰⁴. Ensuite, l'existence d'un ensemble qui, certes, est constitué de la juxtaposition de deux parties au contenu et au mode de traitement distincts mais qui sont liées, d'une part, au fond, du fait du genre de l'œuvre (guide touristique devant s'intégrer dans la collection de guides du petit futé et répondant donc au cahier des charges de ces guides) et de son thème (guide national à destination des golfeurs) ; d'autre part, quant à la forme (charte graphique, exigences typographiques, etc.). Pour distinguer les différentes parties de l'œuvre et ne qualifier que la première partie d'œuvre protégée, il faut distinguer au sein de la forme éditée et réduire l'œuvre littéraire au discours, excluant ainsi la « forme éditée ». En revanche, dès lors que l'on reconnaît la protégeabilité de l'œuvre d'ensemble, la qualification d'œuvre collective ne semble pas critiquable : l'œuvre est une œuvre plurale ; les contributeurs ont travaillé séparément et ne peuvent prétendre à un droit sur l'ensemble mais simplement à un droit sur leur contribution.

¹⁴⁰² *Ibidem*.

¹⁴⁰³ T. Petelin, obs. Sous CA Paris, 4e ch. A, 9 fév. 2005 : JCP E 2006, I, p.2178, n°3.

¹⁴⁰⁴ Pour des exemples de jurisprudence admettant la protection du droit d'auteur pour des banques de données, des compilations, des présentations thématiques, des répertoires, dès lors que le classement n'est pas uniquement fonctionnel : CA Paris, 18 juin 1999 : CCE 1999, comm. n°21, note C. Caron ou CA Paris, 28 fév. 2007 : RTDCom. 2007, p.351, obs. F. Pollaud-Dulian ; et que l'ensemble organisé et structuré fait preuve d'un apport intellectuel : CA Paris, 11 janv. 2002 : CCE 2002, comm. n°97, note C. Caron ; CA Paris, 9 sept. 2005 : RTDCom. 2005, p.722, obs. F. Pollaud-Dulian.

Eu égard au caractère prépondérant de l'apport du contributeur, dont l'apport confère sa singularité à l'œuvre et dont la notoriété confère à l'œuvre sa crédibilité, on peut comprendre l'idée de la cour d'appel d'associer l'auteur au succès de l'œuvre par une rémunération proportionnelle. La solution, toute équitable qu'elle puisse paraître¹⁴⁰⁵, n'en est pas moins censurée par la Cour de cassation : la cour d'appel ne pouvait fonder son raisonnement sur des articles applicables à la cession de droit d'auteur car en matière d'œuvre collective, l'initiateur n'a pas à obtenir une cession de droit puisqu'il est titulaire *ab initio* des droits sur l'œuvre collective¹⁴⁰⁶. Du fait de l'inapplicabilité du droit de la cession, l'initiateur de l'œuvre d'ensemble peut exploiter l'œuvre d'ensemble sans avoir à justifier d'une cession de droit d'auteur. Un contrat entre l'initiateur et le contributeur reste pour autant nécessaire afin de déterminer les conditions de la commande de la contribution (cahier des charges à suivre par le contributeur, délais) et de la rémunération. Une rémunération proportionnelle comme forfaitaire peut alors être contractuellement prévue par les parties, qui sont libres de déterminer le mode de rémunération de leur choix, le droit d'auteur étant étranger au contrat de commande¹⁴⁰⁷. L'éditeur qui envisage l'exploitation isolée de la contribution doit en revanche obtenir une cession de droits d'auteur. Le droit d'auteur du contributeur à une œuvre collective est donc réduit à sa portion congrue : l'exploitation isolée de la contribution. On remarque qu'en pratique le contrat conclu entre l'initiateur et le contributeur, lorsqu'il y en a un, comporte souvent, et c'était le cas en l'espèce, une cession de droit d'auteur, y compris pour les exploitations au sein de l'œuvre d'ensemble. On peut donc s'interroger sur la validité de ce contrat. Les dispositions relatives à la titularité des œuvres collectives sont-elles d'ordre public ? Les parties peuvent-elles décider contractuellement de renoncer à appliquer le régime des œuvres collectives ? Peuvent-elles décider d'une rémunération en droits d'auteur (au régime social et fiscal plus favorable qu'un contrat de commande, la conclusion d'un contrat de prestation de service suppose par ailleurs que le contributeur dispose d'un statut lui permettant d'exercer cette activité et que son activité soit déclarée¹⁴⁰⁸) et d'une rémunération proportionnelle ? Le contrat doit-il se contenter de régler les questions relatives à l'exploitation de la contribution en dehors de l'œuvre collective ? Toutes les autres clauses doivent-elles être

¹⁴⁰⁵ T. Petelin, préc.

¹⁴⁰⁶ Cass. civ. 1^{re}, 21 nov. 2006 : Bull. n°507 ; CCE, 2007, comm. n°2, note (approbatrice) C. Caron. Déjà en ce sens, à propos de la décision de la cour d'appel : T. Petelin préc. et C. Caron, préc. V. aussi A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité*, préc., n°208. ; P.-Y. Gautier, préc., n°269.

¹⁴⁰⁷ En ce sens, A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité*, n°208.

¹⁴⁰⁸ Le contrat de droits d'auteur en ce cas pourrait être requalifié par les services fiscaux ou les organismes collecteurs des cotisations sociales (URSSAF).

réputées non écrites ? Le contrat vise souvent à sécuriser la relation juridique entre l'initiateur et le contributeur, notamment au cas où la qualification d'œuvre collective ne serait pas retenue. Doit-il être considéré comme caduc ou dépourvu de cause si la qualification d'œuvre collective est finalement retenue ? On le voit les questions que pose l'œuvre collective sont encore nombreuses et les incertitudes relatives à la qualification des œuvres plurales conduisent à des difficultés pratiques qui ne peuvent que rejaillir sur les contrats. On pourrait par ailleurs admettre une solution plus nuancée quant à l'exclusion du droit d'auteur des relations entre le contributeur et l'initiateur, ce que la décision de la Cour de cassation, qui évoque uniquement le droit de la cession, ne semble pas écarter définitivement. En effet, le code énonce que l'initiateur est « *investi des droits de l'auteur* ». La formule peut susciter deux interprétations : soit la personne physique ou morale sous le nom de laquelle l'œuvre collective est divulguée est investie des droits de l'auteur de chaque contribution sur sa contribution pour l'exploitation au sein de l'œuvre collective, soit cette personne est investie des droits d'auteur portant sur l'œuvre d'ensemble et non des droits d'auteur portant sur les contributions lorsque celles-ci sont par ailleurs éligibles à la qualification d'œuvre protégée¹⁴⁰⁹. Étant donné que l'article L.113-5 ne se réfère qu'à l'œuvre collective, on peut pencher pour la dernière proposition. Dès lors, le droit d'auteur du contributeur subsiste et doit être concilié avec celui de l'initiateur. C'est le sens de la décision de la cour d'appel de Paris. Certes, on peut considérer qu'en appliquant le droit de la cession alors qu'aucune cession n'est *a priori* exigée pour que l'initiateur bénéficie des droits sur la contribution exploitée dans l'ensemble formé par l'œuvre collective, la cour a fait preuve de maladresse. On notera toutefois avec le Professeur Caron que la décision d'appel tendait à faire penser que l'œuvre collective « *est une notion toute en nuances qui n'a pas pour conséquence de créer un droit d'auteur sans auteur !* »¹⁴¹⁰ alors que l'interprétation la plus radicale de la décision de la Cour de cassation conduit à nier l'existence de tout droit d'auteur sur la contribution au sein de l'œuvre d'ensemble voire à nier la qualité d'auteur du contributeur : si la contribution n'a pas d'existence en soi et ne peut être considérée comme une œuvre singulière au sein de l'ensemble, la qualité d'œuvre revenant

¹⁴⁰⁹ Si le législateur a adopté le régime de l'œuvre collective pour adapter le droit aux nécessités de l'édition de dictionnaires du type Académie française, alors la reconnaissance d'un droit d'auteur sur chaque élément isolé, sur chaque définition pouvait paraître illusoire, les définitions étant rarement exploitables isolément en tant que telles. Sans dénier l'importance de la réalisation de chaque contributeur, on peut comprendre que l'œuvre, en tout cas son essence, l'apport intellectuel et créatif essentiel dans le résultat final qu'est le dictionnaire, ait pu être considéré comme consistant effectivement dans le rassemblement de ces définitions, dans l'initiative, l'impulsion, la coordination des apports créatifs. Tel n'est pas le cas d'un guide qui rassemble des apports très distincts, exploitables séparément (ce qui est le cas puisque la seconde partie est issue de bases de données constituées à partir d'autres ouvrages édités par le même éditeur).

¹⁴¹⁰ C. Caron, note sous CA Paris, 9 fév. 2005, préc.

uniquement à l'ensemble, il ne saurait y avoir d'auteur de la contribution. Pourtant, le contributeur dans nombre de cas, et notamment ceux où la contribution peut en soi constituer une œuvre protégée, identifiable et exploitable séparément, ne se contente pas d'un travail d'exécutant mais fait œuvre créatrice, ce qui était le cas en l'espèce puisque le contributeur mettait en forme originale le sujet qui lui avait été confié et que, même s'il respectait les directives de l'initiateur, il bénéficiait d'une liberté de création. L'application des principes généraux du droit d'auteur par la cour d'appel était donc intéressante, d'autant que le fondement du droit de l'initiateur sur la contribution est malaisé à définir. Le Professeur Caron ajoutait d'ailleurs que la décision d'appel « est aussi une conséquence d'une large admission de l'œuvre collective. En effet, la question de la rémunération proportionnelle ne se pose que dans l'hypothèse d'une contribution substantielle, importante et aisément identifiable. En revanche, si l'œuvre collective n'est admise que lorsque les contributions se fondent dans un ensemble, ne sont plus identifiables et perdent leur individualité, il est alors concrètement impossible d'envisager une rémunération proportionnelle car son calcul devient très délicat »¹⁴¹¹. On peut donc se demander s'il ne convient pas de préciser l'analyse du régime de l'œuvre collective pour tenir compte des cas où la contribution est identifiable. Si l'initiateur n'a pas à être, à proprement parler, cessionnaire du contributeur, faut-il pour autant nier tout droit d'auteur au contributeur ? N'a-t-il pas vocation à exercer son droit moral sur sa contribution, même à l'encontre de l'initiateur ? Certes, le contributeur ne saurait invoquer ni son droit de divulgation, ni son droit au respect, ni sa liberté de création pour se soustraire aux exigences du contrat de commande qu'il a accepté en acceptant de contribuer à l'œuvre collective, sauf à engager sa responsabilité contractuelle. Néanmoins, dès lors qu'il a satisfait aux directives de l'éditeur, l'éditeur ne devrait pas pouvoir modifier la contribution comme bon lui semble : il doit respecter l'intégrité de la contribution comme pour toute œuvre protégée. De la même manière, l'initiateur ne saurait porter atteinte au droit à la paternité de l'auteur sur sa contribution. Si la contribution ne satisfait pas aux conditions de protection, il est logique de ne pas appliquer le droit d'auteur mais si elle est qualifiable d'œuvre, il n'y a pas de raison de priver l'auteur de ses droits. On comprend que la nature de la relation puisse impliquer des modalités dérogatoires de titularité des droits, notamment pour favoriser l'exploitation de l'œuvre collective et protéger l'initiateur contre le comportement des tiers ; ceci n'exclut pour autant ni l'application du droit moral dans les relations entre contributeur et initiateur¹⁴¹², ni tout droit à rémunération sur le fondement du droit d'auteur. A ce titre, les

¹⁴¹¹ C. Caron, préc.

¹⁴¹² La situation du contributeur au regard du droit moral, et notamment ses conditions d'exercice, pourrait être comparée à celle de l'auteur qui a accepté l'adaptation de son œuvre : acceptant les conditions du contrat, il a nécessairement accepté certaines contraintes, voire modifications de son œuvre, qui ne constitueront pas

propositions doctrinales d'un intéressement de l'auteur au succès de sa contribution quand elle est essentielle à l'œuvre collective sont intéressantes¹⁴¹³. C'est la conséquence logique d'un champ d'application large de l'œuvre collective qui admet cette qualification pour des œuvres constituées d'unités cohérentes, exploitables séparément et juxtaposées. Il convient donc de déterminer l'étendue des droits du contributeur sur sa contribution exploitée en dehors de l'œuvre collective¹⁴¹⁴.

382. **Droits sur la contribution.** Bien qu'aucune disposition ne le précise explicitement, la jurisprudence¹⁴¹⁵ et la doctrine¹⁴¹⁶ s'accordent à considérer que, lorsque cela est matériellement possible au vu de la nature de la contribution, l'auteur de la contribution conserve le droit d'exploiter séparément sa contribution. A moins, bien sûr qu'il n'ait cédé expressément ce droit. Dans la pratique en effet, on remarque que, malgré la qualification d'œuvre collective souvent retenue pour les journaux ou les encyclopédies, l'éditeur assure fréquemment la plénitude de son droit en exigeant de l'auteur une cession de droits pour l'ensemble des exploitations possibles de la contribution, y compris l'exploitation séparée. L'exploitation séparée de la contribution n'est matériellement possible qu'à la condition que la contribution

dès lors des atteintes au droit moral. Le droit moral ne peut plus être un droit absolu et l'auteur ne saurait l'invoquer pour se délier de ses obligations contractuelles. Il n'a pas pour autant renoncé à tout droit moral et peut se défendre contre les modifications ou adaptations dénaturantes.

¹⁴¹³ V. T. Petelin, obs. préc., admettant l'équité de la solution ; C. Caron, note sous CA Paris, 9 fév. 2005, préc., fondant la rémunération proportionnelle sur un principe général et « *raval[ant] le forfait au rang d'exception strictement encadrée* ». V. néanmoins C. Caron, note sous Cass. civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, adoptant une position plus nuancée et admettant que le principe d'une rémunération proportionnelle est consubstantielle à la cession et que la seule rémunération due vise à payer la réalisation de la contribution : « *cet arrêt prouve l'étrange nature de l'œuvre collective qui est une sorte de droit d'auteur spécifique protégeant l'investissement au sein d'un droit d'auteur dédié à la protection de la création. (...) Mais si l'œuvre collective peut ignorer les règles qui gouvernent la rémunération des auteurs, force est de constater que la prudence impose de ne pas adopter le même comportement à l'égard d'autres règles de droit d'auteur (par exemple le droit moral, etc.)* ».

¹⁴¹⁴ V. P-Y Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2004, n° 269 et n° 386 ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, préc. n° 383.

¹⁴¹⁵ CA Paris, 18 avr. 1991, RIDA, 3/1992, p.166 ; Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 1982 : JCP G 1983, II, 20102, note A. Françon.

¹⁴¹⁶ A. et H.-J. Lucas, *Traité*, préc., n°210 et s., dont la position est toutefois très nuancée ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, préc., n°342 ; N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, préc. n°106. La solution est souvent fondée sur l'analogie avec les dispositions relatives aux journalistes. Ainsi elle pourrait perdre de sa vigueur au vu des modifications apportées au statut des journalistes en 2009. Reste toutefois que l'œuvre collective est un mécanisme exceptionnel, exorbitant du droit commun et qui doit, en tant que tel, être interprété strictement. Il convient donc de limiter l'étendue de la restriction du droit d'un auteur sur son œuvre et de le laisser jouir de ses droits, dès lors que l'œuvre peut faire l'objet d'une exploitation séparée et que celle-ci ne concurrence pas l'exploitation de l'œuvre collective. En ce sens, F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, préc., n°387. On peut d'ailleurs se demander quel serait le fondement de l'exploitation séparée d'une contribution menée par l'initiateur et si ce ne serait pas cette exploitation qui concurrencerait sans légitimité le droit de l'auteur de la contribution.

elle-même constitue une œuvre et que celle-ci soit exploitable. Tel ne sera pas toujours le cas. Mais si tel est le cas, la doctrine considère que l'auteur devrait pouvoir exploiter séparément son œuvre, dès lors que l'exploitation ne concurrence pas l'œuvre collective, au même titre que le scénariste ou le dialoguiste d'une œuvre audiovisuelle. Une telle solution s'explique par le fait que le régime de l'œuvre collective est une dérogation au droit commun de la titularité des droits. En effet, le contrat de commande n'emporte par principe aucune dérogation à la titularité des droits d'auteur qui reviennent donc au créateur. En cas d'œuvre collective, c'est exceptionnellement l'initiateur, qui a commandé au contributeur la réalisation de sa contribution qui sera investi des droits d'auteur sur l'ensemble. Cet investissement implique la maîtrise de l'exploitation des contributions : les contributions sont donc la propriété de l'initiateur dans la mesure nécessaire à l'exploitation de l'œuvre collective. L'initiateur et le contributeur ont donc des droits concurrents sur la contribution, dont la propriété est démembrée, chacun pouvant jouir d'utilités différentes de la contribution : l'exploitation au sein de l'œuvre collective et l'exploitation séparée. La Cour de cassation en excluant le droit de la cession, exclut le droit de la vente, et la garantie d'éviction ; aussi, si la relation contractuelle entre initiateur et contributeur se résume à un contrat de commande qui n'a pas vocation à régler la question de la titularité des droits d'auteur, on a des difficultés à déterminer l'étendue des droits de chacun, notamment quant au contenu de l'obligation de non-concurrence en cas d'exploitation séparée¹⁴¹⁷. L'analyse est transposable en cas de création d'œuvre collective et de salariat, le régime de l'œuvre collective ne dépendant pas de l'existence d'un contrat de commande.

383. **Organisation de la création d'entreprise et qualification d'œuvre collective.** Le salariat n'interdit pas la qualification de l'œuvre plurale en œuvre collective. Les salariés sont subordonnés aux directives de l'employeur, qui peut donc leur confier la création d'une œuvre plurale, dont il prend l'initiative en tant qu'employeur et qu'il divulguera et exploitera sous son nom. En sa qualité d'employeur, il a vocation à organiser la création de l'œuvre, notamment en déterminant le nombre de salariés affectés à cette mission, les tâches et responsabilités affectées à chacun, le calendrier de production, ainsi que l'exploitation de l'œuvre créée par ses services. En principe, une ou plusieurs personnes physiques sont chargées de coordonner et

¹⁴¹⁷ L'exigence d'exécution de bonne foi d'un simple contrat de louage de services, en tout cas en droit d'auteur, à défaut de cession de droit d'auteur, ne justifie pas l'exclusion d'une exploitation séparée par l'auteur ni ne permet une exploitation séparée par le commanditaire ; reste les obligations accessoires au contrat, qui ne peuvent emporter transmission des droits d'auteur au commanditaire. C'est bien sur le fondement de la propriété de l'initiateur en cas d'œuvre collective que doivent se régler les questions de titularité et d'étendue des droits réciproques des parties. La question de l'exploitation séparée pourrait se régler en termes de responsabilité sur le modèle des troubles anormaux du voisinage.

diriger le projet et disposent d'un certain pouvoir de direction sur les autres salariés, qui, même s'ils disposent d'une certaine liberté de création, sont soumis à ses directives. L'intervention de ces coordinateurs est essentielle à la qualification de l'œuvre créée dans le cadre d'une entreprise : la manière dont ils conduisent la création de l'œuvre détermine sa qualification. Il convient d'abord de déterminer si les directives du ou des coordinateurs sont suffisamment souples pour permettre aux contributeurs de faire œuvre créatrice : si les directives des coordinateurs sont tellement précises que les personnes chargées de la réalisation en sont réduites à un rôle d'exécutants, et que le ou les coordinateurs peuvent faire modifier les contributions des autres salariés jusqu'à obtention du résultat qu'ils souhaitent, les salariés non coordinateurs n'ont plus la moindre liberté créatrice et ne sont donc plus auteurs, seuls les coordinateurs ont donc vocation à la qualité d'auteur. S'il n'y a qu'un coordinateur, l'œuvre ne peut être une œuvre plurale. Malgré l'intervention d'autres salariés pour la réalisation de l'œuvre, à notre sens, dès lors que seul le coordinateur fait œuvre créatrice en participant à la conception de l'œuvre et en dirigeant la réalisation d'une manière si prégnante que les autres salariés ne disposent plus de la moindre liberté créatrice, alors le coordinateur a seul vocation à la qualité d'auteur et l'œuvre ne peut être collective. S'il y a plusieurs coordinateurs, intervenant tous sur la conception de l'œuvre d'ensemble, l'œuvre est une œuvre de collaboration. Si, au contraire, on peut considérer que les salariés non coordinateurs bénéficient d'une liberté suffisante dans l'exercice de leurs fonctions pour faire œuvre créatrice, qu'ils proposent notamment des contributions correspondant au cahier des charges établi par le ou les coordinateurs, contributions que le ou les coordinateurs choisissent, ou pour lesquelles ils suggèrent des modifications, pour les harmoniser, coordonner, adapter, sans pour autant que la paternité de la contribution puisse leur être attribuée, il convient de déterminer si l'œuvre plurale est une œuvre collective ou de collaboration. Là encore, la nature de l'intervention du ou des coordinateurs est essentielle à la qualification. Il n'y aura œuvre collective que si les salariés non coordinateurs n'interviennent pas sur la conception de l'œuvre d'ensemble. Si les salariés non coordinateurs interviennent sur la conception de l'œuvre d'ensemble, l'œuvre plurale est une œuvre de collaboration.

384. **Droits des salariés contribuant à la création d'une œuvre collective.** Aucune commande n'est nécessaire entre l'employeur et le contributeur salarié : le contrat de travail suffit puisque l'employeur a par ce contrat « réservé » par avance la force de travail et la créativité du salarié dont il a la disposition pendant le temps de travail. Quant à la rémunération, comme le contributeur n'a droit qu'au seul paiement de la réalisation de la

contribution et non à la rétribution d'une cession de droit, le salaire constitue une contrepartie suffisante puisqu'il paie le travail fourni par le salarié¹⁴¹⁸. En revanche, le salarié, même contributeur à une œuvre collective devrait comme tout auteur pouvoir faire valoir son droit moral sur sa contribution envers son employeur. Bien sûr, l'exercice de ce droit moral est limité par la double condition de salarié et de contributeur à une œuvre collective, qui suppose que le salarié a accepté de se trouver placé en état de subordination vis-à-vis de l'employeur et du coordinateur que celui-là a désigné ; et qu'il a accepté les contraintes d'une création plurale. Il n'y a pas pour autant de raison d'exclure par principe toute possibilité d'exercice du droit moral, notamment lorsque la contribution est identifiable. Il est clair que plus la contribution est identifiable au sein de l'œuvre collective, surtout si elle est le fait d'un contributeur unique ou de contributeurs aisément identifiables¹⁴¹⁹, moins la qualification d'œuvre collective devrait avoir d'incidence sur les droits d'auteur du contributeur. Ainsi, l'entreprise de presse qui exploite l'œuvre, l'article de presse ou la photographie, d'un de ses salariés en l'intégrant au sein de l'œuvre collective que constitue le journal, ne peut se prévaloir de la qualification d'œuvre collective du journal pour prétendre ne pas mentionner le nom de l'auteur ou pour modifier l'article, la photographie ou le dessin de presse. Il en est de même de l'auteur d'un article identifiable au sein d'une encyclopédie ou du chapitre d'un ouvrage collectif. Pour autant, si les contributeurs ont une liberté totale dans la création de leur contribution, la qualification d'œuvre collective peut être contestée : à défaut de coordination, de « conception » de l'œuvre d'ensemble, les contributions ne peuvent se fondre dans une œuvre d'ensemble et sont tout simplement juxtaposées, il n'y a pas d'œuvre collective, la seule commande d'une série de contribution n'emportant pas qualification d'œuvre collective¹⁴²⁰. A l'inverse, plus les contraintes auxquelles l'auteur est soumis sont importantes, plus sa liberté de

¹⁴¹⁸ Le salaire peut comprendre la rémunération forfaitaire de la cession des droits d'auteur. Tel est notamment le principe légalement affirmé pour les journalistes (C. trav., art. L.7113-3). Or une rémunération forfaitaire peut être prévue lorsque la contribution ne constitue pas un élément essentiel de la création intellectuelle de l'œuvre d'ensemble ou que l'exploitation de la contribution est accessoire par rapport à l'œuvre d'ensemble (CPI, art. L.131-4, 4°) ou lorsque la base de calcul ne peut être pratiquement déterminée (CPI, art. L.131-4) dans la mesure où il est impossible de déterminer la valeur d'exploitation de la contribution au sein de l'œuvre d'ensemble.

¹⁴¹⁹ Voir dont le nom est mis en exergue du fait de sa renommée.

¹⁴²⁰ CA Versailles, 16 oct. 1997 : RIDA avr. 1998, p.428, à propos de la publication des communications à un colloque scientifique (Les entretiens de Bichat). Les actes n'ont pas été qualifiés d'œuvre collective : « les différents intervenants, s'ils exposent leurs points de vue sur le thème déterminé sous l'égide de la société ESF auquel sont consacrés les travaux, n'en demeurent pas moins entièrement libres de la forme et du contenu de celui-ci ; (...) ces interventions sont rigoureusement individualisées et (...) leur valeur scientifique est largement conditionnée par la personnalité de leur auteur ; (...) les communications scientifiques des notabilités médicales participant aux Entretiens de Bichat, toujours individualisées et identifiées, (...) ne se fondant pas dans l'ensemble sans qu'il soit possible d'attribuer à chacune d'elles un droit distinct sur celui-ci, l'œuvre réalisée n'est pas une œuvre collective ».

création est restreinte, plus l'exercice de son droit moral sera limité¹⁴²¹. La mise en œuvre concrète de ce régime est donc compliquée : on déduit du processus créatif un régime particulier de droit d'auteur ; or le droit d'auteur peut être mis à mal par le processus créatif. Le contributeur salarié ne dispose donc que d'un droit d'auteur très limité, dont l'employeur peut définir les limites. Quant au coordinateur, qui fait d'un certain point de vue œuvre créatrice en « concevant » l'œuvre d'ensemble, il ne bénéficie d'aucun droit d'auteur dès lors qu'il conçoit pour le compte d'autrui (l'initiateur) et organise la réalisation de cette conception par des contributeurs¹⁴²². Sa participation incomplète à la création, et pour le compte d'autrui, n'est qu'un travail qui ne lui confère pas la qualité d'auteur, et seul l'initiateur a vocation à exercer les droits d'auteur. Pourtant, ce qui justifie la qualification d'œuvre collective, c'est justement le fait que la conception de l'ensemble n'appartient pas aux contributeurs. Or il faut bien qu'il y ait une conception pour qu'il y ait œuvre, collective ou non. La participation du coordinateur, personne physique seule capable d'une conception créatrice, est donc par nature essentielle à la qualification. Le modèle d'appropriation ici en œuvre est clairement celui du travail : les contributions, comme la coordination, ne relèvent que du travail, la conception et la réalisation, éléments caractérisant l'activité créatrice, étant ici séparées et exercées par des personnes distinctes. Le salaire suffit à payer leurs participations à l'« œuvre ».

385. Au fondement de ces dérogations, l'émiettement créatif, la division de la création en actes distincts (conception, d'une part ; réalisations d'apports distincts sans interactions entre eux, d'autre part), la faveur à l'exploitation. L'analyse de ce régime dérogatoire conduit aussi à penser que plus la liberté de création de l'auteur est importante, moins les dérogations au régime de droit commun du droit d'auteur seront importantes et qu'au contraire, plus la création est encadrée, plus les dérogations au modèle seront importantes. La faveur à l'exploitation est donc inversement proportionnelle à la liberté d'expression dont jouit l'auteur. Le droit d'auteur ne permet pas ici à l'auteur d'échapper à la subordination ; au contraire, la subordination dans l'exercice de la mission créative influence directement l'exercice du droit d'auteur. Seul le caractère identifiable de la création, et surtout de l'auteur, lui donne droit à une protection dans ses aspects intellectuels et moraux. L'analyse des autres régimes dérogatoires ne font que confirmer ces principes.

¹⁴²¹ Cf. supra n°265.

¹⁴²² V. Cass. civ. 1^{re}, 18 oct. 1994, préc.

B. Transferts automatiques des droits à l'entreprise

386. On notera l'hétérogénéité des régimes de cession adaptés, ce qui oblige à une présentation successive des différents régimes existants. On distinguera les régimes de cession liés à la qualité du créateur (1) de ceux liés au genre de l'œuvre (2).

1. Dérogations dues à la qualité de l'auteur

387. Deux catégories d'auteurs sont soumises à un régime spécial : les journalistes (a) et les agents publics (b).

a. Les journalistes

388. **Statut des journalistes antérieur à 2009.** La combinaison des dispositions du Code du travail (art. L.7113-2, alinéa 2) et du Code de la propriété intellectuelle mettait en place, au profit des entreprises de presse, une cession automatique pour la première publication des œuvres créées par un journaliste dans le cadre de son contrat de travail sans qu'aucune rémunération autre que le salaire n'ait à être versée. L'article L.121-8, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle prévoyait ainsi en son second alinéa, que « *pour toutes les œuvres publiées ainsi dans un journal ou recueil périodique, l'auteur conserve, sauf stipulation contraire, le droit de les faire reproduire et de les exploiter, sous quelque forme que ce soit, pourvu que cette reproduction ou cette exploitation ne soit pas de nature à faire concurrence à ce journal ou à ce recueil périodique* ». La dérogation au droit commun de la cession portait aussi sur la rémunération des journalistes qui, selon l'article L.132-6, alinéa 3, du Code de la propriété intellectuelle, pouvait être forfaitaire¹⁴²³. Si la première publication faisait l'objet d'une cession automatique, en revanche, toute exploitation ultérieure, et notamment dans d'autres journaux ou périodiques ou sur internet, était soumise à cession expresse. Le régime applicable aux journalistes était donc un régime spécial à la fois au regard du droit du travail (la commande d'une œuvre à un journaliste professionnel par une entreprise de presse est présumée relever d'un contrat de travail, que le journaliste soit rémunéré en fonction de son temps de travail ou du nombre ou du volume des œuvres

¹⁴²³ CPI, art. L.132-6, al. 3 : « *en ce qui concerne les œuvres de l'esprit publiées dans les journaux et recueils périodiques de tout ordre et par les agences de presse, la rémunération de l'auteur, lié à l'entreprise d'information par un contrat de louage d'ouvrage ou de services, peut également être fixée forfaitairement* ». Contrairement au premier alinéa de cet article, qui se réfère explicitement à la première édition seulement des préfaces, annotations, ouvrages scientifiques, illustrations et autres cas particuliers d'éditions donnant lieu à rémunération forfaitaire, le troisième alinéa ne distingue pas entre les éditions : toutes les publications dans un journal, périodique ou par une agence de presse peuvent donc faire l'objet d'une rémunération forfaitaire. On notera par ailleurs que, selon la jurisprudence, le salaire peut, en tout ou partie, constituer cette rémunération forfaitaire : Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1986 : RIDA, avr. 1987, p.62.

créées : la rémunération du travail de création est donc assurée par principe par un salaire) et du droit d'auteur (l'acceptation d'une commande de l'entreprise de presse valait autorisation de publier une fois l'article, le droit commun de la cession des droits d'auteur ne s'y appliquait donc pas). Il y avait ici contrairement à la situation classique une dérogation à la distinction du travail et de la création et une articulation des normes relevant du droit du travail (et figurant au sein du Code du travail) et de celles relevant du droit d'auteur (et figurant au sein du Code de la propriété intellectuelle) : le travail de journaliste professionnel étant par principe un travail créatif, la rémunération du travail créatif emportait certaines conséquences en matière de droit d'auteur. Ces dérogations restaient toutefois limitées et garantissaient à l'auteur des conditions de rémunération variant en fonction du succès de son œuvre, notamment en cas de pluralité d'exploitation¹⁴²⁴. On notera que ce régime était original car la première publication par l'employeur n'épuisait ni le droit patrimonial, ni même le droit moral de l'auteur, qui restait maître de refuser les prochaines divulgations. Ainsi, le journaliste professionnel se trouvait dans une situation comparable au professeur d'université qui refusait la publication écrite de la forme orale de ses cours, le prononcé du cours dans le cadre de son activité professionnelle n'épuisant pas le droit de divulgation, ou ne permettant pas l'exploitation des œuvres sous une autre forme, sans l'accord du titulaire du droit de divulgation¹⁴²⁵. De la même manière, la première publication au sein d'un journal ou d'un périodique n'épuisait pas les droits de l'auteur qui pouvait s'opposer à toute autre exploitation, au sein d'une autre œuvre d'ensemble. Or l'avènement de l'exploitation numérique des journaux et périodiques a conduit à multiplier

¹⁴²⁴ La particularité du dispositif mêlant ici les approches de droit du travail et de droit d'auteur apparaît singulièrement dans un arrêt de la Cour d'appel de Versailles : CA Versailles, 11e ch. 7 juin 2012 : RLDI 2012, act. n°2819, obs. M. Trézeguet : la journaliste pigiste se plaignant de l'absence de paiement de sa prime d'ancienneté, de l'absence de consentement à la publication dans une autre revue que celle à laquelle elle participait (elle avait demandé par courriel à ce que les conditions de sa collaboration, et notamment sa rémunération pour les publications dans cette autre revue, soient précisées) et de l'absence de rémunération de ces exploitations nouvelles a obtenu que la rupture du contrat de travail soit imputée à l'employeur du fait du manquement à ces obligations. Elle a donc obtenu le paiement d'une somme de 18.000 € au titre des dommages-intérêts dus pour le non-respect de ses droits de propriété intellectuelle, 15.000 € au titre de l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse, 2.392 € au titre d'indemnité compensatrice de préavis et congés payés et 14.353 € au titre de son indemnité de licenciement. La cour tire ici toutes les conséquences logiques du non respect par l'employeur des dispositions légales, quand bien même elles relèveraient du Code de la propriété intellectuelle et non du Code du travail : le non-respect du droit d'auteur par l'employeur constitue ici un non-respect des obligations d'employeur, d'où la qualification de licenciement sans cause réelle et sérieuse. La titularité des droits pour l'employeur n'est plus seulement ici un enjeu stratégique pour sécuriser les relations vis-à-vis des tiers, ni un enjeu de rémunération mais aussi un enjeu de sécurisation de la relation de travail.

¹⁴²⁵ TGI Paris, 20 nov. 1991, Roland Barthes : RIDA 1/1992, p.340, note A. Kéréver. TGI Paris, 30 mars 2007 (Lacan) : CCE 2007, comm. n°92, note C. Caron et en appel CA Paris, 4^e ch., 13 mars 2009 : CCE 2009, comm. n°53, note C. Caron ; JCP G 2009, II, 10093, note F. Pollaud-Dulian. Pour de plus amples développements et d'autres références jurisprudentielles et doctrinales, cf. infra n°396.

le nombre d'exploitations possibles des œuvres parues dans les journaux et périodiques. Les entreprises de presse ont pendant un temps souhaité mettre en place ces nouvelles exploitations sans pour autant verser de rémunération supplémentaire à leurs salariés, considérant que cette exploitation était accessoire à l'exploitation principale sous format papier, que le salaire constituait la contrepartie de l'exploitation ou que cette exploitation relevait de l'exploitation normale de l'œuvre collective que constituait le journal¹⁴²⁶. L'action systématique des syndicats de journalistes a alors conduit à un important contentieux. Les juges ont alors fait prévaloir les dispositions spéciales applicables aux journalistes professionnels et aux œuvres publiées dans les journaux et périodiques aux dispositions générales relatives à l'œuvre collective : dès lors, toute nouvelle exploitation, de même nature ou non, exigeait l'accord de l'auteur¹⁴²⁷. Le droit spécial dérogeait ici aux règles générales. Les nouvelles exploitations de l'œuvre étaient donc soumises à autorisations et rémunérations spécifiques, dont la pratique était en train de définir les modalités, notamment par la mise en place d'accords collectifs, dont le contenu interrogeait toutefois les principes du droit d'auteur, les parties en présence (représentants des entreprises de presse et représentants des journalistes et salariés) persistant à revendiquer de part et d'autre la propriété des œuvres. N'arrivant pas à s'accorder sur les questions de propriété, elles se sont attachées à définir les conditions de rémunération des exploitations permettant de mettre fin à la multiplication des contentieux¹⁴²⁸. La solution, hétérodoxe et insatisfaisante du point de vue des principes juridiques, n'a pas perduré : la loi du 12 juin 2009 est intervenue pour réformer le régime applicable aux œuvres créées par des journalistes, mettre fin au contentieux et à la

¹⁴²⁶ Pour illustration, V. cons. prud. Paris, 2 fév. 2007, Andrieu c. AFP : RG F 04/08987, qui dévoile que les contrats de travail des photographes de l'AFP stipulaient que les salaires valaient rémunération de la cession globale, forfaitaire et exclusive. L'AFP prétendait donc pouvoir développer une nouvelle activité (exploitation de bases de données permanentes) sans verser de rémunération supplémentaire aux salariés. La clause de cession est ici surprenante du fait de l'interdiction de la cession globale des œuvres futures. La généralité de la clause aurait sans doute pu la rendre inopérante (Cass. civ. 1^{re}, 9 oct. 1991 : Bull. civ. 1991, IV, n° 253). Le conseil des prud'hommes observe que l'exploitation, non prévisible, devait faire l'objet d'une cession exprès et d'une rémunération proportionnelle (CPI, art. L.131-6). Pragmatique, il n'interdit pas l'exploitation et désigne un expert pour déterminer le montant de la rémunération.

¹⁴²⁷ Pour illustration, V. CA Lyon, 9 déc. 1999 : JCP 2000, II, 10280, note E. Derieux ; Légipresse 2000, n°168, III, p.7, note Brault ; CA Paris, 10 mai 2000 : JCP 2000, II, 10430, note E. Derieux ; Légipresse 2000, n°172, III, p.92, obs. B. A. ; CCE 2000, comm. n°73, note. C. Caron ; TGI Strasbourg, 3 fév. 1998 : JCP 1998, II, 10044, note E. Derieux ; JCP E 1998, p.1252, obs. D. Bougerol et S. Grégoire ; JCP E 1999, p.955, obs. M. Vivant et C. Le Stanc ; RIDA 1998, n°176, p.466.

¹⁴²⁸ Pour illustration, V. les accords publiés in *Légipresse* 1998 n°152, et leur commentaire par D. Bécourt.

polémique¹⁴²⁹ ; et consacrer une cession automatique au profit des entreprises de presse, assurant la sécurité juridique des exploitations réalisées par les entreprises de presse¹⁴³⁰.

389. **Qualité de journaliste.** Le Code de la propriété intellectuelle consacre désormais des dispositions spécifiques au droit d'exploitation des œuvres des journalistes¹⁴³¹. C'est donc la qualité de journaliste qui conditionne l'application du régime dérogatoire. La réforme intervenue en 2009¹⁴³² a complètement modifié le droit applicable : la cession vaut désormais pour toute exploitation au sein d'un titre de presse, quels que soient par ailleurs les supports, modes de diffusion et de consultation de ce titre de presse. La définition du champ d'application de ces dispositions est à rechercher au sein des dispositions du Code du travail¹⁴³³ qui définissent la qualité de « journaliste professionnel »¹⁴³⁴ comme « *toute personne qui a pour activité principale, régulière et rétribuée, l'exercice de sa profession dans une ou plusieurs entreprises de presse et qui en tire le principal de ses ressources* »¹⁴³⁵ ou qui travaille pour une entreprise de communication au public par voie électronique¹⁴³⁶; y sont assimilés les « *collaborateurs directs de la rédaction, rédacteurs-traducteurs, sténographes-rédacteurs, rédacteurs-réviseurs, reporters-dessinateurs, reporters-photographes, à l'exclusion des agents de publicité et de tous ceux qui n'apportent, à un titre*

¹⁴²⁹ Pour illustration : P.-Y. Gautier, « Droits d'auteur des journalistes : le droit d'en parler », *Légipresse* 1998, p.373 ; « Les journalistes et les nouveaux médias », *Dalloz Affaires*, numéro spécial, supplément au n°162 du 27 mai 1999 ; B. Ader, « Cession des droits d'auteur des journalistes », *Legicom* 1997, n°15, p.35.

¹⁴³⁰ En ce sens, considérant que la réforme est pertinente car elle met fin à l'insécurité juridique des employeurs, quelles que soient d'ailleurs les pratiques que ces derniers aient mises en place, et que « *le traitement des droits d'auteur des journalistes apparaît désormais comme un puissant révélateur des mutations à l'œuvre au sein du droit d'auteur* », J. Lapousterle, « Droits d'auteur des journalistes : de l'orthodoxie au pragmatisme », *Légipresse* 2010, n° 270, II, p.37.

¹⁴³¹ CPI, art. L.132-35 et s. On notera qu'auparavant, hors les dispositions relevant du Code du travail, les principales dispositions applicables aux journalistes figuraient au sein du chapitre du Code de la propriété intellectuelle consacré au droit moral, et non aux droits patrimoniaux ou aux contrats d'exploitation. Le nouveau régime applicable aux journalistes relève des contrats nommés, quant bien même la section ne nomme pas le contrat mais évoque un droit d'exploitation des œuvres des journalistes, comme si le régime créait au profit de l'entreprise de presse un attribut du droit patrimonial ou un droit de jouissance sur les œuvres de journalistes.

¹⁴³² L.n°2009-669 du 12 juin 2009, art.20.

¹⁴³³ CPI, art. L.132-36 visant expressément les articles L.7111-3 et s. du Code du travail.

¹⁴³⁴ Ctrav., art. L.7111-1. Sur la distinction entre journalistes professionnels et non professionnels, les pigistes réguliers et les pigistes occasionnels, ce qui détermine le champ d'application de ces dispositions, V. J.-M. Léger, « La cession légale des droits d'auteur des journalistes : considérations pratiques sur les contributeurs et œuvres visés par le texte », *RLDI* 2012, perspectives n° 2569.

¹⁴³⁵ Ctrav., art. L.7111-3.

¹⁴³⁶ Ctrav., art. L.7111-5. Pour une analyse du champ d'application de ces dispositions et de la notion de journaliste professionnel, F. Gras, « Le journalisme en ligne ou la victoire de la tautologie », *Légipresse* 2010, 271, II, 53.

quelconque, qu'une collaboration occasionnelle »¹⁴³⁷. Pour les personnes qui tirent donc l'essentiel de leurs revenus de leur activité de journaliste, c'est donc la qualité de journaliste professionnel, qui implique la qualité de salarié, qui explique la dérogation au droit commun de la cession. Pour les auteurs occasionnels d'œuvres publiées dans des journaux et périodiques, c'est la participation à l'œuvre collective qu'est le journal qui justifie le régime dérogatoire.

390. **Qualité de salarié.** Selon l'article L.7112-1 du Code du travail, *« toute convention par laquelle une entreprise de presse s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un journaliste professionnel au sens du premier alinéa du présent article est présumée être un contrat de travail. Cette présomption subsiste quels que soient le mode et le montant de la rémunération ainsi que la qualification donnée à la convention par les parties »*. Ainsi, le statut de pigiste n'exclut pas la qualité de salarié. Au contraire, la fourniture régulière de travail à un pigiste fait du journaliste un collaborateur régulier auquel l'entreprise est tenue de fournir du travail¹⁴³⁸. Par ailleurs, selon l'article L.7113-1, tout travail non prévu au contrat de travail entraîne une rémunération spéciale ; de même que, selon l'article L.7113-2 du Code du travail, *« tout travail commandé ou accepté par l'éditeur d'un titre de presse au sens de l'article L.132-35 du Code de la propriété intellectuelle, quel qu'en soit le support, est rémunéré, même s'il n'est pas publié »*. C'est donc le travail de création, et tout travail de création, qui est rémunéré par le salaire, et ce même en l'absence d'exploitation. Ainsi, l'existence du contrat de travail emporte cession à titre exclusif des droits d'exploitation¹⁴³⁹ portant sur l'œuvre créée pour les publications dans le titre de presse *« à l'élaboration duquel le journaliste a contribué, ainsi que l'ensemble des déclinaisons du titre, quels qu'en soient le support, les modes de diffusion et de consultation »*¹⁴⁴⁰. Sont à ce titre assimilées aux exploitations au sein du titre de presse les diffusions en ligne, qu'elles soient assurées par l'éditeur de presse ou un tiers, dès lors qu'elles sont soumises au contrôle éditorial du directeur de la publication et qu'elles figurent dans un espace dédié¹⁴⁴¹. Pendant une durée déterminée par accord collectif¹⁴⁴², aucune rémunération particulière n'est due au

¹⁴³⁷ Ctrav., art. L.7111-4. Pour une application jurisprudentielle et la définition des activités intellectuelles, et créatives, permettant de prétendre à cette qualification : CA Paris, 21^e ch. C, 29 janv. 2009 : *Legipresse* 2009, 260, III, 59, note L. Carrié, « Journaliste assimilé : le collaborateur direct de la rédaction ».

¹⁴³⁸ Cette obligation n'emporte toutefois pas d'obligation de fournir un « volume de travail constant » : Cass. soc. 29 sept. 2009 : *Legipresse* 2009 267, III, 241, note F. Gras, « Nouvelles pierres à l'édifice jurisprudentiel du statut du journaliste pigiste ». Sur le statut particulier des journalistes pigistes, V. également F. Gras, « extension de l'accord sur les journalistes professionnels rémunérés à la pige : un vaudeville social », *Legipresse*, 2011, 279, chr., p.24.

¹⁴³⁹ CPI, art. L.132-36.

¹⁴⁴⁰ CPI, art. L.132-35. A l'exception toutefois des services de communication audiovisuelle.

¹⁴⁴¹ CPI, art. L.132-36.

¹⁴⁴² CPI, art. L.132-37 : la loi prévoit d'abord la compétence des accords d'entreprise, et à défaut de tout autre accord collectif. Les accords de branche ou interprofessionnels ne s'appliqueront donc qu'à défaut de

titre de cette cession de droits, le salaire valant rémunération forfaitaire. Au-delà de cette durée, l'exploitation est rémunérée sous forme de droits d'auteur ou de salaire¹⁴⁴³, selon les conditions fixées par l'accord collectif¹⁴⁴⁴. De la même manière, donnent lieu à rémunération, quelle que soit la période à laquelle elles interviennent, les exploitations dans une « *famille cohérente de titres* »¹⁴⁴⁵, c'est-à-dire en dehors du titre de presse auquel collabore le journaliste mais dans des titres de presse édités par la même société editrice et appartenant à la même famille cohérente de titre, selon la liste arrêtée ou les critères définis par l'accord collectif applicable¹⁴⁴⁶. Toute autre exploitation doit être expressément et préalablement autorisée par l'auteur et donne droit à rémunération sous forme de droits d'auteur¹⁴⁴⁷.

dispositions spéciales des accords d'entreprise. La branche n'a donc pas vocation à réguler la question par ses interventions. Cette période est déterminée en tenant compte de la périodicité du titre de presse et de la nature de son contenu.

¹⁴⁴³ La rémunération sous forme de droit d'auteur peut alors être proportionnelle ou forfaitaire. Au vu du régime social et fiscal de ces différents types de rémunérations, il est probable que les employeurs préfèrent une rémunération en droits d'auteur.

¹⁴⁴⁴ CPI, art. L.132-38.

¹⁴⁴⁵ Pour une critique de ces dispositions en ce qu'elles pourraient atteindre au pluralisme de la presse écrite, V. P. Mouron, « Droit d'auteur des journalistes et pluralisme de la presse écrite », *Legipresse* 2011 280, chr. p.90, qui retient que le régime antérieur constituait une « garantie involontaire de l'objectif de pluralisme de la presse écrite » et qu'au contraire le régime de 2009 en constitue une « limite potentielle », considérant que « la multiplicité des approches que permet le media global ouvre de nouvelles perspectives oeuvrant pour une pluralité d'approches », ce que la réforme ne contribue pas à encourager. Par ailleurs, la réforme en invitant l'entreprise de presse à déterminer des familles cohérentes de titres, invite finalement à la « consanguinité » et la « simultanéité » des titres : « *par conséquent, les contenus sont voués à devenir interchangeables et normalisés. On retrouve l'effet critiqué par le Conseil constitutionnel, à savoir qu'un titre puisse devenir « le décalque d'une autre publication ».* Même si la pluralité des titres est assurée, ceux-ci ne seront pas de « tendances et de caractères différents ». La nouvelle loi pourrait permettre de créer des synergies entre les différentes rédactions, voire en assurer la fusion pure et simple. La pratique est ancienne et avait déjà été contrée par l'exigence d'autonomie des équipes rédactionnelles ». Ainsi, en recevant au sein du droit d'auteur le principe de multiplication des exploitations (donc des communications au public) d'un seul et même article (donc d'un seul et même point de vue), mis en avant par les employeurs dans le long contentieux qui les a opposé aux journalistes et à leurs syndicats, le législateur encourage indirectement, la réduction de la diversité des opinions émises. A diminuer le coût des publications multiples d'un seul article, le législateur n'encourage pas à la publication d'articles différents, ce qui contredit l'encouragement à la création et la finalité du droit d'auteur, celle-ci étant particulièrement prégnante dans le domaine de la presse, domaine de la liberté de l'information et de la communication, domaine où c'est paradoxalement que le législateur intervient pour mettre en place un régime dérogatoire au droit commun des créations de salariés. Ce régime contredit ici l'intérêt culturel servi par le droit d'auteur pour favoriser l'intérêt économique de l'exploitation et la sécurité juridique des entreprises de presse. Cette intervention dans un secteur très concurrentiel, en difficultés mais aussi très concentré, n'est pas anodine et ne posait pas qu'une question de titularité des droits et de sécurité juridique. V. aussi à propos des journalistes non sur une question de droit d'auteur mais sur des questions de droit social, spécialement le statut particulier des pigistes, F. Gras, « extension de l'accord sur les journalistes professionnels rémunérés à la pige : un vaudeville social », *Legipresse*, 2011, 279, chr., p.24, notant l'interventionnisme étatique en « droit social de la presse » et la légèreté du pouvoir exécutif qui a étendu l'accord collectif, malgré les difficultés juridiques qu'il posait au regard de la loi et de la jurisprudence.

¹⁴⁴⁶ CPI, art. L.132-39.

¹⁴⁴⁷ CPI, art. L.132-40.

391. **Modèle d'appropriation.** Le modèle d'appropriation reste un modèle littéraire et artistique puisqu'il met en exergue la propriété initiale du créateur. Toutefois, le droit d'exploitation de l'employeur est très étendu par rapport à la situation précédant la réforme de 2009 : la cession automatique dont bénéficie l'employeur a un champ plus large en termes de durée d'exploitation (qui reste toutefois délimitée en son principe), de modes de diffusion, de destination (public visé, première publication, publication en ligne, consultation différée, mais aussi publications dans d'autres titres, insertion dans des bases de données, notamment archives, etc.)¹⁴⁴⁸. On notera que l'entreprise de presse bénéficie désormais d'un droit exclusif qu'il conviendra d'articuler avec la résurgence du droit antérieur maintenue à l'article L.121-8, alinéa 2¹⁴⁴⁹, surtout que l'entreprise peut mener des exploitations ne relevant de l'exécution du contrat de travail à proprement parler (exploitation dans un titre de presse auquel le journaliste ne collabore pas par exemple) sans avoir à y être autorisée par l'auteur. L'accord collectif définissant les « *familles cohérentes de titres* » définit le champ de l'exploitation en dehors de l'exploitation normale et habituelle de l'œuvre, en tout cas en dehors des missions et fonctions du salarié, voire de la relation de travail¹⁴⁵⁰. Ces exploitations n'ont pas à être autorisées. Elles ont seulement à être rémunérées. Et la rémunération peut être forfaitaire et sous forme de salaire. Le droit de l'entreprise de presse est donc largement renforcé. Consacrant un droit d'exploitation des œuvres des journalistes, dans un chapitre consacré aux contrats nommés, cette section mêle les modèles d'appropriation de la création et des fruits du travail, notamment en ce qu'elle consacre le pouvoir de l'employeur dans la maîtrise de l'exploitation et le seul droit à rémunération du salarié, qui ne peut qu'accessoirement s'opposer à une exploitation. Par ailleurs, le modèle s'inspire des mécanismes du droit du travail en faisant la

¹⁴⁴⁸ Pour une présentation générale du dispositif et des questions qu'il pose, C. Alleaume, « Droit d'auteur des journalistes : la révolution en marche », *Legipresse* 2009, 265, II, 121.

¹⁴⁴⁹ L'auteur conserve le droit de reproduire et représenter ses œuvres dans la mesure de la cession automatique, et sous réserve de ne pas concurrencer les exploitations menées par l'entreprise de presse.

¹⁴⁵⁰ Tel est le cas lorsque le titre relevant de la même famille de titres est édité non pas par l'employeur mais par la société qui contrôle l'employeur : on sort ici de la relation de travail, le droit des sociétés permet d'instituer un lien entre l'employeur et son partenaire contractuel, mais il n'existe aucun lien contractuel entre l'auteur et la société contrôlante.

part belle à la négociation collective¹⁴⁵¹ et au statut collectif, et en mettant en place une instance de conciliation¹⁴⁵².

392. De la même manière, depuis la loi du 1^{er} août 2006, les auteurs agents publics sont soumis à un régime particulier.

b. Les agents publics

393. **Portée du principe.** La loi DADVSI a profité de la réforme du droit d'auteur des agents publics pour spécifier au sein même de l'article L.111-1, que le principe n'est pas intangible et subit des exceptions. La situation n'est pas nouvelle et ne résulte pas de la loi DADVSI¹⁴⁵³. Elle pourrait passer pour superflue. Cette nuance, subtilement introduite dans le troisième alinéa, tend néanmoins à amoindrir la portée du principe, qui est dans un premier temps proclamé, pour admettre immédiatement des dérogations. On notera par ailleurs que la référence dans le quatrième alinéa de ce même article aux articles spécialement applicables aux agents publics, laisse entendre qu'il faut comprendre par exceptions non seulement les régimes dérogatoires attribuant la titularité initiale des droits à l'employeur¹⁴⁵⁴, mais aussi les régimes instituant une titularité dérivée spéciale, notamment par la mise en place d'une cession automatique des droits patrimoniaux¹⁴⁵⁵ ou un exercice limité du droit moral¹⁴⁵⁶. Toutefois, aucune exception ne peut être admise pour les personnes dont la liberté d'expression est essentielle : le droit d'auteur ne saurait être un moyen pour l'Administration de porter atteinte à la liberté d'expression des personnels dont le statut exige l'indépendance¹⁴⁵⁷. Tel est le cas

¹⁴⁵¹ V. en ce sens, J. Lapousterle, préc., observant que la compétence de négociation revient donc aux syndicats, et particulièrement aux syndicats de journalistes, ce qui est loin d'être anodin : « *A nouveau, l'évolution est d'importance dans la mesure où la loi Création et internet reconnaît à des syndicats qualité pour conclure des accords collectifs emportant cession de droits d'auteur. Ces derniers se trouvent ainsi investis du rôle de protecteur de l'auteur, alors qu'un tel rôle incombe traditionnellement à la gestion collective. Ce déplacement illustre la progression de la logique travailliste précédemment évoquée* ».

¹⁴⁵² V. également J. Lapousterle, préc. notant que le recours à ce type de commission s'est imposé en droit d'auteur depuis la loi Land du 3 juillet 1985.

¹⁴⁵³ Les exceptions relatives aux œuvres collectives et aux journalistes ont été introduites par la loi n°1957-298 du 11 mars 1957, elle-même ; celles relatives au contrat de commande pour la publicité, à la production audiovisuelle et au logiciel par la loi n°1965-660 du 3 juillet 1985.

¹⁴⁵⁴ Tel est le cas des œuvres collectives (CPI, art. L.113-5).

¹⁴⁵⁵ Tel est le cas des auteurs de logiciels (CPI, art. L.113-9) ; des auteurs d'œuvre effectuée d'après commande pour la publicité (CPI, art. L.132-31 et s.) et des agents publics (CPI, art. L.131-3-1 et s.).

¹⁴⁵⁶ Tel est le cas des agents publics (CPI, art. L. 121-7-1).

¹⁴⁵⁷ Ceci démontre que la réforme du droit d'auteur applicable aux agents publics, surtout en ce qu'elle amoindrit le droit moral de ces créateurs, porte atteinte à leur liberté d'expression. La réforme contredit donc les principes essentiels du droit d'auteur et semble finalement une faible avancée : il est seulement désormais

notamment des chercheurs et enseignants-chercheurs¹⁴⁵⁸, des procureurs et commissaires du Gouvernement pour leurs conclusions et des hauts fonctionnaires par exemple. On voit clairement ici que le droit d'auteur a désormais la lourde charge de trouver un équilibre entre les principes de bonne exécution des missions de service public et de liberté d'expression, entre nécessité de l'exploitation et liberté d'expression¹⁴⁵⁹.

394. **Champ d'application.** L'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle, tel qu'il est issu de la loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006, prévoit que, comme le contrat de louage d'ouvrage ou de service, la qualité d'agent de l'État, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public à caractère administratif, d'une autorité administrative indépendante ou de la Banque de France de l'auteur de l'œuvre de l'esprit n'emporte pas de dérogation à la jouissance du droit d'auteur, sous réserve des exceptions prévues au sein du Code de la propriété intellectuelle. Or les agents publics, à l'exception de ceux dont la divulgation des œuvres n'est pas soumise à contrôle préalable de l'autorité hiérarchique, en vertu de leur statut ou de leurs fonctions, sont soumis à règles spéciales, les articles L.121-7-1 et L.131-3-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. Autrement dit, la règle en ce qui concerne les agents publics est plutôt la dérogation au régime de droit commun sauf pour les agents qui bénéficient d'une certaine liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions. Si l'agent demeure le titulaire initial des droits d'auteur, le régime dérogatoire auquel il est soumis touche aussi bien la jouissance du droit moral¹⁴⁶⁰ (i), que celle des droits patrimoniaux¹⁴⁶¹ (ii). Ces nouvelles dispositions visent à clarifier le régime des œuvres créées par des agents publics dans l'exercice de leurs fonctions, pour lesquelles régnait une certaine incertitude. Elles ne sont toutefois applicables aux œuvres créées antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi qu'à

certain que, hors le cas de l'œuvre collective, l'employeur, public ou privé, ne peut exploiter l'œuvre de l'esprit qu'à titre de cessionnaire.

¹⁴⁵⁸ Dont la liberté d'enseignement et de recherche est constitutionnellement garantie : Conseil constitutionnel, décision 165/DC du 20 janv. 1984 : *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009, 15^e éd., coll. Grands arrêts, n°35.

¹⁴⁵⁹ Le droit du travail cherche une synthèse entre respect des droits individuels et collectifs des salariés d'une part, et subordination, d'autre part. Le droit d'auteur a à assumer cette charge spécifique pour les créateurs salariés dans leur rapport à l'employeur, qui pour obtenir la qualité d'exploitant, doit obtenir une cession des droits d'exploitation.

¹⁴⁶⁰ Dont l'exercice est plus que limité : le droit de divulgation est limité par son statut et les règles régissant l'organisation, le fonctionnement et l'activité de la personne publique qui l'emploie, le droit au respect ne peut être invoqué contre une modification réalisée dans l'intérêt du service par le supérieur hiérarchique et le droit au retrait et repentir ne peut être exercé : CPI, art. L.121-7-1.

¹⁴⁶¹ Dont la cession est automatique pour l'exécution des missions de service public et soumise à droit de préférence en faveur de l'Administration en cas d'exploitation commerciale : CPI, art. L.131-3-1 et s.

compter de l'entrée en vigueur de la loi et dans la seule mesure où elles ne remettraient pas en cause les situations contractuelles en cours¹⁴⁶².

i. Limites à l'exercice du droit moral

395. **Droit à la paternité.** Sur les quatre attributs du droit moral, seul le droit à la paternité semble échapper aux dérogations mises en place en faveur de l'Administration. Aucune disposition spéciale n'est prévue à son propos. On notera toutefois qu'une réponse à une question parlementaire avait précisé bien avant l'adoption de la loi DADVSI que l'agent était dans l'obligation de signer son œuvre, en tant qu'il est « *responsable de signer les actes qu'il prend dans l'exercice de ses compétences* »¹⁴⁶³. Or le droit à la paternité recouvre aussi le droit à l'anonymat ou à l'usage d'un pseudonyme : l'exigence de signature de l'œuvre par l'agent auteur ou la divulgation de l'œuvre non anonymement mais sous le nom du supérieur hiérarchique de l'agent afin de déterminer qui assumera la responsabilité de l'acte administratif portent donc atteinte au droit à la paternité. On peut penser que l'absence de mention d'une quelconque dérogation au droit à la paternité pourrait réaffirmer les droits de l'agent en la matière. Une telle affirmation n'est pas pour autant évidente : l'ampleur des dérogations mises en place en ce qui concerne les autres attributs du droit moral laisse sceptique quant à la portée du droit moral des agents publics qui a vocation à céder devant l'intérêt du service et les dispositions statutaires de l'agent.

396. **Droit de divulgation.** Le droit de divulgation de l'auteur agent public « s'exerce dans le respect des règles auxquelles il est soumis en sa qualité d'agent et de celles qui régissent l'organisation, le fonctionnement et l'activité de la personne publique qui l'emploie ». Les dispositions relatives au statut de l'agent ou de la personne publique employeur, légales ou réglementaires, ont donc vocation à réglementer l'exercice du droit de divulgation. Quelles peuvent être les limitations mises en place ? On pense d'abord au devoir de réserve de l'agent, qui impose à l'agent une certaine réserve dans la critique de l'action administrative. En cas de violation de son obligation de réserve, l'agent peut être sanctionné. Par ailleurs, le droit de divulgation de l'auteur n'a jamais été conçu comme un droit à la divulgation. L'auteur, qu'il

¹⁴⁶² Loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006, art. 50.

¹⁴⁶³ Rép. quest. écrite n°601 (question du 7 juill. 1988) : JO Déb. Sénat 15 sept. 1988, p.1025 ; JCP G 1998, IV, p.354 : on notera le texte exact de la réponse qui exclut l'application du droit moral et fonde sa réponse sur le statut des fonctionnaires : « *le fait qu'un enseignant puisse voir son patronyme figurer sur l'œuvre qu'il a produite pour les besoins de son service ne relève juridiquement pas du droit au nom posé par l'article 6 de la loi du 11 mars 1957 précitée mais de l'obligation qui s'impose à tout fonctionnaire responsable de signer les actes qu'il prend dans l'exercice de ses compétences* ».

soit indépendant, salarié ou agent public, ne peut donc jamais imposer la divulgation à un exploitant¹⁴⁶⁴. En revanche, le contrôle de la divulgation de l'œuvre permet à l'Administration d'interdire toute divulgation de l'œuvre, toute exploitation de l'œuvre même par un autre exploitant que l'Administration. En ce sens, l'encadrement du droit de divulgation est une prérogative fondamentale pour l'Administration. On peut s'interroger sur la conciliation des dispositions du statut relatives à ce contrôle et la liberté d'expression qui est constitutionnellement garantie. A ce propos, l'article 10 de la CEDH prévoit que « *toute personne a droit à la liberté d'expression [qui] comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques* ». Il admet toutefois des réserves car « *l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* ». Les limites à la liberté d'expression acceptées par le droit européen sont donc rares. Les dispositions statutaires applicables aux agents publics ne devraient donc porter atteinte à leur liberté d'expression, notamment en cas d'interdiction de toute divulgation de l'œuvre, que dans les cas prévus par l'article 10, 2° de la CEDH. En revanche, l'auteur ne bénéficie pas d'un droit à la divulgation et ne peut imposer la divulgation d'une œuvre à l'Administration. C'est en cela que l'auteur agent public et l'Administration doivent s'accorder sur la forme de l'œuvre communiquée au public sous le nom de l'Administration. Par ailleurs, le droit de divulgation est le droit d'autoriser ou d'interdire la communication d'une œuvre au public : l'auteur est donc seul juge de

¹⁴⁶⁴ Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1995, n°93-10945, l'auteur invoquait le droit à la paternité et la perte de notoriété résultant de la non-exploitation de son œuvre. La cour rétorque que « *la perte de notoriété invoquée par M. X... comme résultant de l'inexploitation des œuvres relève des droits patrimoniaux de l'auteur, et non de la protection du droit moral de l'auteur sur son nom ; que, dès lors, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que le préjudice ainsi allégué ne pouvait pas être assimilé à une atteinte au respect dû au nom de l'auteur* ». V. également CA Paris, 28 mai 2003 : CCE 2003, comm. n°102, note C. Caron : la cour rejette sur le même motif (l'inexploitation de l'œuvre ne porte pas atteinte au droit moral de l'auteur) le recours de l'auteur (également réalisateur audiovisuel qui avait tourné un documentaire sur le Ballet du Nord, incluant des captations d'œuvres dont l'association Ballet du Nord détenait les droits) contre le Ballet du Nord qui interdisait la diffusion du film. L'affaire Dubuffet contre régie Renault (Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 1983 : Bull. n°101) ne doit pas ici être considérée comme une exception : la régie Renault s'était engagée contractuellement à réaliser les travaux de construction de l'œuvre architecturale dont elle avait commandé les plans et maquettes à Jean Dubuffet. Elle s'était contractuellement réservé le droit de renoncer à l'édification de l'œuvre, ce à quoi elle avait renoncé en commençant les travaux. Elle ne pouvait plus dès lors se soustraire à ses obligations contractuelles (construire l'œuvre créée par Dubuffet). Le juge n'a pas consacré ici un droit à la divulgation.

l'achèvement de l'œuvre, de sa communicabilité et de sa patrimonialité¹⁴⁶⁵. Il ne pourra toutefois pas exciper de son droit de divulgation pour se soustraire à ses obligations statutaires, par exemple refuser la divulgation d'une note ou d'un rapport qu'il a été chargé de rédiger dans le cadre de ses fonctions, sans encourir une sanction. Reste à savoir si le supérieur hiérarchique peut exercer le droit de divulgation contre la volonté de l'agent. La loi se contentant de renvoyer aux dispositions statutaires, c'est donc à elles que reviendra la charge de déterminer l'étendue des pouvoirs du supérieur.

397. **Droit de repentir et de retrait.** On remarquera que l'agent ne peut plus, une fois l'œuvre divulguée, exercer son droit de repentir et de retrait, sauf accord de l'autorité investie du pouvoir hiérarchique. Ce n'est donc pas l'exercice de cet attribut du droit moral qui est limité mais la disparition de l'attribut qui est visée, la survivance du droit de retrait et de repentir n'étant plus qu'à la discrétion de l'autorité hiérarchique. On remarquera que de tous les attributs du droit moral¹⁴⁶⁶, le droit de retrait et de repentir était le seul à subir des limitations puisque l'auteur devait indemniser le cessionnaire préalablement au retrait de l'œuvre. C'est aussi pour cet attribut que la dérogation au régime général va le plus loin. L'exercice du droit de retrait et de repentir est en pratique rare, il ne peut léser l'exploitant puisque celui-ci sera indemnisé. On peut donc s'interroger sur l'opportunité de la dérogation. L'Administration était déjà protégée contre l'existence d'un quelconque préjudice, la dérogation lui permet donc simplement de pouvoir maintenir l'accès au public de l'œuvre. S'agit-il ici de préserver l'intérêt des missions de service public en permettant la conservation et la communication des documents administratifs ? Toute œuvre créée par un agent public n'est pourtant pas une donnée publique. On peut s'interroger sur le fondement de cette disposition, qui n'apparaît pas absolument nécessaire et qui, à tout le moins, aurait pu être réservée au cas où l'intérêt du service ou l'exercice des missions de service public l'exigent, comme c'est le cas des dérogations au droit au respect.

398. **Droit au respect.** Le droit au respect de l'œuvre que peut opposer l'agent à sa hiérarchie est lui aussi limité puisque l'agent ne peut s'opposer à la modification de l'œuvre décidée dans l'intérêt du service par l'autorité hiérarchique, lorsque cette modification ne porte pas atteinte à son honneur ou à sa réputation. On remarque donc que la modification de l'œuvre sur ordre du supérieur hiérarchique est doublement encadrée : la hiérarchie devra justifier de l'intérêt du service et doit respecter un droit moral minimal, tel qu'il est défini dans

¹⁴⁶⁵ Cf. supra n°265 et 270.

¹⁴⁶⁶ On excepte ici le droit moral de l'auteur d'un logiciel dont le contenu et l'exercice sont différents.

la convention de Berne : l'absence d'atteinte à l'honneur et la réputation de l'auteur. Il convient néanmoins de noter que ces limites sont relativement souples. La notion d'intérêt du service peut être plus large que les nécessités de l'exécution des missions de service public. On peut ici s'interroger sur le risque de censure sous couvert d'intérêt du service. On sait que tout fonctionnaire est déjà soumis à un régime de liberté d'expression restreint, la loi sur le droit d'auteur vient renforcer cet état en permettant, au-delà de la sanction de l'agent ayant outrepassé les limites fixées par son devoir de réserve, que le supérieur hiérarchique opère lui-même, *a priori*, les modifications de l'œuvre qui lui paraissent nécessaires. Par ailleurs, la référence au seul respect de l'honneur et de la réputation de l'auteur, comme en matière de logiciel¹⁴⁶⁷, emporte un changement de nature du droit moral. En effet, ce n'est plus l'œuvre en tant que telle qui est protégée mais l'auteur. Le droit moral devient un relais des droits de la personnalité puisque la protection de l'honneur et de la réputation de l'auteur relève de la protection de la personnalité de l'auteur non plus telle qu'elle s'est exprimée dans l'œuvre mais telle qu'elle est révélée par l'œuvre. En principe, le droit moral vise à assurer non pas la protection de la personnalité de l'auteur en tant que telle mais la protection d'une œuvre spécifique, individualisée et identifiée. Le droit moral ne peut logiquement même pas permettre la protection de l'Œuvre au pluriel¹⁴⁶⁸ au sens de l'ensemble des œuvres créées par un même auteur. Or, si l'auteur agent public n'est protégé qu'à l'encontre de l'atteinte à son honneur et sa réputation, ce n'est plus la forme de l'œuvre qui est protégée, c'est à dire la forme telle qu'elle a été conçue et réalisée par l'auteur qui l'a donc marquée de l'empreinte de sa personnalité, mais la personnalité de l'auteur, qui est mise en exergue par la signature de l'œuvre : l'œuvre modifiée par le supérieur hiérarchique reste attribuée à l'auteur, qui doit donc assumer la responsabilité esthétique d'une œuvre dont il n'a pas entièrement maîtrisé la forme. La modification de l'œuvre ne doit donc pas porter atteinte à son honneur et sa réputation, de manière à ce que cette œuvre altérée n'entache pas sa réputation d'artiste, son Œuvre au pluriel. On comprend ici que le droit moral a changé de nature : il ne garantit plus le pacte culturel entre l'auteur et l'amateur mais garantit que l'auteur ne sera pas associé au succès, ou l'insuccès, d'une œuvre qu'il désapprouve. On peut d'ailleurs s'interroger sur l'appréciation de cette atteinte à l'honneur et à la réputation : l'auteur sera-t-il seul juge de cette atteinte, devra-t-il s'en remettre au juge, un recours hiérarchique est-il envisageable ? Certes, comme l'a démontré le Professeur Christophe Caron, aucun droit ne peut par nature être arbitraire, tout

¹⁴⁶⁷ CPI, art. L.121-7.

¹⁴⁶⁸ V. D. Lefranc, *La renommée en droit privé*, préc. distinguant l'œuvre au singulier et l'œuvre au pluriel, l'œuvre en minuscule et l'œuvre en majuscule, V. aussi H. Arendt, préc. ou M. Guérin, préc., évoquant à propos de l'Œuvre l'Action entreprise par l'artiste.

droit est susceptible d'abus. L'exercice du droit moral du vivant de l'auteur est relativement peu soumis à contrôle, même au nom de l'intérêt général et de la « répression de l'usage antisocial des prérogatives juridiques », la solution paraissant trop « dangereuse »¹⁴⁶⁹ : le droit moral est alors moins susceptible d'abus que de fraude¹⁴⁷⁰. Mais tel n'est pas l'esprit de la réforme¹⁴⁷¹. Une conciliation des intérêts en présence pourrait être mise en place en permettant au moins à l'auteur de pouvoir renier la paternité de l'œuvre modifiée¹⁴⁷². A l'inverse, l'Administration peut-elle exploiter l'œuvre sans indiquer le nom de l'auteur, dès lors que l'œuvre a subi des modifications auxquelles s'oppose l'agent¹⁴⁷³ ? En l'absence d'identification de l'auteur de l'œuvre, celui-ci ne pourra pas alléguer une atteinte à l'honneur et à la réputation. Dès lors, y a-t-il vraiment une limite à l'étendue du pouvoir de modification du supérieur hiérarchique, hormis l'intérêt du service ? Nombreux sont les auteurs qui critiquent ces dispositions¹⁴⁷⁴ : certes, on comprend qu'un agent ne doit pas pouvoir empêcher l'exercice des missions de service public de son Administration, ces dispositions ne s'imposaient pas pour autant, d'abord car l'agent est subordonné à son Administration et qu'à ce titre, son droit moral ne saurait être absolu mais, au contraire, doit s'exercer conformément aux dispositions de son statut ; ensuite car l'agent ne saurait commettre d'abus de droit ; enfin car l'Administration pouvait invoquer en cas de difficultés l'inopposabilité des droits des particuliers¹⁴⁷⁵. Le régime spécial du droit moral des agents publics, au-delà des implications en termes de nature du droit moral, de compatibilité avec les droits de l'Homme et notamment la liberté d'expression et le

¹⁴⁶⁹ C. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, publications de l'IRPI, n°17, avant-propos A. Françon, p.265

¹⁴⁷⁰ Cf. supra n°265.

¹⁴⁷¹ On remarquera les insistance, non vaines, de l'Administration, puisque des dispositions relatives à la limitation du droit moral ont été introduites dans le projet de loi relatif au DADVSI, alors même que le CSPLA, qui s'était penché sur la question, avait rejeté les prétentions de l'Administration en la matière, les jugeant inopportunes : V. avis précité.

¹⁴⁷² Le droit à la paternité n'ayant pas été modifié par la loi du 1^{er} août 2006 et le droit à la paternité ayant toujours été compris comme étant un droit à l'anonymat.

¹⁴⁷³ Le droit à la paternité est le seul attribut préservé : toutefois, si l'œuvre divulguée par le supérieur hiérarchique est une œuvre modifiée par le supérieur hiérarchique, sous quel nom cette œuvre doit-elle être divulguée ? Le seul nom du supérieur hiérarchique qui a déterminé la forme divulguée, même si les modifications qu'il a apportées sont mineures ?

¹⁴⁷⁴ A. Tricoire, « Quand le projet est mis à nu, l'auteur l'est aussi », D. 2006, p. 1162 ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, préc., n°277 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, préc. n°470. V. également le rapport du CSPLA, commission spécialisée portant sur les créations des agents publics, disponible sur <http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/agents%20publics%20-%20rapport.pdf>, p. 14, concluant à l'absence de nécessité de prévoir des exceptions à l'exercice du droit moral.

¹⁴⁷⁵ V. en ce sens, P. Gaudrat, *La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création*, préc. ; pour une paralysie des droits, J.-E. Schoettl, préc.

droit du public à l'information, conduit presque à la négation de l'objectif affiché par la loi du 1^{er} août 2006, reconnaître expressément et donc affermir le droit d'auteur des agents publics. Tel est aussi le cas du régime spécial des droits patrimoniaux

ii. Dérogations au droit commun de la cession

399. **Étendue de la cession.** Si les œuvres des agents publics sont soumises à des droits patrimoniaux de même nature que ceux portant sur les autres œuvres littéraires et artistiques non logicielles, la cession de ces droits est régie par des dispositions spéciales aux œuvres des agents publics, créées dans l'exercice de leurs fonctions. Ce régime figure aux articles L.131-3-1 à L.131-3-3 du Code de la propriété intellectuelle. Le premier article présente le mécanisme spécial de cession applicable aux agents de l'État. Le second étend le champ d'application du premier aux agents publics des collectivités territoriales, établissements publics à caractère administratif, aux autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale et à la Banque de France. Le troisième prévoit l'existence d'un décret d'application, décret en Conseil d'État qui doit notamment déterminer comment l'agent est associé aux résultats d'exploitation de son œuvre. La principale dérogation au droit commun de la cession concerne l'exploitation pour l'accomplissement des missions de service public, puisqu'en ce cas, l'Administration employeur bénéficie d'une cession de plein droit et dès la création du droit d'exploitation. Le mécanisme mis en place est donc dérogoire dans la mesure où il prévoit une cession automatique, sans écrit, ni même consentement de l'agent. On peut s'interroger sur l'étendue de cette cession. En effet, la cession de droit d'auteur est en principe limitée : selon l'article L.131-3, « *la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et 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* ». Les articles L.131-3-1 et suivants mettent en place des dérogations en faveur de l'Administration facilitant l'exploitation des œuvres créées par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions, on peut donc se demander si cette dérogation est complète (la cession n'aurait alors pas à être délimitée, les œuvres des agents publics feraient donc l'objet d'une cession totale et automatique) ou relative (la cession n'aurait pas à être délimitée contractuellement selon les critères classiques mais selon les besoins de l'exploitation mise en œuvre par l'Administration, il s'agit toutefois d'une cession partielle). La rédaction de l'article L.131-3-1 invite à penser que les œuvres des agents publics ne sont soumises qu'à cession partielle puisqu'il précise que le droit d'exploitation est cédé de plein droit à l'État « *dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public* ». Il semble donc qu'à moins que la référence à l'accomplissement des missions de service public ait plus valeur justificative (expliquant le fondement de la dérogation) que

restrictive (délimitant le champ de l'exception), la cession devrait être considérée comme partielle. Elle emporte certes cession tant du droit de représentation que du droit de reproduction lorsqu'elle est nécessaire à la mise en œuvre de l'exploitation envisagée par l'Administration pour accomplir ses missions de service public mais elle est limitée aux nécessités de ces missions (quant à la durée, au lieu, à l'étendue et surtout à la destination de l'exploitation). Cette hypothèse est corroborée par le fait que le second alinéa de cet article prévoit un autre mécanisme de cession pour l'exploitation commerciale : l'Administration bénéficie en ce cas d'un droit de préférence, ce qui en soit constitue déjà une dérogation au droit commun¹⁴⁷⁶, mais doit néanmoins conclure un contrat d'exploitation avec l'agent. Il paraîtrait donc logique de considérer que le mécanisme consacre une cession automatique délimitée par sa destination (l'exploitation dans le cadre des missions de service public de la collectivité employeur), et un droit de préférence en faveur de l'Administration employeur pour la destination commerciale. L'analyse est séduisante mais n'est pas celle du député rapporteur, M. Vanneste, qui met en exergue, lui, la cession de plein droit, intervenant dès la création, et considère que la cession automatique est totale *ab initio* et que ce n'est qu'à titre exceptionnel, que l'exploitation commerciale emporte rétrocession rétroactive du droit d'exploitation à l'auteur agent public, de manière à ce que celui-ci puisse contractuellement céder ses droits à l'Administration. L'analyse a le mérite d'empêcher l'agent de prendre l'initiative d'une exploitation commerciale. En effet, si la cession automatique est totale *ab initio*, l'agent ne peut jamais envisager une exploitation commerciale de son propre chef. Ce n'est que l'Administration qui pourra lui proposer une rétrocession aux fins de cession en cas d'exploitation commerciale. On comprend aisément la faible latitude de négociation de l'agent, qui ne peut qu'interdire l'exploitation commerciale de l'œuvre. La différence d'analyse est fondamentale : elle emporte des conséquences quant au droit de l'agent et quant à l'étendue du droit de préférence de l'Administration.

400. **Contrepartie à la cession.** La vente suppose en principe l'existence d'un prix¹⁴⁷⁷. On sait toutefois que la cession de droits d'auteur peut être gratuite¹⁴⁷⁸. On peut penser que l'exploitation dans le cadre d'une mission de service public ne donne lieu à contrepartie financière qu'à la condition d'avoir été elle-même rémunératrice : l'agent est intéressé aux produits de l'exploitation lorsque l'Administration a retiré un avantage de l'exploitation, il

¹⁴⁷⁶ Encore qu'on puisse aussi considérer, même en l'absence de dispositions spéciales, que l'employeur bénéficie d'un droit de préférence pour exploiter les œuvres de ses salariés, cf. infra n°511.

¹⁴⁷⁷ Cciv., art.1582.

¹⁴⁷⁸ CPI, art. L.122-7.

s'agit probablement d'un avantage financier. L'Administration retire toujours un avantage non pécuniaire de l'exploitation, ne serait-ce que parce que l'exploitation lui permet d'accomplir ses missions de service public. Il paraît difficile d'imaginer que l'Administration puisse investir dans une exploitation qui lui est indifférente, contraire à ses intérêts, voire nuisible. Si l'on se réfère au projet de loi, il est clair qu'une rémunération de l'agent n'était prévue que pour les exploitations rémunératrices : soit parce que l'exploitation était commerciale (peu importait alors qu'elle soit ou non bénéficiaire), soit parce que l'exploitation non commerciale avait été bénéficiaire. Le texte en vigueur doit être interprété dans ce même sens. Si le texte du projet de loi a été quelque peu amélioré ou clarifié lors des débats parlementaires¹⁴⁷⁹, certaines difficultés d'interprétation du texte persistent.

iii. Difficultés persistantes

401. On a déjà évoqué les difficultés relatives à la délimitation du champ de la cession. On attend par ailleurs le décret d'application pour obtenir des éclaircissements quant à l'exercice du droit de préférence. Enfin, l'exception à L.131-3-1, alinéa 2¹⁴⁸⁰, n'est pas claire.

402. **Définition de l'exploitation commerciale.** Le texte prévoit que l'Administration ne dispose que d'un droit de préférence en cas d'exploitation commerciale de l'œuvre créée dans l'exercice des fonctions ou d'après les instructions reçues. Il convient donc de distinguer exploitation réalisée dans le cadre d'une mission de service public et exploitation commerciale, et donc de définir l'exploitation commerciale. Plusieurs critères pourraient être envisagés : caractère gratuit ou non de l'exploitation ; caractère accessoire à la mission de service public, par opposition à la « *mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public* » (ce qui suppose de définir les contours et limites de la mission de service public de l'Administration employeur¹⁴⁸¹) ou caractère apprécié en fonction de la destination de

¹⁴⁷⁹ Introduction de l'article L.131-3-2 pour traiter séparément le cas des agents publics non employés par l'État de manière à ne pas compliquer inutilement la rédaction de l'article L.131-3-1, consacré essentiellement au mécanisme mis en place, exclusion des agents indépendants dans l'exercice de leur fonction.

¹⁴⁸⁰ Excluant le droit de préférence dans le cas d'activités de recherche scientifique menées par un établissement public à caractère scientifique et technologique ou d'un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel, lorsque ces activités font l'objet d'un contrat avec une personne morale de droit privé.

¹⁴⁸¹ Or le caractère d'intérêt général, « but » de l'activité du service public est défini par la puissance publique elle-même, ce qui donne une grande latitude aux administrations. V. considérant que la notion est une notion protéiforme et en constante extension : J.-F. Lachaume, C. Boiteau, H. Pauliat, *Droit des services publics*, Armand Colin, 3^e éd., 2004, p. 28 et s.

l'œuvre¹⁴⁸². Une partie de la doctrine invite à focaliser le régime applicable aux œuvres de l'esprit créées par des agents publics sur la définition de la « *mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public* »¹⁴⁸³; une autre sur celle d'exploitation commerciale¹⁴⁸⁴. Le critère de la gratuité de la diffusion doit semble-t-il être écarté. La notion de service public, même administratif, n'implique pas celle de gratuité¹⁴⁸⁵. D'abord, les services publics peuvent être financés, en tout ou partie, par la perception de redevances, c'est même le principe pour les services publics industriels et commerciaux¹⁴⁸⁶. Par ailleurs, l'article L.131-3-3 prévoit qu'une exploitation non commerciale peut procurer un avantage à l'Administration : à moins qu'il ne s'agisse ici que d'avantages non financiers ou d'avantages financiers indirects¹⁴⁸⁷, l'exploitation non commerciale doit pouvoir ici être entendue comme onéreuse, voire bénéficiaire. Ensuite, elle peut développer une activité commerciale accessoire à ses missions principales. Enfin, les services publics industriels et commerciaux qui ne sont pas

¹⁴⁸² M. Cornu, « Droits d'auteur des fonctionnaires : le périmètre contenu de l'exception de service public », D. 2006, p.2185, partant des éléments fournis par M. Vanneste et qui espère des précisions dans les décrets d'application, au vu des difficultés d'interprétation des textes.

¹⁴⁸³ M. Cornu, préc., qui invite à retenir une acceptation stricte de cette mesure, dès lors qu'il s'agit d'une exception. Pour exemple, elle exclut toute mission d'édition au profit des forces navales et des armées ; de la même manière, elle exclut toutes les œuvres issues des services de communication, dès lors que l'activité de ces services n'est pas « strictement nécessaire » à l'accomplissement de ses missions par l'Administration.

¹⁴⁸⁴ J. Mel, « Les créations de fonctionnaires », CCE 2006, étude 31.

¹⁴⁸⁵ P. Esplugas, *Le service public*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2^e éd., 2001, p. 39 : rappelant que la gratuité n'est pas un principe général du droit des services publics mais un de ses « traits saillants » (citant M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 3^e éd., 1933, p.56) et que seuls les services publics rendus obligatoires par la Constitution ou la loi ont à être gratuits. V. également, G. J. Guglielmi, « L'introuvable principe de gratuité du service public », in G. Koubi et G.J. Guglielmi (dir.), *La gratuité, une question de droit ?*, L'Harmattan, 2003, coll. Logiques juridiques, p. 39, notant que « l'idéal type de service public semble faire de la gratuité des prestations un de ses éléments consubstantiels », que la jurisprudence administrative a fait de la gratuité un indice pour la qualification et l'appréciation de la légalité d'activités de service public, que la gratuité ne constitue pas aujourd'hui « un principe juridique positif de fonctionnement du service public » mais qu'il pourrait l'être. Pour de plus amples développements, V. G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, Montchrestien, 3^e éd., 2011, n°1265 et s. *Contra* considérant que le principe de gratuité n'est plus conforme à la conception actuelle des services publics, fortement influencée par l'analyse économique et que d'autres principes, comme celui de « service universel » pourrait constituer un « substitut dynamique d'un point de vue économique et opérationnel d'un point de vue juridique à l'introuvable principe de gratuité des services public » : S. Braconnier, *Droit des services publics*, PUF, coll. Thémis droit, 2^e éd., 2007, p. 86 : « le principe de gratuité ne peut, en effet, trouver dans la conception économique du service public qui prévaut aujourd'hui la justification théorique et la pertinence pratique qui lui font défaut ».

¹⁴⁸⁶ S. Braconnier, préc., p. 346 et s., exposant les conditions et modalités de tarification du service public et rappelant que même les services publics administratifs peuvent faire l'objet d'une tarification, l'important étant que qu'il y ait une corrélation entre les redevances perçues et le service rendu.

¹⁴⁸⁷ Cette hypothèse semble improbable : il s'agirait ici d'associer l'agent public créateur aux fruits non financiers de l'exploitation de sa création (alors que le principe d'association aux fruits financiers paraît déjà contesté par un certain nombre d'administrations) ou aux fruits financiers de l'exploitation du service public dont le volume aurait augmenté du fait de l'exploitation de la création. L'hypothèse n'est pas plausible.

gérés par des personnes privées ou des établissements publics à caractère industriel et commercial, mais en régie directe par des collectivités territoriales dont les agents ont bien la qualité d'agents publics, ont clairement vocation à la rentabilité, il en est de même dans une mesure plus nuancée des services publics administratifs¹⁴⁸⁸. Les principes dégagés par la jurisprudence antérieure à la loi DADVSI révèle une tendance à considérer la notion de service public plus strictement en matière de propriété littéraire et artistique qu'en droit administratif, encore qu'on puisse s'interroger sur des éventuelles divergences entre juridictions judiciaires et administratives. Ainsi, la Cour de cassation¹⁴⁸⁹, dans une décision relative à un artiste-interprète agent public, a-t-elle considéré que l'exploitation d'une œuvre enregistrée par l'orchestre municipal en vue d'assurer la promotion de la ville ne relevait pas des missions de service public de l'orchestre. C'est là admettre une conception stricte des missions de l'orchestre, qui dépend de la ville : la ville a bien une mission de promotion du territoire qui peut passer par toute action contribuant à son rayonnement. Par ailleurs, la cour administrative d'appel de Versailles¹⁴⁹⁰ a considéré que les missions de service public de l'Université recouvraient la distribution de photocopies de cours aux étudiants. Aucun texte n'impose, ni n'envisage cette distribution qui relève de l'usage dans certains établissements et certaines disciplines¹⁴⁹¹. Pourtant, la cour administrative d'appel considère que cette exploitation relève des missions de service public de l'Université, que l'enseignant qui a conçu et réalisé cet ouvrage certes de sa propre initiative mais dans le cadre de « l'exécution de [ses]

¹⁴⁸⁸ Les services publics industriels et commerciaux sont financés majoritairement par les usagers, c'est l'un des critères de distinction entre ces services et les services publics administratifs. Sur le principe de rentabilité, G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, préc., n°1372 et s.

¹⁴⁸⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 2005 : CCE 2005, comm. n°64, note C. Caron ; RLDI, avr. 2005, n°114, p. 17, obs. Costes ; D. 2005, act. Jurispr. P. 1353, note Allaëys ; RIDA juill. 2005, p.439, obs. Kérever ; JCP G 2005, IV, 1822 ; JCP E 2005, 1216, §9, obs. Le Mestre et Lallement.

¹⁴⁹⁰ CAA Versailles, 15 mars 2007 : CCE 2007, comm. n°69, note C. Caron. Il convient de noter que l'agent en cause n'était pas un enseignant-chercheur mais un vacataire, chargé d'enseignement, dont le photocopié des cours était distribué à l'ensemble de la promotion et pas seulement à ses étudiants, et ce même après sa démission. Une telle hypothèse serait impossible sous l'empire de la réforme de 2006, qui ne s'applique pas aux agents dont la divulgation des œuvres n'est soumise à aucun contrôle de l'autorité hiérarchique. On notera par ailleurs qu'il convient d'appliquer strictement l'exception, donc d'en restreindre le champ de l'exception aux agents publics, à l'exclusion des contractuels relevant du droit privé. Pour un point sur le droit d'auteur des enseignants, et expliquant qu'il convient de distinguer selon les catégories d'enseignant (du primaire et du secondaire, d'une part ; du supérieur, d'autre part) : C. Bernault, « Le droit d'auteur des enseignants : l'enseignant est-il un fonctionnaire comme les autres ? », CCE 2010, études n°6.

¹⁴⁹¹ Le code de l'Éducation ou celui de la recherche ne prévoient que des dispositions très larges quant aux missions de l'Université ou quant aux obligations des chargés d'enseignement. L'université a notamment pour mission la diffusion des connaissances et des résultats de la recherche, ce qui peut englober la diffusion de toute ressource pédagogique ou scientifique. V. également l'analyse de C. Bernault, préc., concernant les missions des enseignants-chercheurs suite au décret n°2009-460 du 23 avril 2009.

obligations de service public » ne pouvait donc s'opposer ni à la reproduction et à la distribution de son cours aux étudiants, ni à son utilisation par d'autres professeurs, notamment ceux qui l'ont remplacé après sa démission (l'espèce concernait ici un vacataire). Ces exploitations n'exigeaient pour la cour ni le consentement de l'auteur, ni la conclusion d'un contrat de cession de droits d'auteur. Il est important de noter que les missions de service public d'une Administration ne sont pas définies *a priori* par la loi ou par décret. Certaines le sont mais une collectivité territoriale, un établissement public administratif peut développer une activité spécifique dès lors que celle-ci correspond aux critères du service public et respecte les principes de répartition des compétences et le principe de spécialité¹⁴⁹². Aussi peut-on s'interroger sur le sens que le législateur donne à l'expression « *dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public* ». S'agit-il d'exclure les activités qui n'ont pas été prévues par une loi ou par un règlement, s'agit-il de ne considérer que les missions de service public principales de chaque Administration ou s'agit-il de retenir toutes les exploitations rattachables à une mission de service public¹⁴⁹³ mais de limiter l'étendue de la cession aux nécessités de ces exploitations ? Par ailleurs, faut-il mettre en relation la limitation à l'accomplissement des missions de service public et le fait que la cession de plein droit vaut dès la création ? En ce cas, on pourrait penser que seules les exploitations prévisibles au moment de la création, eu égard aux missions de service public de l'Administration employeur, permettent la mise en œuvre de la cession automatique. On pourrait ainsi expliquer les jurisprudences respectives de la Cour de cassation et de la cour administrative d'appel de Versailles sus-énoncées : autant l'exploitation par l'Université employeur était dès l'origine

¹⁴⁹² V. G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, préc., n°315 et s., spéc. n°394, notant que le pouvoir de création de services publics de l'État a longtemps été illimité, qu'il ne l'est plus aujourd'hui mais reste très étendu ; et n°446, notant à propos du pouvoir de création des établissements publics, que le principe de spécialité a toujours été entendu d'une manière très souple et permet d'exercer des « *activités qui sont le complément de sa mission et qui présentent un intérêt direct pour l'amélioration des conditions d'exercice de celle-ci* » (citant ici CE, 15 juill. 1992, avis n°352.281). On peut se demander si, avec l'essor des techniques audiovisuelles et multimédia au service de l'enseignement notamment via la création des espaces numériques de travail et des universités numériques, et les politiques volontaristes de la plupart des universités pour la mise en ligne de ressources pédagogiques et scientifiques, la mission d'enseignement ne comprend pas aujourd'hui la mise à disposition non seulement du photocopié du cours, ou du diaporama, mais aussi leur mise en ligne, voire la diffusion de conférences audiovisuelles, documentation, support de cours etc. Or de telles exploitations ont nécessairement des répercussions sur l'exploitation commerciale de ces mêmes œuvres pédagogiques et scientifiques (ou celles d'autres professeurs) via les éditeurs privés ou publics. Le modèle économique de l'édition scientifique et pédagogique (au moins de niveau de l'enseignement supérieur), le contour des missions de service public des établissements sont ainsi modifiés.

¹⁴⁹³ A ce titre, la consécration d'un service public de diffusion des informations publiques, et la mise en place d'un portail commun à toutes les administrations, pour une analyse complète et la critique de l'absence de prise en considération de l'ordonnance n°2005-650 du 6 juin 2005 transposant la directive n°2003/98/CE du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public : G. Lambot, « L'agent public, l'auteur et la libre réutilisation des informations publiques », *RLDI* 2011, n°73, p. 95, n°2440.

prévisible pour l'agent puisqu'il s'agissait d'une exploitation déjà en usage au moment de la création ; autant l'exploitation d'un enregistrement de l'orchestre municipal à des fins publicitaires n'était pas prévisible au moment de l'enregistrement. On observera la différence de situation des agents dans les espèces en cause : l'un a fourni un exemplaire de son œuvre dans une forme en permettant l'exploitation critiquée à son employeur, alors même que l'exploitation principale, diffusion orale dans le cadre de ses enseignements ne requerrait pas cette forme ; l'autre a vu son interprétation exploitée sous une forme (sonorisation d'une œuvre audiovisuelle) et pour une destination (promotion de la ville) qui ne relevaient pas au moment de l'interprétation et de sa fixation des missions usuelles de l'orchestre¹⁴⁹⁴. On remarquera aussi que l'agent de l'Université avait été intéressé à l'exploitation : bien que l'exploitation était non commerciale, comme l'Administration percevait une redevance pour service rendu, elle octroyait une rémunération proportionnelle au nombre d'exemplaires vendus du polycopié. Le décret d'application précisera sans doute si la seule perception d'une taxe pour service rendu emporte obligation ou non d'intéresser l'agent, et dans quelle mesure, ou si les exploitations bénéficiaires doivent seules emporter rémunération¹⁴⁹⁵. Enfin, une exploitation publicitaire, même non bénéficiaire¹⁴⁹⁶, peut-elle être considérée comme une exploitation commerciale ? Dans ce cas, toute exploitation dans le cadre d'une action de communication relève-t-elle d'une exploitation commerciale ? Le décret d'application révélera si une réponse positive oblige à rémunération¹⁴⁹⁷. Il faut espérer qu'il définisse également la nature et le contenu du droit de préférence dont bénéficie l'Administration en cas d'exploitation commerciale. On a notamment pu douter de sa nature : doit-il s'entendre au sens du droit de préférence dont bénéficie l'éditeur, ce qui pourrait se comprendre pour une disposition relevant du droit d'auteur, de celui du bénéficiaire d'un pacte de préférence, ou d'un droit de préemption, mécanisme classique du droit administratif ? Permet-il à l'Administration de prendre l'initiative d'une exploitation commerciale, à laquelle l'auteur devra cependant consentir et pour laquelle un contrat de cession de droits devra être conclu ?

¹⁴⁹⁴ La qualité d'agent public de l'artiste-interprète n'emporte donc pas en ce cas de dérogation au droit commun, selon lequel la sonorisation d'une œuvre audiovisuelle grâce à des phonogrammes du commerce : CA Paris, 11 janv. 2000 : RIDA 2001, n°187, p.286, obs. Kérever ; RDPI 2001, n°126, 22 ; Légipresse 2000, 172, I, 73 ; CA Paris, 19 sept. 2001 : RIDA 2002, n°191, p.303, obs. Kérever ; CA Paris, 2 oct. 1991 : Juris-Data, n°1991-024178. On notera que la loi DADVSI étant silencieuse sur le sort des droits des artistes-interprètes agents publics, on peut s'interroger sur la pérennité de la jurisprudence du 1^{er} mars 2005, appliquant les principes dégagés en matière de droit d'auteur au droit voisin des artistes-interprètes.

¹⁴⁹⁵ On observera l'insuffisance des débats parlementaires sur la question.

¹⁴⁹⁶ Diffusion sans contrepartie financière de spots publicitaires par exemple.

¹⁴⁹⁷ On notera en effet que la rédaction initiale du texte prévoyait une rémunération pour toutes les exploitations commerciales, y compris non bénéficiaires.

Permet-il à l'Administration d'engager la responsabilité de l'auteur qui mènerait une exploitation commerciale de l'œuvre sans l'avoir préalablement proposée à l'Administration, d'interdire à l'auteur une exploitation par un tiers, qu'elle ne souhaite pas, à charge éventuellement pour elle de la mener elle-même, selon les conditions qu'elle détermine ou selon les conditions négociées par l'auteur avec le tiers ? On s'interroge également sur le champ d'application de cette disposition : s'agit-il des exploitations menées en dehors de la stricte nécessité des missions de service public, des exploitations non gratuites, des exploitations ne relevant d'aucune mission de service public ? Le dispositif mis en place par la loi du 1^{er} août 2006 suscite encore beaucoup de question. Sa mise en œuvre est complexe, l'absence de décrets d'application le rend inapplicable et quasiment abscons. En tout cas, il ne semble pas avoir résolu les difficultés pratiques qu'invoquait l'Administration pour en faire un chantier de réforme prioritaire en 2001.

403. **Exception relative aux contrats de recherche public-privé.** L'article L.131-3-1, alinéa 2, *in fine*, exclut l'application du droit de préférence en cas de contrat de recherche conclu entre des organismes publics de recherche et des entreprises privées. On peut s'interroger sur la portée de cette disposition : si le droit de préférence ne s'applique pas, est-ce à dire qu'aucun des partenaires, publics ou privés, ne bénéficient d'une préférence en cas de cession des droits par l'agent et que l'agent est libre de proposer l'exploitation à tout exploitant potentiel ; ou cela signifie-t-il qu'en cas d'exploitation commerciale, l'Administration ne bénéficie pas d'un simple droit de préférence mais bien d'une cession automatique des droits. Les débats parlementaires ont clairement envisagé que l'Administration devait être cessionnaire des droits de manière à sécuriser l'exploitation, notamment par le partenaire privé, des œuvres créées par les agents dans le cadre de ces contrats¹⁴⁹⁸. Il est en effet essentiel pour que l'Administration puisse céder les droits à son partenaire qu'elle en soit propriétaire. L'enchevêtrement de ces dispositions intriquant les exceptions à l'exception laisse dubitatif sur la construction d'ensemble.

404. Pour les agents publics créateurs de logiciel, la situation est plus claire. En effet, les auteurs salariés de logiciels sont soumis à un régime spécifique qui s'applique aux agents publics : l'exception due au statut cède devant l'exception due au genre de l'œuvre, plus radicale encore dans les principes qu'elle met en place.

¹⁴⁹⁸ V. notamment les débats des séances du 16 mars 2006, disponible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/031206.asp>.

2. Dérogation due au genre de l'œuvre : la création subordonnée d'un logiciel

405. **Le logiciel : œuvre d'exception au sein du droit d'auteur.** Selon l'article L.113-9 du Code de la propriété intellectuelle, « *sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer. Toute contestation sur l'application du présent article est soumise au tribunal de grande instance du siège social de l'employeur. Les dispositions du premier alinéa du présent article sont également applicables aux agents de l'État, des collectivités publiques et des établissements publics à caractère administratif* »¹⁴⁹⁹. Le régime constitue ici une exception au régime classique du droit d'auteur fondée sur le genre de l'œuvre : le fait générateur de la dévolution est en effet 1°) la création d'une œuvre logicielle, 2°) la création dans l'exercice des fonctions ou d'après les instructions de l'employeur. L'existence du contrat de travail n'est pas ici indifférente, c'est au contraire la définition de l'objet du contrat (fonctions du salarié) et la subordination qui détermine la vocation de l'employeur à l'exercice des droits. Selon le Professeur Caron, le droit d'auteur du logiciel démontre une fois encore en matière de création salariée sa spécificité par rapport au droit d'auteur de droit commun¹⁵⁰⁰ : c'est une des exceptions visées par l'article L.111-1, alinéa 3 depuis la réforme du 1^{er} août 2006. Dès son origine, le droit d'auteur du logiciel a été considéré comme ayant une place à part au sein du droit d'auteur. Alors que la protection du logiciel par le droit d'auteur ne s'imposait pas, loin s'en faut¹⁵⁰¹, le législateur a opté pour la protection par le droit d'auteur tout en aménageant un régime sur mesure au logiciel : contenu spécifique tant à l'égard du droit moral que du droit patrimonial, tant à l'égard de la titularité des droits que de leur conditions d'exercice et d'exploitation.

406. **Dévolution à l'employeur des droits patrimoniaux portant sur un logiciel : ambiguïté du mécanisme.** Les droits patrimoniaux sur le logiciel créé par un salarié sont « *dévolus* » à l'employeur. Si les droits semblent naître sur la tête de l'auteur salarié¹⁵⁰², qui reste

¹⁴⁹⁹ Faut-il exclure les agents des autorités indépendantes et de la Banque de France, qui seraient dès lors soumis à l'exception de droit commun relative aux agents publics ou considérer qu'il s'agit d'une maladresse législative à rectifier à l'occasion d'une réforme qui harmoniserait le contenu de ces régimes dérogatoires, conçus indépendamment les uns des autres et sans cohérence ?

¹⁵⁰⁰ C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., n°205 : « *même protégé par le droit d'auteur, le logiciel ne s'est jamais fondu dans le moule de cette discipline et a toujours cultivé un particularisme dont l'article L.113-9 du Code de la propriété intellectuelle est l'une des illustrations* ».

¹⁵⁰¹ A. Lucas, *La protection des créations industrielles abstraites*, Librairies Techniques, 1975, préf. E. du Pontavice, F. Sardain, *La propriété intellectuelle à l'épreuve du logiciel : l'exemple des interfaces*, thèse Poitiers, 2002, dir. P. Gaudrat.

¹⁵⁰² Dans le même sens, F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, préc., n°291 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, préc., n°262.

titulaire du droit moral (ici spécial et amoindri¹⁵⁰³), ce qui est conforme au modèle d'appropriation de la création littéraire et artistique, ils ne peuvent être exercés par l'auteur puisque seul l'employeur y est habilité, et ce dès la création. Le terme « dévolution » est ambigu¹⁵⁰⁴ : il ne renvoie pas *a priori* au mécanisme plus classique de cession des droits¹⁵⁰⁵, préféré pour d'autres régimes spécifiques, qui ont pu mettre en place une cession automatique ou une présomption de cession, ni à un mécanisme d'exception au droit patrimonial de l'auteur salarié, qui pourrait être inopposable ou limité. S'il n'établit pas clairement l'existence d'une cession (qui fonderait clairement l'existence d'une propriété dérivée de l'employeur), et si la propriété initiale de l'employeur doit être rejetée¹⁵⁰⁶, l'appropriation par l'employeur des droits patrimoniaux est réelle : il est le seul à exercer les droits patrimoniaux portant sur la création logicielle et il est le seul à bénéficier des fruits de l'exploitation de cette création puisqu'aucune rémunération n'est due au créateur salarié. A ce titre, ce régime spécifique constitue la dérogation la plus étendue au modèle de l'appropriation des créations : même en droit des brevets, modèle industriel construit à partir du modèle de l'appropriation du travail, une rémunération est systématiquement due au salarié¹⁵⁰⁷.

407. **Portée de l'exception : dérogation absolue au modèle de l'appropriation de la création.** En matière de création logicielle, le salaire constitue la seule rémunération de la création¹⁵⁰⁸. Le régime est donc à rapprocher de celui de l'œuvre collective, à ceci près que la

¹⁵⁰³ CPI, art. L.121-7.

¹⁵⁰⁴ On notera que le *Vocabulaire juridique*, Cornu, préc., définit la dévolution comme un synonyme « *en un sens vague de transmission entre vifs ou à cause de mort (succession)* », qu'il convient de distinguer du terme « transfert », terme plus clair désignant « *aussi bien le résultat de l'opération, l'effet translatif (ex. le transfert de propriété résultant de la vente) que l'opération même (l'acte translatif)* ». La dévolution est également définie dans un sens « *plus [précis], [comme l'] attribution d'une charge (tutelle) ou d'un droit (droit successoral) à une personne qui est appelée à exercer cette fonction ou à recueillir cette succession, à son rang, en vertu d'un ordre préétabli, et donc souvent à défaut d'un appelé (parent ou héritier) préférable* ». Par ailleurs, le terme « dévolu » est employé dans deux autres articles du Code de la propriété intellectuelle pour évoquer les droits dévolus aux agents des douanes par le code des douanes, évoquant ici plutôt un pouvoir, une charge exercés par un agent de l'État (CPI, art. L.521-18 et L.716-8-4).

¹⁵⁰⁵ Contra M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, préc., n°262, qui considère qu'il s'agit d'une cession automatique, par l'effet de la loi.

¹⁵⁰⁶ A moins d'interpréter le terme « dévolution » comme impliquant une titularité initiale des droits patrimoniaux de l'employeur, ce qui signifierait qu'il existerait une deuxième exception, après l'œuvre collective, permettant la titularité initiale d'une personne morale, et en toute hypothèse d'un non créateur, ce qui contredit les principes généraux du droit d'auteur continental, d'une part ; et que les attributs du droit d'auteur peuvent être appropriés *ab initio* par deux titulaires distincts, ce qui consacrerait définitivement une conception dualiste du droit d'auteur et l'existence de droits distincts et séparés, d'autre part. Une telle interprétation nous semble devoir être rejetée.

¹⁵⁰⁷ Cf. infra n°428.

¹⁵⁰⁸ La lettre de la loi n'en impose pas. En ce sens, F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, préc., n°290, rappelant que les créateurs salariés de logiciels n'ont plus qu'à s'en remettre à la négociation individuelle ou à la « *générosité bien comprise de l'employeur* ».

particularité de la titularité des droits n'est pas due au processus créatif, à l'émission créatif, à l'absence de participation à la création de l'œuvre d'ensemble, de la forme exploitée, mais au genre de l'œuvre : cette œuvre n'est pas traitée comme une création. Il s'agit en effet d'un régime exorbitant du droit commun, fondé non sur les principes du modèle d'appropriation des créations mais sur l'appréciation de la seule opportunité économique de la titularité des droits, qui implique la réduction du travail créatif à un travail ordinaire, approprié comme tel. Et la jurisprudence étend le champ d'application de ce régime en retenant une conception large de la création dans l'exercice des fonctions ou sur instructions, estimant notamment que la qualité de salarié suffit, même lorsque le logiciel a été créé en dehors du temps de travail, au domicile du salarié et pendant son temps libre¹⁵⁰⁹. Le régime va ainsi, une fois encore, plus loin que le modèle industriel qui distingue inventions créées dans l'exercice des fonctions (qui appartiennent à l'employeur) et inventions susceptibles d'intéresser l'entreprise (qui sont appropriables par l'employeur) : aucune distinction n'est faite, la qualité de salarié semble en soi impliquer la dévolution des droits, la mise à disposition de la force de travail est ici complète et s'étend au travail personnel. Le droit d'auteur, qui est en principe moins favorable aux employeurs que le droit des brevets, est ici plus accueillant¹⁵¹⁰. Comme le note Laurent Drai, « *la justification d'un tel régime est économique. Mais, en ce qu'elle aboutit à la protection de l'employeur plus qu'à celle du salarié, elle est contraire aux principes généraux du droit de la propriété littéraire et artistique et du droit du travail* »¹⁵¹¹. On peut se demander si de telles jurisprudences, relativement anciennes, sont d'actualité. L'évolution de la jurisprudence en droit du travail va par exemple dans le sens d'une protection des cadres, notamment quant au contrôle de leurs horaires de travail et des sujétions qui leurs sont imposées¹⁵¹². La revendication par l'employeur de la

¹⁵⁰⁹ CA Nancy, 13 sept. 1994 : JCP E 1996, I, 559, n°2, obs. M. Vivant et C. Le Stanc. V. également CA Paris, 29 oct. 1987 : JCP E 1988, II, 15297, n°6, obs. M. Vivant et A. Lucas. V. également J. Raynard, note sous TGI Paris, 6 mars 2001 : JCP E 2001, p.1956, considérant qu'il convient de s'attacher non pas aux circonstances de la création mais aux fonctions du salarié : à ce compte-là, tout informaticien recruté comme programmeur a une mission créative ; tout logiciel créé par lui, même dans un domaine extérieur au champ d'activité de l'entreprise, même à titre personnel, en dehors du temps et du lieu de travail et sans employer le moindre matériel de l'employeur appartient à l'employeur.

¹⁵¹⁰ L. Drai, *Le droit du travail intellectuel*, préc., n°356, estimant que ce régime dérogatoire « revêt des aspects pour le moins « surréalistes » ».

¹⁵¹¹ L. Drai, préc., n°362.

¹⁵¹² V. déjà Cass. soc. 14 juin 1990 : Bull. n°285, estimant que la qualité de cadre n'exclut pas le droit au paiement d'heures supplémentaires, V. surtout, à propos des forfaits-jours, consacrant le droit au repos et à la santé, Cass. soc. 29 juin 2011 : Bull. n°181 et Cass. soc. 31 janv. 2012, visant l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L.212-15-3 ancien du Code du travail, dans sa rédaction applicable au litige, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la directive

propriété de créations logicielles développées en dehors des horaires de travail et au domicile du salarié, même cadre, devrait à tout le moins, si elle a lieu, donner droit au paiement d'heures supplémentaires. A vouloir faire triompher la logique travailliste pour obtenir la propriété des créations, l'employeur prend des risques auquel il n'a peut-être pas intérêt : la création, ici fictivement assimilée à un travail, doit être rémunérée, comme tout travail, par un salaire calculé en rapport avec le temps de travail, et soumis à charges sociales ; et l'employeur est responsable, pénalement, du volume de travail réalisé par le salarié et de l'absence de respect des temps de repos¹⁵¹³.

408. **Spécificité du sort des agents publics.** Les agents publics créateurs de logiciels sont légalement soumis aux dispositions de l'article L.113-9 du Code de la propriété intellectuelle¹⁵¹⁴. Toutefois, ils sont également soumis au 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 valorisés¹⁵¹⁵. A titre préliminaire, nous remarquerons les différences d'expression quant au champ d'application de ces différents textes¹⁵¹⁶ et les « créations » visées par ce texte : les obtentions végétales, les logiciels et les travaux valorisés, définis comme les produit ou procédés originaux non protégés par les lois sur le droit d'auteur, les brevets d'invention ou les obtentions végétales mais qui donnent lieu à exploitation commerciale. Le sort des agents auteurs de logiciels est donc réglé avec celui de créateurs dont les créations relèvent de la propriété industrielle : obtentions végétales et inventions non brevetables. Le décret prévoit un intéressement conséquent de l'agent aux bénéfices d'exploitation : 50% des produits d'exploitation après déduction des frais directs supportés par l'Administration et affectation d'un coefficient de participation à la création en

2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹⁵¹³ Ctrav., art.R.3124-1 et s.

¹⁵¹⁴ CPI, art. L.113-9, al.3.

¹⁵¹⁵ Ce texte a fait l'objet de modifications en 2001 et en 2005. Son champ d'application est également régulièrement étendu, comme cela a été le cas pour la dernière fois à ce jour par l'ajout des techniciens de laboratoires de l'Ecole des Mines et de ces établissements. V. Décret n° 2012-1002 du 29 août 2012. N'étant pas à ce jour intégré dans la partie réglementaire du Code de la propriété intellectuelle, ce qui pourrait être le cas au vu de son contenu, et ce d'autant plus depuis la réforme du 8 décembre 2011 relative aux obtentions végétales, il reste le texte de référence.

¹⁵¹⁶ Selon les articles, sont visés les établissements publics à caractère administratif (CPI, art. L.113-9, art. L.111-1, qui vise également en outre les AAI et la banque de France), ou les seuls établissements publics (Décret n°96-858, art. 1), ou toutes personnes morales de droit public (CPI, art. L.611-7), ou les établissements publics et toute personne morale de droit public (CPI, art. R.611-11).

cas de création plurale, dans la limite du montant du traitement brut annuel soumis à retenue pour pension, et au-delà de ce montant à 25% de la base définie. Les montants de cette rémunération pourraient donc potentiellement être conséquents. Cette rémunération a un caractère particulier puisqu'elle est versée pendant le temps de l'exploitation, même s'il quitte ses fonctions, pour quelque cause que ce soit, et notamment après départ en retraite. Cette rémunération n'est donc pas liée au statut d'agent public, au moment du versement du moins, et peut être due en dehors du paiement d'une rémunération principale. La rémunération est néanmoins considérée comme un complément de rémunération, et doit à ce titre être soumise à cotisations. Cette rémunération ne peut en effet pas être assimilée au paiement de redevances de droits d'auteur puisque cette rémunération n'est pas due après le décès de l'auteur et ne se transmet pas aux héritiers. Il ne s'agit donc pas de la contrepartie à un transfert de propriété mais d'un complément de rémunération intéressant l'agent aux résultats de l'exploitation de sa création. On remarquera ici le double paradoxe : aucun texte n'a été pris concernant l'application des articles L.131-3-1 et suivants applicables aux agents publics créateurs d'œuvres non logicielles, alors même que ces textes prévoient l'existence d'un décret d'application, un décret existe à propos des créations logicielles des agents publics quand la loi ne prévoit pas la nécessité d'un tel texte. En effet, la loi ne prévoit pas d'intéressement du créateur subordonné d'un logiciel, aucun texte d'application pour les agents publics n'était donc nécessaire. L'Administration a néanmoins jugé utile de prévoir un tel intéressement, peut-être par équité ou par souci de cohérence vis-à-vis des agents dont les créations industrielles sont exploitées, peut-être par souci d'incitation. Ainsi, alors qu'une rémunération des auteurs agents publics est prévue, au moins en cas d'exploitation commerciale ou bénéficiaire, aucun texte ne prévoit cette rémunération, les agents ne sont donc à ce jour pas intéressés, à l'exception des agents auteurs de logiciel, ce que la loi ne prévoyait pas. Dans un souci de cohérence, le champ d'application de ce texte pourrait être modifié pour inclure les exploitations des œuvres de l'esprit originales, logicielles ou non logicielles, au même titre que les « travaux valorisés », que les procédés et produits originaux mais non brevetables et non protégés par le droit d'auteur.

409. Un autre régime spécifique, encore différent, existe pour les œuvres audiovisuelles créées dans le cadre d'un contrat de production audiovisuelle. *A priori*, un tel régime ne concerne pas la création salariée. On notera toutefois qu'il est intéressant d'étudier ce régime spécifique car en pratique, le réalisateur est très souvent salarié du producteur. Le double statut de créateur et de salarié s'exprime ici par la conclusion de deux contrats distincts, situation suffisamment spécifique pour que l'on s'y attarde.

3. Dérogation due aux conditions de création : les œuvres audiovisuelles créées dans le cadre d'un contrat de production audiovisuelle

410. **Production audiovisuelle et salariat.** A propos des œuvres audiovisuelles, il convient de noter préalablement que le régime dérogatoire mis en place concerne les œuvres audiovisuelles créées dans le cadre d'un contrat de production audiovisuelle. Si le Code de la propriété intellectuelle traite de l'œuvre audiovisuelle dans différentes parties et à différents titres, il convient de distinguer les dispositions qui s'appliquent à toute œuvre audiovisuelle de celles qui ne s'appliquent qu'aux œuvres audiovisuelles ayant fait l'objet d'un contrat de production. S'appliquent à toute œuvre audiovisuelle les dispositions qui traitent de la définition des œuvres audiovisuelles¹⁵¹⁷, de la présomption simple de qualité de co-auteur de l'œuvre audiovisuelle¹⁵¹⁸, des modalités de calcul de la durée de protection des œuvres audiovisuelles¹⁵¹⁹, des exceptions aux droits patrimoniaux¹⁵²⁰ et des mesures de protection ou actions en contrefaçon¹⁵²¹. En revanche, les dispositions prévoyant un régime dérogatoire spécifique pour l'exercice du droit moral et du droit patrimonial s'appliquent aux seules œuvres audiovisuelles dont la création fait l'objet d'un contrat de production audiovisuelle. Malgré la codification des dispositions relatives à l'exercice limité du droit moral par le réalisateur audiovisuel et ses coauteurs au sein des articles L.121-5 et L.121-6, ces dispositions, dès lors qu'elles visent expressément le producteur ne s'appliquent qu'en cas de contrat de production audiovisuelle. A défaut d'un tel contrat, la création d'une œuvre audiovisuelle relève du droit commun des œuvres de collaboration. Le dispositif particulier mis en place reste intéressant à étudier dans la mesure où il n'est pas rare que le réalisateur audiovisuel soit salarié du producteur. Or le cumul de ses deux statuts de créateur et de salarié est ici particulièrement intéressant car si l'existence d'un contrat de travail est indifférente à l'existence et à l'exercice de ses droits, en revanche, le fait que son employeur ait par ailleurs la qualité de producteur d'une œuvre audiovisuelle implique un régime spécifique d'exercice des droits moraux et patrimoniaux. En effet, la loi ne prévoit pas de définition de ce contrat. En revanche, elle définit le producteur audiovisuel comme la « *personne physique ou morale qui prend*

¹⁵¹⁷ CPI, art. L.112-2, 6°.

¹⁵¹⁸ CPI, art. L.113-7. Sur l'application du droit commun du droit d'auteur pour la qualification d'auteur, l'article L.113-7 ne faisant qu'établir une présomption simple de qualité de co-auteur, V. F. Pollaud-Dulian, « Les auteurs de l'œuvre audiovisuelle », RIDA juill. 1996, p.51.

¹⁵¹⁹ CPI, art. L.123-2.

¹⁵²⁰ CPI, art. L.122-5.

¹⁵²¹ CPI, art. L.331-3, L.331-9, L.335-3.

l'initiative et la responsabilité de la réalisation de l'œuvre » audiovisuelle¹⁵²². Il s'agit donc d'un contrat aux fins de création, conclu entre la personne qui prend l'initiative et assume les risques de la création (l'investisseur, qui assurera ensuite l'exploitation de l'œuvre audiovisuelle) et les auteurs. Le contrat de production audiovisuelle évoque classiquement un contrat d'entreprise et semble relever *a priori* de la catégorie des louages d'ouvrage¹⁵²³. Or le réalisateur audiovisuel est par ailleurs très souvent salarié par le producteur, qui salarie également les techniciens et d'autres personnes intervenant pendant la réalisation du film, dont certaines pourraient éventuellement prétendre à la qualité de coauteur. Pour ne pas bousculer les catégories, dans la pratique, on remarque que, souvent, deux contrats distincts sont établis¹⁵²⁴. Au vu de l'objet de la « commande », on peut se demander si la distinction de l'objet des contrats est si évidente. En réalité, le contrat de « production audiovisuelle » a ici pour objet la commande de la réalisation de l'œuvre et la cession des droits d'auteur, l'existence de la commande est donc redondante par rapport à l'objet du contrat de travail : le réalisateur doit, du fait de ce contrat, mettre à disposition sa force de travail pour diriger la réalisation de l'œuvre audiovisuelle. On aurait pu considérer que ce régime dérogatoire pouvait s'appliquer peu important finalement la qualification de ce contrat au regard notamment du droit civil, du droit du travail¹⁵²⁵ ou de la sécurité sociale. Ce qui importe en effet à la qualification du contrat de production audiovisuelle relève moins de la définition des obligations des parties (exécution de leurs prestations dans le cadre d'une subordination juridique ou non) que de l'objet et de la cause du

¹⁵²² CPI, art. L.132-23.

¹⁵²³ S. Denoix de Saint Marc, préc., distingue dans sa thèse (titre I de la première partie) les deux qualifications et conclut à la qualification de contrat d'entreprise, qualification exclusive toutefois en principe de l'existence d'un contrat de travail. Ici c'est le cumul de relations contractuelles qui est à la fois atypique et intéressant.

¹⁵²⁴ V. pour exemple, le modèle proposé par la SACD pour les rapports producteur / réalisateur, disponible sur <http://www.sacd.fr/Les-modeles-de-contrat.589.0.html>, évoquant à l'article 1^{er}, *in fine* que « son engagement en qualité de technicien-metteur en scène salarié fait l'objet d'un contrat distinct ». V. également cette préconisation de B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel*, Litec, 2007, coll. Litec professionnels, n°49, qui note toutefois que le contrat unique se pratique. Il considère qu'il vaut mieux rédiger deux contrats, correspondant aux deux statuts du réalisateur : « salarié pour sa prestation technique (...) ; auteur pour sa prestation créatrice ». Toutefois, il indique que « le contrat de travail traitera notamment des questions de délais (de la préparation, du tournage, du montage, du mixage, de la remise de la copie) et de conditions d'exécution (respect de la législation sur la médecine du travail, respect du budget, interruptions de tournage pour cause de maladie et accident, défraiements) de la prestation accomplie en qualité d'employé ». Il s'agit ici de préciser les conditions d'exécution du contrat liées au droit du travail, en revanche, il traite du même objet, de la même prestation : la réalisation de l'œuvre : la préparation le tournage, le mixage, le montage sont des étapes indispensables du processus créatif, c'est bien la réglementation des conditions de la même prestation qui sont ici séparées en deux contrats pour distinguer la négociation des conditions relevant du droit d'auteur de celles relevant du droit du travail.

¹⁵²⁵ On notera que le secteur de l'audiovisuel est par ailleurs un secteur où il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée, et que ce régime dérogatoire concerne notamment les réalisateurs audiovisuels.

contrat : la réalisation d'une œuvre audiovisuelle précise aux fins d'exploitation. Le contrat n'est plus un contrat de production, contrat d'entreprise d'un genre particulier, mais un contrat de cession des droits d'auteur à propos d'une œuvre d'un genre particulier : l'œuvre audiovisuelle créée dans le cadre d'une production audiovisuelle¹⁵²⁶. Comme, par définition, ce contrat de cession de droits d'auteur intervient dans le cadre d'une production audiovisuelle, il a vocation soit à prévoir des clauses complémentaires, soit à prévoir un contrat distinct comportant des dispositions relatives à l'organisation de la production, à la définition de la prestation de réalisation et les implications de l'existence d'une commande ou d'une subordination sur la liberté créatrice de l'auteur et l'exercice de ses droits moraux. Peu importe finalement que la prestation soit réalisée à titre indépendant ou salarié. Ce qui a une influence sur l'exercice des droits d'auteur et qui a été reconnu comme tel par le législateur, c'est la spécificité de la production audiovisuelle au vu du nombre d'auteurs ayant vocation à y participer et des investissements consentis par le producteur¹⁵²⁷. Ce sont ces circonstances spécifiques qui déterminent un régime particulier d'exercice des droits moraux et patrimoniaux pour ces œuvres.

411. **Droit moral et production audiovisuelle.** En cas de production audiovisuelle, l'exercice du droit moral des coauteurs est suspendu pendant la création¹⁵²⁸, jusqu'à ce que l'œuvre soit achevée, c'est-à-dire « *lorsque la version définitive a été établie d'un commun accord entre, d'une part, le réalisateur ou, éventuellement, les coauteurs et, d'autre part, le producteur* »¹⁵²⁹. La définition de la version définitive de l'œuvre, celle qui sera finalement exploitée, et qui ne pourra être modifiée sans l'accord des coauteurs, sauf à constituer une éventuelle atteinte au respect de l'œuvre, relève donc de l'accord entre le producteur et l'auteur principal ou les coauteurs. Ce mécanisme dérogatoire, qui visait à éviter les difficultés rencontrées pour l'achèvement du film

¹⁵²⁶ Les dispositions du Code de la propriété intellectuelle relative à ce contrat n'évoquent jamais ni la prestation de l'auteur, ni la production de l'œuvre audiovisuelle en tant que telle : seule la qualité de producteur est définie par rapport à cet élément essentiel, l'organisation de la réalisation d'une œuvre audiovisuelle par une personne physique ou morale qui en assume les risques. En revanche, les dispositions relatives à ce contrat déterminent les modalités de la cession, ses conditions de validité et exigent de prévoir au sein de ce contrat les conditions et éléments permettant de garantir le respect des droits moraux et patrimoniaux des auteurs (notamment obligation de conservation, droit de préemption en cas de procédure collective, etc.).

¹⁵²⁷ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, préc., n°345 et s. ; B. Edelman, *Droit d'auteur, droits voisins : Droit d'auteur et marché*, Dalloz, 1993, analysant notamment les débats parlementaires. Pour une analyse et une distinction des œuvres audiovisuelles autour de ce critère, V. D. Bougerol, *La notion d'œuvre audiovisuelle*, préc.

¹⁵²⁸ CPI, art. L.121-5, al. 5 : « *Les droits propres des auteurs, tels qu'ils sont définis à l'article L.121-1, ne peuvent être exercés par eux que sur l'œuvre audiovisuelle achevée* ».

¹⁵²⁹ CPI, art. L.121-5, al. 1^{er}.

*La bergère et le ramoneur*¹⁵³⁰, est diversement apprécié par la doctrine : certains considèrent que ce n'est qu'à défaut de réalisateur ou en cas d'empêchement de ce dernier, que les coauteurs participent à la définition de la version achevée de l'œuvre, d'autres que tous les coauteurs, dès lors qu'ils sont plusieurs, participent à cette définition, d'autres enfin que seuls les coauteurs principaux mais tous les coauteurs principaux ont vocation à y participer¹⁵³¹. On pourra avec le Professeur Pollaud-Dulian considérer que « *la tournure alternative de la règle signifie qu'en temps normal, le réalisateur est présumé représenter l'ensemble des coauteurs pour l'établissement de la version définitive et que la référence aux coauteurs (« éventuellement ») veut dire qu'il convient de rechercher l'accord des coauteurs dans des hypothèses particulières, c'est-à-dire en l'absence de réalisateur ou d'impossibilité pour le réalisateur de se prononcer (décès, maladie, absence...), lorsque le contrat de production comporte une clause associant d'autres auteurs à la décision du réalisateur et du producteur ou encore, à notre avis, lorsqu'il surgit un désaccord entre le réalisateur et ses coauteurs sur l'achèvement. En cas de divergences entre coauteurs ou entre le producteur et le réalisateur, empêchant d'aboutir à un accord sur la version finale avec le producteur, il convient d'appliquer l'article L.113-3 alinéa 3 qui donne au juge civil le pouvoir de trancher les désaccords entre auteurs d'œuvres de collaboration* »¹⁵³². On notera qu'en cas de divergence aboutissant à ce que l'auteur refuse d'achever sa contribution, ou de force majeure, le producteur peut faire achever la contribution. L'auteur ne pourra refuser l'exploitation de sa contribution inachevée, ou achevée par un tiers¹⁵³³. Le régime mis en place propose une conciliation des intérêts en présence et des principes généraux de la matière. Il tient compte de l'intérêt économique de l'investisseur et du pouvoir que lui confère contractuellement la qualité de donneur d'ordres et/ou d'employeur en lui conférant un droit de regard, voire un droit de veto, sur la version définitive de l'œuvre audiovisuelle¹⁵³⁴. Il tient compte du personnalisme, en conférant au

¹⁵³⁰ Pour de plus amples développements sur l'historique, l'intérêt et les difficultés d'interprétation et d'application de ces dispositions, Comp. P. Sirinelli, *Le droit moral et le droit commun des contrats*, thèse Paris II, 1985 et C. Hugon, *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, Litec, 1993.

¹⁵³¹ Pour une présentation de ces tendances, V. F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, préc., n°351 ou A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité*, préc., n°196.

¹⁵³² *Ibidem*.

¹⁵³³ CPI, art. L.121-6.

¹⁵³⁴ Ce droit de regard ne suffit pas pour autant à lui conférer la qualité de coauteur. V. néanmoins, Cass. civ. 1^{re}, 30 sept. 2003 : CCE 2003, comm. n°116, note C. Caron : « *la société des Editions Atlas avait dès l'origine remis à la société Charnelu vidéo visite une cassette achevée et testée auprès de la clientèle potentielle, afin qu'elle servît de modèle pour la réalisation des vidéogrammes attendus, lesquels devaient s'intégrer parfaitement dans une collection uniforme fournissant au spectateur une identité de sources d'intérêts et de repères historiques, géographiques, artistiques, économiques et autres ; (...) de par le contrat de commande, les réalisateurs étaient tenus de répondre à toutes les demandes de modifications, ajouts ou suppressions portant sur les éléments du film, et (...) à ce titre, certains projets avaient été refusés, et (...) tous avaient fait l'objet de corrections ; (...) ainsi la maîtrise du scénario définitif, du découpage, du rythme, du contenu du commentaire et en général de tout ce qui marque la liberté créatrice et la personnalité de l'auteur échappait aux consorts Y..., rendus simples exécutants de la volonté du producteur* ». On remarquera toutefois la spécificité de l'espèce (non publiée au

réalisateur, considéré comme l'auteur principal de l'œuvre audiovisuelle¹⁵³⁵, au vu de son intervention prépondérante, un véritable droit de définition de la version finale de l'œuvre audiovisuelle, qui se traduit par un véritable droit de veto¹⁵³⁶. L'intérêt social semble ici protégé par la mise en place d'un dispositif de compromis à la fois favorable à la création et l'exploitation d'œuvres de l'esprit personnelles, ce à quoi le public a intérêt. Le sort des coauteurs est toutefois ambigu. Le Professeur Pollaud-Dulian semble estimer à ce titre que les coauteurs insatisfaits par la version définitive validée par le réalisateur avec le producteur pourraient après cet achèvement se plaindre de cette version définitive auprès du producteur et soit obtenir une nouvelle version définitive en accord avec le producteur (cette hypothèse serait celle visée par l'alternative visée à l'article L.121-5, alinéa 1), soit demander l'intervention du juge à ce sujet¹⁵³⁷. Or les situations de blocage se résolvent souvent par le seul versement de dommages-intérêts¹⁵³⁸. Le Professeur Sirinelli estime lui, et regrette, que « *l'articulation des textes ne confère cette possibilité qu'au seul réalisateur* »¹⁵³⁹, à moins que les contrats n'en aient disposé autrement¹⁵⁴⁰. Il regrette par ailleurs, qu'en cas de veto exercé par le producteur, les coauteurs ne puissent exiger, eux, l'achèvement de l'œuvre et la communication forcée de l'œuvre au public, au nom d'un droit à la divulgation. Après achèvement de l'œuvre créée dans le cadre d'une production audiovisuelle, le droit moral des coauteurs d'une œuvre audiovisuelle retrouve sa plénitude. Ils disposent de tous les attributs du droit moral, au même titre que le

bulletin) et des conditions de création. V. également B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel*, préc., n°56, sur la qualification du « *travail de direction du producteur* », sur les risques en cas d'extension de la jurisprudence Editions Atlas. Il conclut : « *sauf pour les traductions pures et simples, les intervenants disposent toujours d'une certaine liberté de création ou d'adaptation. C'est pourquoi, il faut se féliciter que le reste de la jurisprudence continue d'estimer que la personnalité d'un auteur peut s'exprimer dans une œuvre malgré les contraintes qui lui sont imposées. Pour y faire exception, elle exige que soit rapportée la preuve d'une subordination absolue par un cahier des charges dont il n'est jamais possible de s'éloigner* ».

¹⁵³⁵ V. admettant l'existence d'une hiérarchie, A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité*, préc., n°195 et expliquant cette situation par les positions artistiques de la « nouvelle vague », B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel*, préc., n°50.

¹⁵³⁶ Cass. civ. 1^{re}, 7 fév. 1973 : D. 1973, p.363, note B. Edelman ; RTDcom. 1973, p.558, obs. H. Desbois.

¹⁵³⁷ Dans le même sens, A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité*, préc., n°199.

¹⁵³⁸ Pour une illustration en cas d'arrêt de la production par le producteur, ayant simplement entraîné le versement de dommages-intérêts aux coauteurs, ces derniers ne disposant pas d'un droit à la divulgation : Cass. civ. 1^{re}, 24 sept. 2009 : RIDA, oct. 2009, p.353, obs. P. Sirinelli ; RTDcom. 2010, p.109, obs. F. Pollaud-Dulian.

¹⁵³⁹ P. Sirinelli, note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 sept. 2009, préc.

¹⁵⁴⁰ Dans le même sens, B. Montels, obs. à propos de TGI Paris, 16 mai 2006, CCE 2007, chron. n°6, « un an de droit de l'audiovisuel », n°10, qui note par ailleurs qu'un médiateur a été nommé et qu'une solution a dû être rapidement trouvée puisque le film a été diffusé lors du festival de Cannes, deux jours plus tard, dans la forme contestée par le coauteur non réalisateur et alors que le tribunal avait prononcé une astreinte de 180.000 euros par infraction.

réalisateur, sur la version achevée de l'œuvre audiovisuelle¹⁵⁴¹. Cet aménagement du droit moral, non négligeable, exorbitant du droit commun et assez original par rapport aux autres aménagements existants¹⁵⁴², prévu pour faciliter l'exploitation de l'œuvre audiovisuelle par le producteur qui a pris les risques de la création, est complété par un aménagement du droit de la cession.

412. **Production audiovisuelle et présomption de cession.** Les dispositions relatives au contrat de production audiovisuelle prévoient que le contrat conclu entre le producteur et l'auteur d'une œuvre audiovisuelle « emporte, sauf clause contraire (...), cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle »¹⁵⁴³. Ce dispositif ne s'applique pas aux auteurs de la composition musicale, ni aux droits graphiques et théâtraux. La doctrine qualifie cette disposition non pas de cession automatique mais de présomption de cession¹⁵⁴⁴. En effet, le producteur n'est pas dispensé de rédiger un contrat de cession puisqu'il doit rédiger un contrat au sein duquel il détaillera la « rémunération (...) due pour chaque mode d'exploitation »¹⁵⁴⁵. Certains considèrent dès lors que l'article L.132-24 du Code de la propriété intellectuelle a surtout vocation à sécuriser le producteur dans ses rapports aux tiers¹⁵⁴⁶, d'autres qu'elle a une vertu essentiellement symbolique, qu'elle permet surtout d'éviter l'indivision et de résoudre les difficultés inhérentes au nombre de coauteurs¹⁵⁴⁷. Tous remarquent que les praticiens rédigent des contrats détaillant les conditions de la cession, de manière relativement indifférente à

¹⁵⁴¹ V. cependant A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité*, préc., n°195, considérant que les coauteurs ne peuvent se plaindre que des atteintes portées à leur contribution, notamment pour le compositeur, ce qui contredit la qualification légale d'œuvre de collaboration pour les œuvres audiovisuelles.

¹⁵⁴² Notamment par rapport au droit moral des agents publics et des créateurs de logiciels, dont certains attributs sont soit supprimés soit redéfinis en une acceptation minimale ; ou par rapport au droit moral portant sur les œuvres collectives, dont l'initiateur, personne physique ou morale, est investi.

¹⁵⁴³ CPI, art. L.132-24, al. 1.

¹⁵⁴⁴ La préférence pour une présomption de cession n'est pas indifférente. En effet, la CJUE a récemment affirmé le principe de la titularité initiale des droits au profit du réalisateur audiovisuel et n'admet la mise en place d'une présomption de cession qu'à la condition que cette présomption soit simple et que le réalisateur puisse s'y opposer contractuellement : CJUE, 9 fév. 2012, *Martin Luksan c/ Petrus van der Let* : RLDI 2012, n°80 act. n°2665. V. à ce propos les réflexions croisées de : E. Derrieux, « CJUE et titularité des droits d'exploitation d'une œuvre cinématographique », RLDI 2012, n° 82, p. 47, n°2755 et J.-M. Le Roy, « Tout ce que vous avez toujours voulu savoir sur les droits d'exploitation d'une œuvre cinématographique (sans jamais oser le demander...) », RLDI 2012, n°82, p.52, n°2756. Le droit français en ce qu'il met en place une présomption de cession et non une cession automatique est donc conforme au droit communautaire.

¹⁵⁴⁵ CPI, art. L.132-25, al. 1.

¹⁵⁴⁶ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, préc., n°360.

¹⁵⁴⁷ B. Montels, *Contrats audiovisuels*, préc., n°77.

l'existence d'une présomption de cession¹⁵⁴⁸. Benjamin Montels retient que la présomption vaut sauf clause contraire¹⁵⁴⁹. Aussi le premier effet de la présomption de cession est de renverser la charge de la preuve : « *ce n'est plus au producteur-cessionnaire de prouver qu'il s'est fait céder un droit d'exploitation, mais à l'auteur-cédant de démontrer qu'une clause contraire a été stipulée. Ce que l'on peut exprimer ainsi : tout ce qui n'est pas expressément conservé par l'auteur est cette fois cédé par ce dernier* »¹⁵⁵⁰. Le Professeur Pollaud-Dulian estime que l'exigence d'une rémunération par mode d'exploitation implique la rédaction d'un écrit, Benjamin Montels estime au contraire que l'exigence d'un écrit priverait de tout intérêt la prévision d'une présomption de cession. La présomption de cession, si elle sert ne serait-ce qu'à sécuriser le producteur dans ses rapports aux tiers, pourrait par exemple être utile en l'absence de contrat de cession conclu avec un intervenant qui n'a pas été identifié *a priori* comme un coauteur mais qui se révèle l'être. Le producteur pourra en ce cas invoquer la présomption de cession et conforter son droit par le versement de la rémunération due au coauteur ou la signature d'un contrat. On peut également s'interroger sur la suffisance de la signature d'un contrat de travail avec le réalisateur audiovisuel sans prévision de clauses relatives à la cession des droits. En règle générale, le contrat de travail n'emportant aucune dérogation à la jouissance des droits cédés est insuffisant à emporter cession des droits. La Cour de cassation, en sa chambre sociale, a considéré que tel n'était pas le cas lorsque l'employeur est le producteur d'une œuvre audiovisuelle¹⁵⁵¹. La cour d'appel ayant conclu à l'existence d'un contrat de travail à durée indéterminée et à temps complet (la relation avait été requalifiée en contrat à durée indéterminée, la salariée n'ayant jamais signé les contrats de travail à durée déterminée d'usage successifs, proposés par la société, alors qu'elle n'avait que peu d'interruptions entre ses contrats ; ayant des horaires très variables et devant rester à la disposition de l'employeur, la salariée a été considérée comme travaillant à temps complet), elle aurait dû, selon la Cour de cassation, déduire de l'existence d'un contrat conclu entre un producteur et une réalisatrice, fût-il un contrat de travail, la cession des droits portant sur les œuvres réalisées, en application de la présomption de cession prévue à l'article L.132-24¹⁵⁵². L'interprétation de la Cour de

¹⁵⁴⁸ V. notamment les modèles proposés par la SACD. V. aussi B. Montels, *Contrats audiovisuels*, préc., n°

¹⁵⁴⁹ Ce qui peut être le cas, notamment pour la durée des droits en pratique limitée à 15 à 30 ans, en fonction du genre de l'œuvre audiovisuelle (cinématographique ou documentaire) et de son obsolescence estimée).

¹⁵⁵⁰ B. Montels, *Contrats audiovisuels*, préc., n°79.

¹⁵⁵¹ Cass. soc. 3 mars 2004 : D. 2004, p. 2494, note J.-L. Piotraut et P.-J. Dechristé ; RTDcom. 2004, p.726 note F. Pollaud-Dulian.

¹⁵⁵² B. Montels, *Contrats audiovisuels*, préc., n°80, critique la solution dès lors que le contrat n'a pas été signé. Pour autant, un contrat de travail peut être verbal : simplement, un contrat verbal sera nécessairement à durée indéterminée. L'existence du contrat de travail n'exige pas un écrit mais la subordination. B. Montels

cassation conduit à ce que pour le réalisateur audiovisuel, la conclusion du seul contrat de travail, soit suffisante. L'existence d'une relation subordonnée, même en l'absence de contrats écrits, pourrait même être suffisante. Or en l'absence de contrat, on ne peut que conclure à la cession la plus large des droits et à l'application des standards de rémunération négociés collectivement¹⁵⁵³, s'ils trouvent à s'appliquer. Le Professeur Pollaud-Dulian résume parfaitement le dilemme : « *cet article oppose une énigme aux interprètes : est-il destiné à dépouiller systématiquement les coauteurs de l'œuvre audiovisuelle de leurs droits au profit du producteur, par l'effet d'une présomption sans limites ou bien n'a-t-il d'autre effet que de conforter la situation du producteur à l'égard des tiers tout en préservant les intérêts des auteurs à son égard ?* »¹⁵⁵⁴. Il conclut à l'interprétation « *in favorem auctoris* », qui est aussi l'interprétation favorable au salarié, surtout en l'absence de contrat de travail signé : « *on peut alors soutenir que cette présomption vaut essentiellement à l'égard des tiers exploitants – distributeurs, télédiffuseurs ou éditeurs de vidéo – et des contrefacteurs, facilitant la négociation et l'action en justice pour le producteur : présumé cessionnaire des droits, il peut en rapporter la preuve dans les rapports avec les tiers en se prévalant du seul contrat de production, tandis que, dans les rapports avec les auteurs, les réserves l'obligent à respecter les dispositions protectrices du Code de la propriété intellectuelle. L'argument économique ne tient guère, puisque l'on sait que la pratique du secteur, suivant l'exemple américain, est de rédiger des contrats détaillés* ». Il critique par ailleurs la solution pour être fondée sur l'existence d'un contrat de travail et non d'un contrat de production audiovisuelle comportant à tout le moins une cession de droits d'auteur, ce qui est d'autant plus critiquable qu'en l'espèce des clauses de cession de droit avaient été proposées à la salariée (le contrat de travail prévoyait une clause à cet effet) qui avait systématiquement refusé de les signer : le refus de signer un contrat par la salariée ne peut pas emporter plus de contrainte à son égard que si ce dernier avait été signé. La présomption de cession a donc une fonction relative au sein du régime de la production audiovisuelle. Il constitue une garantie au profit du producteur plutôt qu'un régime de cession de droit, une exception au principe d'indifférence du contrat de travail à la jouissance des droits. On remarquera que par ailleurs ce mécanisme dérogatoire propose également des garanties à l'auteur.

413. **Contreparties et garanties.** Le régime du contrat de production audiovisuelle prévoit des contreparties aux dérogations au droit commun. Certes, le droit moral est aménagé pour

critique par ailleurs la décision de la cour d'appel qui exige une cession « *obligatoirement écrite* », par ailleurs répondant aux critères de l'article L.131-3, ce qui annihile l'intérêt de la présomption de cession (CA Paris, 26 avr. 2006 : CCE 2007, chron. n°6, n°11, obs. B. Montels).

¹⁵⁵³ CPI, art. L.132-25, al. 3.

¹⁵⁵⁴ F. Pollaud-Dulian, RTDCom. 2004, p. 726, obs. préc. sous Cass. soc. 3 mars 2004.

faciliter l'exploitation, le producteur a en revanche une obligation d'exploitation¹⁵⁵⁵. Certes, le producteur bénéficie d'une présomption de cession des droits d'auteur ; il a en revanche l'obligation de payer une rémunération proportionnelle, qui doit être calculée par modes d'exploitation, et conforme aux *minima* négociés collectivement et qui peuvent faire l'objet d'une extension par arrêté¹⁵⁵⁶, innovation législative introduite en 2006 et véritable transposition au droit d'auteur des mécanismes de négociation collective existant en droit du travail.

414. **Obligation d'exploitation.** Cette obligation d'exploitation, qui rappelle celle mise à la charge de l'éditeur¹⁵⁵⁷, est une obligation de moyens¹⁵⁵⁸, qui doit être appréciée au regard des usages dans la profession, et notamment dans l'audiovisuel, et qui s'impose au cocontractant du producteur, dès lors qu'il a acquis des droits d'exploitation¹⁵⁵⁹. Ainsi engage sa responsabilité le producteur ou le distributeur, cessionnaire des droits, qui n'a pas recherché une exploitation à la télévision¹⁵⁶⁰. A l'inverse, la chaîne de télévision qui a acquis les droits de télédiffusion d'une pièce de théâtre doit prendre les mesures nécessaires pour procéder à l'enregistrement et la captation de la pièce de théâtre et la diffuser¹⁵⁶¹. Ce n'est pas la qualité de producteur mais la propriété, la titularité des droits, qui fonde ici l'obligation. Il peut s'agir ici d'une propriété démembrée, de la propriété d'une simple utilité. La propriété, conférant ici une exclusivité, rend responsable vis-à-vis de l'auteur de l'exploitation de cette exclusivité. La propriété n'est pas ici un droit absolu de jouir ou non de l'utilité du bien, et donc d'exclure autrui de la jouissance de ce bien. C'est une propriété finalisée : la propriété et le régime particulier de cette propriété ainsi que de transmission de la propriété, impliquant ici une présomption de cession et des limites au droit moral, sont mis en place pour favoriser l'exploitation, celle-ci doit donc avoir lieu. De la même manière, l'auteur bénéficie de la garantie d'une rémunération minimale, dispositif qui complète heureusement la présomption de cession.

415. **Rémunération minimale.** L'article 38 de la loi DADVSI a ajouté un alinéa 3 à l'article L.132-25 du Code de la propriété intellectuelle, qui dispose que « *les accords relatifs à la*

¹⁵⁵⁵ CPI, art. L.132-27, al.1.

¹⁵⁵⁶ CPI, art. L.132-25, al. 3.

¹⁵⁵⁷ CPI, art. L.132-12.

¹⁵⁵⁸ TGI Créteil, 14 janv. 1992 : RIDA juill. 1992, p.197.

¹⁵⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁶⁰ CA Paris, 8 juin 1999 : RIDA janv. 2000, p.311.

¹⁵⁶¹ En ce sens, CA Paris, 14 mai 1990 : D. 1990, somm. P. 358, obs. J. Hassler.

rémunération des auteurs conclus entre les organismes professionnels d'auteurs ou les sociétés de perception et de répartition des droits mentionnées au titre II du livre III et les organisations représentatives d'un secteur d'activité peuvent être rendus obligatoires à l'ensemble des intéressés du secteur d'activité concerné par arrêté du ministre chargé de la culture ». Conformément à cette disposition, le protocole d'accord conclu par la SACD avec des représentants des producteurs audiovisuels et cinématographiques le 12 octobre 1999 et prévoyant des modalités de calcul des rémunérations dues aux auteurs pour les exploitations des œuvres audiovisuelles proposées au téléchargement (mode d'exploitation dit vidéo à la demande ou *pay per view*) a été étendu par arrêté du Ministre de la Culture et de la Communication du 15 février 2007¹⁵⁶². Ainsi, toutes les entreprises du secteur devaient prévoir dans les contrats une rémunération d'au moins 1.75% du prix hors taxe payé par le public pour les exploitations en vidéo à la demande. Le mécanisme est ici intéressant en ce qu'il protège le créateur en prévoyant un niveau minimum de rémunération¹⁵⁶³. Cette transposition au droit de la propriété intellectuelle d'un mécanisme classique du droit du travail n'a toutefois pas fait recette : un seul autre arrêté pris en application de l'article L.132-25 a suivi depuis¹⁵⁶⁴, son champ d'application est plus restreint et il ne prévoit pas de taux de rémunération minimum mais vise, conformément aux recommandations du rapport Bonnell¹⁵⁶⁵, à améliorer la transparence dans la filière en définissant non pas les taux de rémunération mais les assiettes. Un système d'audit est d'ailleurs mis en place pour vérifier par pointage aléatoire la bonne application de l'accord étendu¹⁵⁶⁶. Le recours à ce mécanisme pour mettre en place des rémunérations minimales n'a pas eu grand succès car il est au cœur de logiques antagonistes qui relèvent de deux ordres. D'abord, en droit d'auteur, la logique propriétaire est une logique individualiste, libérale qui s'accorde mal avec la logique statutaire, collective du droit du travail. On voit ici les limites de la transposition du modèle industriel aux questions propriétaires. Certaines entreprises, ici les producteurs, ont peu apprécié de se voir imposer des *minima* de rémunération concernant l'emploi d'indépendants ou pour des rémunérations traditionnellement exemptes des contraintes du droit du travail (quant au régime social et fiscal mais aussi quant à leur négociation). Mais, dans la mesure où ces entreprises sont par ailleurs

¹⁵⁶² Publié au JO du 16 mars 2007, p.4934.

¹⁵⁶³ Ce que prévoit expressément l'article 2.2, alinéa 2 de ce protocole d'accord.

¹⁵⁶⁴ Arrêté du 7 février 2011 pris en application de l'article L.132-25 du Code de la propriété intellectuelle et portant extension du protocole d'accord du 16 décembre 2010 relatif à la transparence dans la filière cinématographique.

¹⁵⁶⁵ R. Bonnell, *Le droit des auteurs dans le domaine cinématographique : coûts, recettes et transparence*, rapport pour le Centre National de la Cinématographie, rendu en décembre 2008, édition CNC, 2009, disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000085/0000.pdf>.

¹⁵⁶⁶ Accord, précité, art. 6.

des employeurs et à ce titre sont habituées à exercer leur liberté individuelle dans les limites des dispositions collectives, toutes réticentes qu'elles pouvaient être à se voir imposer des *minima* salariaux, elles auraient sans doute pu finalement s'en accommoder. Elles s'en accommodent d'ailleurs concernant la détermination du salaire du réalisateur lorsqu'elles l'emploient en qualité de technicien, ainsi que pour celle des autres techniciens, des artistes-interprètes, et plus généralement de tous leurs salariés¹⁵⁶⁷. C'est sans doute le second ordre de tiraillement qui a posé encore plus de difficultés : ces accords ont mis en exergue les difficultés à définir les rôles réciproques des producteurs et des sociétés de perception et de répartition des droits d'auteur (SPRD). En effet, le producteur et la SPRD sont tous deux des cessionnaires des droits de l'auteur et le partage de propriété entre ces différents intervenants est délicat à opérer car la conciliation de la gestion collective des droits et des contrats d'exploitation pose de vraies difficultés quant à l'approche propriétaire¹⁵⁶⁸. Sauf à distinguer entre le droit d'exploitation de l'œuvre (cédé à l'exploitant) et le droit à la rémunération due au titre de cette cession (qui serait cédé à la société de perception et répartition des droits), c'est-à-dire à distinguer, comme pour le travailleur¹⁵⁶⁹, la propriété du fruit de l'activité et le droit à rémunération de l'acquisition de cette propriété, la conciliation est impossible : la société de gestion et le producteur ne peuvent être tous les deux cessionnaires des droits de l'auteur. Une telle solution impliquerait de considérer que le créateur ne fait apport que d'un droit à rémunération à la société de gestion à laquelle il adhère, voire que celle-ci ne fait que le représenter pour la perception de ses droits, ce qui exclurait tout apport en propriété portant sur l'œuvre, toute exclusivité transmise à la société de gestion, et exclurait ces sociétés de tout rôle de négociation des droits d'auteur auprès des exploitants, sauf à ce que le créateur soit un créateur indépendant n'ayant cédé aucun droit à un producteur, ou à moins d'agir en représentation non pas des auteurs mais des producteurs, ce qui implique de raisonner non pas par rapport à l'Œuvre au pluriel des auteurs (l'intégralité de leurs créations) mais œuvre par œuvre. Une telle organisation, si elle est plus conforme à la logique propriétaire, à l'interdiction de la cession globale des œuvres futures, ne correspond pas aux pratiques des sociétés de gestion. Les crispations occasionnées par ces difficultés ont donc conduit à la dénonciation du

¹⁵⁶⁷ V. pour illustration, le détail de la grille de rémunération dans la convention collective de la production audiovisuelle (IDCC n°2642). Comp. conv. coll. applicable aux entreprises de l'édition phonographique (IDCC n°2770) préc., et notamment la grille applicable aux techniciens et les modalités de calcul de la rémunération des artistes-interprètes qui tiennent compte de critères très particuliers, notamment le genre, le nombre de minutes enregistrées finalement exploitées, etc.

¹⁵⁶⁸ Sur ce point, cf. déjà supra n°169.

¹⁵⁶⁹ Cf. supra n°82 et 83 : le modèle d'appropriation du travail repose sur la distinction de la propriété des fruits du travail, accordée à l'investisseur, du droit à rémunération du travail, dont bénéficie tout travailleur.

protocole de 1999 relatif à la vidéo à la demande et ont bloqué le recours à ce mécanisme, alors même que plusieurs accords avaient été mis en place avant l'adoption de la loi¹⁵⁷⁰. L'intervention législative n'a curieusement pas ici été sécurisante ou motivante en donnant une légitimité aux accords mis en place mais a au contraire, alors qu'ils sont désormais visés par un texte et peuvent être étendus, conduit à mettre en exergue les difficultés qu'ils posaient¹⁵⁷¹, la possibilité qu'ils puissent être rendus obligatoires à toutes les entreprises du secteur invitant à plus de circonspection dans leurs négociations du point de vue des représentants des producteurs. Ces difficultés ont donné lieu au rapport Bonnell qui a conclu à la nécessaire rationalisation de l'organisation de la création dans ce secteur. Une partie de ces préconisations ont abouti à l'accord relatif à la transparence dans la filière cinématographique, accord aujourd'hui étendu. On notera que le rapport prévoyait également la nécessaire conciliation des positionnements des différents acteurs du secteur (essentiellement, producteurs, sociétés de gestion et agents artistiques). « *Les producteurs doivent prendre conscience que la pérennité de la gestion individuelle dont ils se font légitimement les défenseurs passe par une application rigoureuse de ses principes : exactitude, transparence et clarté dans le respect de la loi et des obligations contractuelles vis-à-vis des auteurs. Un refus prolongé de cette discipline incitera à la généralisation de la gestion collective et entamera durablement leur statut d'entrepreneur. Les sociétés d'auteurs doivent baliser leur expansion à ce qui doit demeurer leur rôle (gestion des accords collectifs existants, exercice des pouvoirs reconnus par la loi, défense morale des auteurs pour l'essentiel) et faire de la gestion collective un outil complémentaire de la gestion individuelle à laquelle elles apportent leur concours et leur expérience pour renforcer harmonie et pérennité de l'économie de la création. Enfin, les agents artistiques verront leur rôle de mandataires se renforcer s'ils jouent le jeu d'une rémunération proportionnelle renouvelée en assistant efficacement leurs clients dans le contrôle des rendus de compte et en modérant, quand ils le peuvent, le niveau des minimum garantis qu'ils négocient pour leurs mandants* »¹⁵⁷². Le rapport conclut en proposant des solutions mettant en exergue soit l'approche propriétaire individuelle, soit l'approche collective. Il invite également à la « co-administration » des droits

¹⁵⁷⁰ V. les accords cités par B. Montels, *Contrats audiovisuels*, préc. annexes.

¹⁵⁷¹ B. Montels, *Contrats audiovisuels*, préc., n°124 et 125, observait en 2007 ces difficultés et rappelait qu'aucune société de gestion n'oserait agir contre les contrats de production audiovisuelle, car ce serait agir contre leurs adhérents et engager leur responsabilité, ce à quoi elles n'ont pas intérêt. Il considérait qu'en pratique, les protagonistes s'étaient partagés les tâches dans un certain « *modus vivendi* » qui permettait d'éviter les contentieux. Pour une explication du changement d'attitude des producteurs au vu du comportement des sociétés de gestion dans la négociation d'accords avec d'autres intervenants du secteur et des enjeux financiers en cause, par exemple dans les affaires Dailymotion : V. le blog de Me Sauret : http://avocats.fr/space/dominique.sauret/content/denonciation-de-l-accord-producteurs--sacd-concernant-le-pay-per-view-et-la-vod-a-l-acte_E5E97943-A819-FAF9-FCE4-2CCE966B2FE1 et http://avocats.fr/space/dominique.sauret/content/premier-jugement-sur-l-accord-secret-entre-dailymotion-et-la-sacem-du-1er-decembre-2008_9A724B08-060A-49A5-89EA-76762CF08B09.

¹⁵⁷² R. Bonnell, rapport préc., p.42.

d'auteur, au nom de l'auteur et des producteurs, ce à quoi les producteurs ont sans doute intérêt au vu des difficultés qu'ils rencontrent et qu'ils invoquent eux-mêmes pour justifier la mauvaise application qu'ils font eux-mêmes des dispositions du droit d'auteur. Or, comme le souligne le rapport, ils ne peuvent pas à la fois se prévaloir de l'approche propriétaire individualiste pour revendiquer le respect de leurs droits et se soustraire aux obligations que leur impose la propriété dérivée des droits d'auteur, violant ainsi les droits des auteurs, surtout si pour cela ils invoquent les difficultés matérielles à mettre en œuvre l'approche propriétaire individualiste, difficultés que tentent de résoudre les sociétés de gestion collective.

416. La question dépasse ici la problématique des créateurs salariés. Il était toutefois intéressant de s'y attarder d'abord parce qu'elle représente un cas de tentative de transposition des mécanismes du droit du travail au droit d'auteur et donc de transposition des mécanismes travaillistes à la logique propriétaire ; ensuite, parce que ce mécanisme et les difficultés qu'il pose pourront servir de repères pour les propositions de réforme à mettre en place, notamment quant à la conciliation des approches propriétaires et travaillistes, quant à l'intérêt de mettre en place des normes collectives, quant au contenu de celles-ci et à la détermination des partenaires sociaux pertinents pour mener la négociation collective. Si l'on tient compte du fait qu'un réalisateur est dans la pratique le plus souvent salarié, que le producteur est également son employeur, on comprend que l'intervention de la société de gestion collective complique encore les relations. On notera toutefois que ces difficultés sont exacerbées dans ce secteur.

417. Un autre contrat nommé en droit d'auteur présente un modèle particulier. Ce modèle inachevé pose aussi des difficultés et n'a pas *a priori* vocation à s'appliquer aux créateurs salariés mais son étude peut être intéressante en tant que source d'inspiration d'éventuelles réformes.

418. **Œuvres de commande pour la publicité : un régime dérogatoire inabouti.** On notera l'existence de dispositions comparables au régime particulier applicable en matière de production audiovisuelle en ce qui concerne le contrat de commande pour la publicité : présomption de cession, négociation collective de la rémunération et commission paritaire¹⁵⁷³, principes qui rappellent s'il en est les mécanismes du droit du travail. Ces dispositions adoptées en 1985¹⁵⁷⁴ relèvent de la même inspiration. Par certains côtés, celles relatives au

¹⁵⁷³ CPI, art. L.132-31 et s.

¹⁵⁷⁴ L.n°85-660 du 3 juill. 1985 relative aux droits d'auteur et droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes, de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle, art. 14 et s.

contrat de commande pour la publicité ont même quasiment devancé celles de l'audiovisuel. Pourtant, ce régime semble ne pas devoir s'appliquer aux créateurs salariés. Curieusement, le débat à propos de l'article L.132-31 du Code de la propriété intellectuelle s'est focalisé sur l'applicabilité de l'article entre personnes morales, les employeurs de créateur salarié s'estimant auteur et revendiquant l'application de ce régime aux contrats conclus avec leurs partenaires contractuels. La jurisprudence¹⁵⁷⁵ comme la doctrine ont évidemment exclu l'application de ces dispositions aux rapports entre personnes morales : l'emploi du terme « auteur » exclut les personnes morales, et de manière plus générale tout non créateur ; les dispositions relatives au droit d'auteur n'ont pas vocation à s'appliquer dans les rapports entre cessionnaires et sous-cessionnaires¹⁵⁷⁶. L'expression « contrat de commande », à la différence du contrat de production, semble ici exclure définitivement de son champ d'application les rapports entre un producteur et un auteur qui serait par ailleurs son salarié. Pourtant, le contrat en cause, à bien l'analyser relève moins de la réglementation des conditions de la commande que des conditions de cession des droits d'exploitation¹⁵⁷⁷. Si la qualification principale de contrat de cession de droits avait été reconnue, ce régime dérogatoire aurait certainement pu s'appliquer aux rapports entre un producteur d'œuvres publicitaires et ses créateurs salariés, notamment lorsqu'elles sont réalisées pour le compte d'un tiers. Cela aurait présenté un double avantage : d'une part, donner un intérêt pratique réel à ce régime, qui faute de s'appliquer entre personnes morales ou entre employeur et salarié, revêt en pratique un intérêt limité¹⁵⁷⁸ ; et,

¹⁵⁷⁵ Cass. civ. 1^{re}, 8 déc. 2009 : Bull. n°239 ; RTDcom. 2010, p.118, obs. F. Pollaud-Dulian ; CCE 2010, comm. n°12, note C. Caron, *Legipresse* 2010, 271, III, 61, note C. Simler ; RIDA janv. 2010, p.375, note P. Sirinelli : « l'article L.132-31 du Code de la propriété intellectuelle ne s'applique pas aux rapports entre l'annonceur et l'agence de publicité, ces dispositions régissant les seuls contrats consentis par l'auteur, personne physique, dans l'exercice de son droit d'exploitation et non ceux que peuvent conclure, avec des sous-exploitants, les cessionnaires ou les personnes investies par la loi sur les œuvres collectives de ce droit ». V. néanmoins, CA Paris, 18 avr. 1991, RIDA juill. 1992, p.166.

¹⁵⁷⁶ Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1993, *Perrier*, préc. V. également concernant une agence de publicité : Cass. com. 5 nov. 2002 : CCE 2003, comm. n°1, note C. Caron ; Propr. Ind. 2003, comm. n°5, note P. Kamina.

¹⁵⁷⁷ Dans le même sens, F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, préc., n°1135.

¹⁵⁷⁸ Si ce dispositif ne concerne que les contrats de commande conclus avec des créateurs indépendants, il n'a vocation qu'à régir un petit nombre de cas, le secteur étant essentiellement tenu par des opérateurs structurés sous forme de société. Le marché de la publicité est certainement un secteur où la création est essentiellement une création d'entreprise, impliquant le plus souvent un processus de création collectif et émiétté. V. également C. Caron, note préc. intitulée « de l'inutilité du droit spécial d'auteur et des vertus du droit commun pour l'annonceur » et P. Sirinelli, note préc., spéc. p.389, notant que « par application des principes fondamentaux de la discipline, la notion d'auteur devrait renvoyer à celle de créateur, personne physique. Mais cette analyse, logique, a l'inconvénient pour certains de priver le texte d'une partie de son intérêt puisqu'il était rare que les créateurs soient parties au contrat de commande. En effet, sauf rare hypothèse d'un créateur indépendant repéré pour son talent, sa capacité d'exécution et son efficacité, il était dans la pratique, recommandé à l'annonceur de passer un contrat avec l'agence de publicité dans la mesure où cette dernière paraissait être un partenaire plus intéressant en raison de sa notoriété et de la puissance de l'équipe créative qu'elle héberge » et p. 395 : « c'est peu dire que la décision de la Cour de cassation, qui est d'une parfaite orthodoxie du point de vue des canons du droit d'auteur, risque de remettre en cause nombre de constructions mises en place par

d'autre part, sécuriser la relation entre l'employeur et son sous-cessionnaire. Il est en effet indispensable que l'employeur soit propriétaire des droits d'exploitation sur les œuvres créées par ses salariés pour pouvoir les céder à des tiers. La cession des droits à l'employeur est donc indispensable, mais ne peut, à défaut de régime dérogatoire et sauf œuvre collective, résulter que de la négociation individuelle et de la conclusion de contrats de cession pour des œuvres individualisées, conformément au droit commun du droit d'auteur.

la pratique ». Il évoque ensuite la possibilité de recourir à cet article pour régir les relations entre employeur et salarié mais constate qu'il paraît délicat d'appliquer le régime d'un contrat de commande entre un salarié et un employeur.

CONCLUSION

419. Le modèle littéraire et artistique propose un mode d'appropriation des créations créées dans le cadre d'une subordination fondé sur le modèle d'appropriation de la création, réservant donc la propriété initiale de la création au créateur, qui ne peut être qu'une personne physique. L'employeur, privé ou public, du créateur ne peut donc être titulaire des droits qu'à titre dérivé. L'indifférence de l'existence du contrat de travail implique par ailleurs l'application des dispositions du droit commun relatives à la cession. Toutefois, depuis la loi du 1^{er} août 2006, l'article L.111-1, alinéa 3, prévoit en son sein l'existence d'exceptions. La plupart de ces exceptions préexistaient à la loi du 1^{er} août 2006 (régime de l'œuvre collective, régimes dérogatoires applicables à la production audiovisuelle, aux journalistes, aux logiciels, qui existaient dès 1957 ou 1985). Il n'est pourtant pas anodin que l'introduction de la référence à des exceptions ait eu lieu avec la loi DADVSI, loi relative au droit d'auteur « dans la société de l'information ». Celle-ci n'a finalement rajouté que l'exception relative aux agents publics (régime qui cultive presque à outrance la logique de l'exception). Cette introduction de l'exception relative aux agents publics est toutefois une sorte de cavalier législatif au sein d'une loi de transposition d'une directive communautaire qui n'évoque pas le sujet. En revanche, cette loi correspond à l'introduction d'une nouvelle logique en droit d'auteur : logiques d'exceptions (qui sont multipliées), d'appréhension du droit d'auteur comme un agglomérat d'attributs et de pouvoirs, justifiées par les nouveaux usages et les nouvelles exploitations suscités par la société dite de l'information. Or cette loi a eu une incidence sur la conception ontologique du droit d'auteur. Il n'est donc pas anodin que ce soit à l'occasion de cette loi que soit affirmée l'existence d'exceptions au principe jusque-là puissamment énoncé, dès le premier article du Code de la propriété intellectuelle, d'indifférence du contrat de travail et du contrat de commande sur la titularité des droits. Et, de fait, les exceptions sont nombreuses : œuvre collective, logiciel, production d'œuvre audiovisuelle, contrat de commande pour la publicité, journalistes, agents publics). Ces exceptions sont sans doute justifiées, en tout cas, sont le fruit de la montée de la création d'entreprise, qui implique à la fois un émiettement créatif et une logique industrielle due aux investissements consentis. Le modèle d'appropriation des fruits du travail tend donc à influencer le modèle littéraire et artistique dans des secteurs particuliers (informatique, audiovisuel, publicité, presse) ou pour des catégories déterminées d'auteur (agents publics, journalistes, auteurs de logiciels) ou lorsque des processus particuliers de création sont mis en œuvre (production audiovisuelle). D'autres

secteurs réclament par ailleurs la mise en place de régimes spécifiques¹⁵⁷⁹. Pour autant, ces dérogations sont faites sans logique, produisant un camaïeu de situations juridiques non ordonnées : les droits des auteurs peuvent ainsi être dévolus à l'employeur, qui peut en d'autres occasions en être investi ; des présomptions de cession ou des cessions automatiques, ou simplement des droits de préférence sont également mis en place au profit de l'employeur. Le droit moral fait également l'objet d'exceptions sans qu'une logique puisse être vraiment mise en évidence, notamment dans la confrontation de la situation des créateurs agents publics et des créateurs salariés. Parfois des garanties sont offertes au créateur (réalisateur), parfois, sa création ne fait même l'objet d'aucune rémunération distincte de celle du travail réalisé (auteur de logiciel). Parfois, l'indifférence du contrat de travail aboutit à la conclusion parallèle de deux contrats : un contrat de travail et un contrat d'entreprise alors même que la prestation est quasiment similaire, mais que seul le contrat d'entreprise contient une cession de droit (réalisateur) ; au contraire, le contrat de travail peut emporter application du modèle non pas industriel mais du modèle d'appropriation des fruits du travail, réduisant ainsi en l'espèce la création à un travail ordinaire (auteur de logiciel). Le droit positif invite donc à réinterroger le modèle et à envisager une réforme, ce qui fera l'objet du titre II. Il convient en effet d'abord d'étudier le modèle industriel pour en déterminer les principes, les modalités concrètes de mise en œuvre, les éventuels tiraillements, et vérifier s'il apparaît suffisant et cohérent.

¹⁵⁷⁹ On pense notamment au secteur du multimédia, cf. infra n°513.

CHAPITRE II.

MISE EN EXERGUE DU MODÈLE INDUSTRIEL EN DROIT DES BREVETS

420. **Paradigmes distincts.** Contrairement au droit d’auteur, qui met en exergue le créateur, le droit de brevet met en exergue l’objet, le titre de propriété intellectuelle. En effet, l’objet de la propriété n’est même pas la création en elle-même mais le titre obtenu après dépôt, l’exclusivité de jouissance conférée par le dépôt¹⁵⁸⁰. Aussi, le créateur, s’il n’est pas indifférent à la matière, n’est pas au cœur du régime mis en place. C’est donc non les droits du créateur que le Code de la propriété intellectuelle s’évertue à définir dans son livre VI mais la protection des inventions et connaissances techniques¹⁵⁸¹. Le changement de paradigme n’est pas neutre. Toute l’inversion de philosophie est ici résumée et se reflète dans l’organisation même des articles du code. De la même manière, la création sous lien d’engagement n’occupe pas la même place en droit des brevets et en droit d’auteur. Alors que le droit d’auteur semble essentiellement rédigé pour des créateurs indépendants et que l’essentiel des dispositions consistent à, certes, définir les contours de la propriété mais aussi, presque surtout, les rapports de l’auteur avec ses cocontractants, les exploitants qu’il aura choisis, les circonstances de la création semblent relativement indifférentes en matière d’inventions¹⁵⁸² et le formalisme contractuel quasi absent. Tout le livre est organisé autour du titre : nature du titre, droit au titre, contenu du titre, limites du titre et protection du titre. La question du salariat est définitivement traitée par un article spécifique¹⁵⁸³. Cet article, introduit relativement

¹⁵⁸⁰ Cf. supra n°153.

¹⁵⁸¹ On remarquera que les dispositions de l’article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle relatives aux inventions de salariés ont, depuis la loi n°2011-1843 du 8 décembre 2011 relative aux certificats d’obtentions végétales, vocation à s’appliquer aux obtentions végétales. L’article L.623-24 renvoie expressément à l’article L.611-7 et précise simplement qu’il convient d’entendre le terme invention par obtention. Le droit des brevets joue ici pleinement un rôle de « modèle » pour la propriété industrielle. Ses dispositions quant au régime des créations subordonnées ont vocation à s’appliquer aux autres « connaissances techniques ». On peut d’ailleurs se demander si ce principe ne devrait pas être étendu à toutes les « connaissances techniques ».

¹⁵⁸² Si ce n’est sur la question des inventions de salariés.

¹⁵⁸³ CPI, art. L.611-7 : « Si l’inventeur est un salarié, le droit au titre de propriété industrielle, à défaut de stipulation contractuelle plus favorable au salarié, est défini selon les dispositions ci-après :

1. Les inventions faites par le salarié dans l’exécution soit d’un contrat de travail comportant une mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives, soit d’études et de recherches qui lui sont explicitement confiées, appartiennent à l’employeur. Les conditions dans lesquelles le salarié, auteur d’une telle invention, bénéficie d’une rémunération supplémentaire sont déterminées par les conventions collectives, les accords d’entreprise et les contrats individuels de travail.

Si l’employeur n’est pas soumis à une convention collective de branche, tout litige relatif à la rémunération supplémentaire est soumis à la commission de conciliation instituée par l’article L.615-21 ou au tribunal de grande instance.

2. Toutes les autres inventions appartiennent au salarié. Toutefois, lorsqu’une invention est faite par un salarié soit dans le cours de l’exécution de ses fonctions, 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’État, de se faire attribuer la propriété ou la jouissance de tout ou partie des droits attachés au brevet protégeant l’invention de son salarié.

tardivement (il aura fallu attendre la loi du 3 juillet 1978) se suffit à lui-même, hors les décrets qui en permettent l'application, et ne souffre pas d'exceptions ou d'adaptations¹⁵⁸⁴.

421. **Affirmation de la propriété de l'employeur.** Le régime actuel, largement issu des propositions de Jean Marc Mousseron distingue entre inventions de mission et inventions hors missions. Il ne faut pas en déduire pour autant que cette distinction constitue la ligne de démarcation entre inventions appartenant à l'employeur et inventions appartenant au salarié. La plupart des inventions réalisées par un inventeur bénéficiant d'un contrat de travail appartiendront à son employeur, soit parce qu'il s'agit d'inventions de mission et qu'elles sont donc *ab initio* la propriété de l'employeur ; soit parce que l'employeur en a revendiqué l'attribution, qu'il peut imposer au salarié dès lors qu'il est possible de déceler un lien quelconque entre l'invention et l'entreprise. Si l'inventeur est salarié, il est donc relativement rare qu'il bénéficie de la propriété du titre, sauf à ce que l'employeur n'ait pas été intéressé par l'exploitation. On comprend que le modèle du droit des brevets est ostensiblement centré sur le modèle d'appropriation des fruits du travail : c'est l'entrepreneur qui a vocation à la propriété, en sa qualité d'investisseur qui a pris l'initiative de la création ou qui a les moyens de l'exploitation, exploitation qui seule peut conduire à l'atténuation du modèle.

422. **Rémunération et exploitation.** Si le modèle a été clairement conçu pour permettre l'exploitation des inventions par l'employeur et interdire tout litige, le salarié étant lié par la décision de l'employeur quant au transfert de propriété, la contrepartie d'un tel modèle reste que le risque de l'exploitation pèse sur l'employeur qui doit par ailleurs rémunérer au salarié. Les modalités de cette rémunération varient selon que l'invention est une invention de mission ou une invention hors mission. On notera toutefois que les résultats de l'exploitation qui doivent être pris en compte en cas d'inventions hors mission semblent de moins en moins

Le salarié doit en obtenir un juste prix qui, à défaut d'accord entre les parties, est fixé par la commission de conciliation instituée par l'article L.615-21 ou par le tribunal de grande instance : ceux-ci prendront en considération tous éléments qui pourront leur être fournis notamment par l'employeur et par le salarié, pour calculer le juste prix tant en fonction des apports initiaux de l'un et de l'autre que de l'utilité industrielle et commerciale de l'invention.

3. *Le salarié auteur d'une invention en informe son employeur qui en accorde réception selon des modalités et des délais fixés par voie réglementaire.*

Le salarié et l'employeur doivent se communiquer tous renseignements utiles sur l'invention en cause. Ils doivent s'abstenir de toute divulgation de nature à compromettre en tout ou en partie l'exercice des droits conférés par le présent livre.

Tout accord entre le salarié et son employeur ayant pour objet une invention de salarié doit, à peine de nullité, être constaté par écrit.

4. *Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'État.*

5. *Les dispositions du présent article sont également applicables aux agents de l'État, des collectivités publiques et de toutes autres personnes morales de droit public, selon des modalités qui sont fixées par décret en Conseil d'État. »*

¹⁵⁸⁴ Contrairement au droit d'auteur, cf. chapitre précédent, section II.

indifférents en cas d'inventions de mission. Par ailleurs, la faveur à l'exploitation pourrait inciter, dans un modèle où la question de la propriété initiale semble dépassée, à mettre en place des dispositifs renouvelant la place du créateur, c'est en tout cas dans cette direction que semble s'engager le secteur public.

423. **Annonce du plan.** Après avoir présenté en quoi le modèle de propriété des inventions de salariés fait prévaloir le modèle d'appropriation des fruits du travail (section I), nous étudierons donc les atténuations au modèle (section II) qui, sans le remettre en cause car il n'est pas fondamentalement contesté, invitent à poursuivre la réflexion.

SECTION I.

PRÉVALENCE DU MODÈLE D'APPROPRIATION DU TRAVAIL

424. Le modèle du droit des brevets est clairement centré sur le modèle d'appropriation du travail : il met en exergue la propriété de l'investisseur (I) et s'organise autour des principes du droit du travail (II).

§ 1. PRINCIPE DIRECTEUR : PROPRIÉTÉ DE L'INVESTISSEUR

425. La reconnaissance de la propriété de l'investisseur s'est rapidement mise en place du fait de la renonciation au personnalisme (A) au profit d'un pragmatisme économique (B), qui ne pouvaient que s'imposer dans un domaine industriel, dont les motivations et logiques sont par essence économiques et financières et dont les modes de production s'organisent autour du salariat.

A. La renonciation au personnalisme

426. **Distinction de la propriété et de la titularité.** La distinction du titre et de l'invention a conduit à la dépersonnalisation du droit de brevet. L'objet de la propriété est en effet un titre délivré, après analyse, à l'auteur du dépôt de la demande de brevet¹⁵⁸⁵. Le fait créatif n'est donc pas suffisant à déterminer la titularité. L'existence du droit de propriété industrielle résulte d'un double fait générateur : la création et la divulgation dans le cadre de la demande de brevet. Le propriétaire du brevet n'est donc pas nécessairement l'inventeur, il peut être son ayant cause, qui dispose, par l'effet de la loi ou du contrat, du droit de déposer la demande de brevet en lieu et place de l'inventeur. L'immixtion du titre dans la relation entre le propriétaire et la chose permet une réflexion non plus en termes de propriété « naturelle », c'est-à-dire déterminée par le seul fait de la création, mais de titularité. Joseph Fometeu, qui est convaincu de l'absence de propriété sur les choses incorporelles, cherche à distinguer les notions de propriété et de titularité. Il justifie sa position par la définition de la titularité du vocabulaire Cornu¹⁵⁸⁶. Or « la détention [est] par essence détachable de la propriété, cela [signifie] que la titularité serait une qualité précaire séparable de la propriété de la chose sur laquelle porte le droit » ; aussi, « dans ce cas, elle peut très bien cohabiter avec une propriété, de la même manière que toute propriété entendue au sens classique

¹⁵⁸⁵ Cf. supra n°153.

¹⁵⁸⁶ Le titulaire y est le « détenteur en titre », le « sujet actif d'un droit ».

cohabite aisément avec une détention sur le même objet. La propriété reviendrait alors à la personne qui serait à l'origine de la situation juridique génératrice du droit, et la titularité profiterait à la personne effectivement investie du droit ¹⁵⁸⁷. Il prend alors l'exemple du droit d'auteur : « *toutes les fois où le créateur de l'œuvre est désigné par la loi sur le droit d'auteur comme premier titulaire ou titulaire initial, elle fait coïncider le fait juridique ayant conduit à la naissance de l'œuvre – la création – avec l'attribution des droits d'auteur sur cette œuvre. En revanche, si la loi investit une seconde personne comme sujet de droit en lieu et place de cet individu, il est évident que c'est cette seconde personne qui est titulaire du droit. Pourtant, on voit bien qu'à cause de l'effort créateur qu'elle a accompli, la première mériterait le titre de propriétaire de l'œuvre. On aboutit donc à une situation dans laquelle il existe une personne à laquelle on n'hésiterait pas à attribuer la propriété mais, une seconde personne, du fait qu'elle est effectivement investie, bénéficie de la titularité* »¹⁵⁸⁸. Ainsi, conclut-il, la propriété détermine qui est « *naturellement le bénéficiaire de la qualité de sujet du droit* » alors que la titularité détermine « *à quelle personne il est plus juste et il est plus expédient d'accorder la jouissance des droits* »¹⁵⁸⁹. Dans cette analyse, la propriété dérive donc d'un fait juridique (la création, la possession, l'incorporation). En cela, le propriétaire est déterminé « *naturellement* ». Au contraire, la titularité est le fruit d'une fiction juridique, c'est-à-dire la détermination légale et arbitraire de la qualité de sujet de droit. Cette désignation est arbitraire au sens qu'elle est indépendante d'un fait juridique, au profit de l'analyse utilitariste. Sans aller jusqu'à contester la qualification de propriété au droit portant sur le brevet¹⁵⁹⁰, on ne peut qu'admettre que, depuis la loi de 1844, la propriété « *naturelle* » de l'inventeur cède devant le droit au titre du premier déposant¹⁵⁹¹. Toutefois, on peut observer que la propriété du brevet résulte, d'une part, du fait juridique qu'il est le premier déposant ; d'autre part, que son droit à demander le brevet n'est pas contesté, autrement dit qu'il a un droit à demander le titre, si ce n'est en sa qualité d'inventeur, du moins en sa qualité d'ayant cause de l'inventeur. Si le premier déposant avait acquis l'invention illicitement, par subtilisation et non acte créatif ou acte juridique, le véritable inventeur pourrait exercer son droit au brevet demandé¹⁵⁹². La propriété du breveté n'est donc pas arbitraire mais tirée d'un fait (la primauté du dépôt, puisque la nouveauté de l'invention est une condition de la brevetabilité) ; et du droit (l'obtention du droit de demander le brevet par la loi ou le contrat). La propriété « *naturelle* »,

¹⁵⁸⁷ J. Fometeu, « La notion juridique de titularité : un essai de conceptualisation », *RLDI* 2007, étude p.83, spec. p.85.

¹⁵⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁸⁹ J. Fometeu, préc., p.86 cite ici F. Dessemontet, *Le droit d'auteur*, CEDIDAC, Lausanne, 1999, n°311.

¹⁵⁹⁰ Cf. supra n°278.

¹⁵⁹¹ Cf. supra n°268.

¹⁵⁹² Cf. supra n°268.

issue du fait de la création, celle du droit de demander le brevet, appartient à l'inventeur qui, par acte juridique, peut transmettre ce droit à un ayant cause. Sans relation avec l'inventeur, le premier déposant n'a pas de droit à demander le brevet, la divulgation étant en soi insuffisante : l'inventeur pourra exiger l'attribution du brevet. la propriété du breveté n'est pas concurrente mais consécutive de celle de l'inventeur. En effet, ce ne sont pas l'inventeur et le déposant qui sont concurrents dans l'accès à la propriété mais les inventeurs concomitants, et, par voie de conséquence, leurs ayants cause réciproques. La propriété du brevet relève donc moins de la fiction que du raffinement juridique dans la définition de l'objet du droit de propriété industrielle. Cette consécration légale du titre comme objet de propriété industrielle est néanmoins la conséquence d'une analyse pragmatique et économique¹⁵⁹³.

427. **La spécificité de l'invention au sein des créations.** L'invention est protégée par le brevet car elle a une importance économique et sociale particulière et il apparaît utile socialement qu'elle fasse l'objet d'une propriété. Le régime de cette propriété est soumis à la finalité même de la propriété intellectuelle : favoriser l'exploitation de biens utiles socialement. Cette exigence est plus perceptible encore en droit des brevets qu'en droit d'auteur car on présume ici que tout progrès technique est utile et, à défaut, l'intérêt national, notamment la défense, ou l'ordre public peuvent faire obstacle à cette exploitation. L'inexistence ou l'insuffisance de l'exploitation jouent un rôle non négligeable dans le régime de brevet, et ce d'autant plus que le public a un intérêt primordial à bénéficier des développements technologiques qu'il permet comme c'est le cas en matière de santé¹⁵⁹⁴ par exemple.

¹⁵⁹³ Cf. supra n°158.

¹⁵⁹⁴ V. sur ce point, les évolutions relatives au brevet de médicament. Pour un éclairage : P. Arhel, « Droit des brevets : vers un meilleur accès à la santé publique », *Propriété ind.*, juillet-août 2007, études n°17, p.13. V. aussi comment cette analyse justifie l'extension du champ de la propriété industrielle aux inventions biotechnologiques : A. Claeys, *Rapport sur la brevetabilité du vivant*, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Rapport à l'Assemblée Nationale, n°3502, Rapport au Sénat n°160, déposés le 20 décembre 2001 : M. le député Alain Claeys justifie la nécessité de transposer en droit français la directive relative à la brevetabilité du vivant par la nécessité d'encourager la recherche en matière pharmaceutique et la nécessité d'organiser un régime attractif de brevet pour favoriser l'installation des start-up et attirer les investisseurs dont celles-ci ont besoin : « *Ce type d'entreprise, fondée sans capital financier ni produit ou service à vendre, a besoin pour survivre jusqu'à la mise au point d'une invention, que des détenteurs de capitaux s'intéressent à elle. Ceux-ci investissent alors en pariant sur la réussite à terme de l'entreprise qui se matérialisera par un brevet permettant la mise sur le marché d'un produit ou d'un service. En cas de succès ils pourront ainsi rentabiliser leur investissement. Le brevet, ou plutôt l'espoir d'un brevet, apparaît ainsi comme un véritable produit d'appel pour des financements. C'est tout le phénomène des start up ou « jeunes pousses » qui s'est d'abord développé dans l'informatique et les nouvelles technologies de la communication. Le secteur des biotechnologies a été, à son tour, touché par ce phénomène. Les biotechnologies présentent des ressemblances avec ces technologies. Elles opèrent elles aussi sur le terrain de l'information, ici l'information génétique, et requièrent aussi une très forte créativité intellectuelle. Les produits qu'elles sont susceptibles de mettre au point possèdent également, comme pour l'informatique, des marchés potentiellement très étendus et très fortement rémunérateurs. Ces biotechnologies sont en effet considérablement stimulées par l'âpre concurrence au niveau mondial des entreprises pharmaceutiques qui ont fait le choix de ces technologies pour concevoir et réaliser les médicaments de demain. Il*

L'efficacité de l'exploitation ne répond pas au seul besoin économique ou cognitif mais aussi, parfois, à un besoin vital. Par ailleurs, il n'y a pas de réticences similaires à celles rencontrées en droit d'auteur, à admettre l'argument économique car, ici, le pacte social n'est pas fondé sur un échange entre l'inventeur et le public, comme le pacte culturel entre l'auteur et l'amateur : le progrès technique même s'il participe du progrès social en tant que vecteur de développement durable n'engendre pas un échange émotionnel entre l'inventeur et le public, comme l'œuvre permet un tel partage entre l'auteur et l'amateur. L'invention n'est pas vecteur de message, n'est pas lieu de communication mais facteur de progrès et réponse à un besoin. L'utilisateur de l'invention est donc avant tout un consommateur, ce que n'est pas l'amateur d'une œuvre de l'esprit¹⁵⁹⁵. Aussi, autant l'amateur a intérêt à l'authenticité du message véhiculé par l'œuvre et donc à la conformité du message délivré à celui conçu par l'auteur ; autant le destinataire de l'invention a moins intérêt à la conformité de l'invention à la conception de l'inventeur qu'au progrès technique le plus abouti. D'où des différences philosophiques importantes entre les deux matières qui se traduisent par des régimes distincts notamment quant à la titularité initiale (le droit des brevets retenant non plus la propriété du seul créateur, comme en droit d'auteur, mais la propriété de la personne la plus à même d'exploiter efficacement l'invention) et à l'exploitation des inventions dérivées (le droit des brevets admettant que les inventions portant atteinte à des brevets antérieurs puissent faire l'objet de licences de dépendance lorsque le progrès technique est important et l'intérêt économique considérable¹⁵⁹⁶, à charge de réciprocité, alors qu'en droit d'auteur, le juge ne pourra pas imposer l'exploitation¹⁵⁹⁷). C'est ici la faveur à l'exploitation qui justifie la titularité des droits. La renonciation au personnalisme est aussi permise par l'assimilation de l'invention au travail. Or l'appropriation du travail favorise l'investisseur au détriment de la personne physique travaillant dans un souci essentiel d'efficacité économique.

B. La propriété, conséquence d'une analyse économique

428. **Droit au titre et salariat.** Alors que l'existence d'un contrat de travail est indifférente à la jouissance des droits d'auteur, en matière d'inventions, la doctrine s'accorde à considérer

s'est donc créé, au niveau mondial, une concurrence très importante entre les pays pour mettre en place les conditions les plus attractives possibles pour ces entreprises de recherche ».

¹⁵⁹⁵ V. en ce sens P. Gaudrat et F. Sardain, « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur », CCE, 2005, études n°37. Cf. supra n°312.

¹⁵⁹⁶ CPI, art. L.613-15. On remarquera l'adjonction de la condition d'intérêt économique « considérable » par la loi du 6 août 2004. L'exigence de progrès technique aurait dû être suffisante.

¹⁵⁹⁷ CPI, art.L.113-4.

qu'il convient de prendre en compte le lien privilégié que l'inventeur entretient avec l'entreprise qui l'emploie pour déterminer la titularité des droits. L'assimilation de la création technique à une tâche nécessairement accomplie au sein d'une entreprise par des employés a influencé la mise en place du statut des inventeurs salariés au point que *« leur condition juridique va, dans une large mesure, dépendre de l'organisation contractuelle des relations entre l'employé, auteur de la création, et son employeur »*¹⁵⁹⁸. En effet, selon Roubier lui-même, *« c'est bien sans doute le droit des brevets qui peut déterminer la nature et le type des droits à accorder aux parties mais la question de savoir à qui seront attribués ces différents droits, comment s'opérera la répartition des avantages et des produits de l'invention entre les parties est bien une question qui doit être résolue, d'abord par l'étude des relations de travail établies entre elles, donc par le droit ouvrier : car c'est seulement en tenant compte de leur position respective et de leur rapport juridique réciproque que l'attribution ou la répartition des droits issus de l'invention peut être correctement effectuée (...), l'inspiration fondamentale du droit des brevets et celle du droit du travail sont foncièrement différentes »*¹⁵⁹⁹. Pouillet, se fondant sur le droit commun des modes d'acquisition de la propriété rappelait que *« l'employé n'est que l'instrument du patron. Sa situation nous paraît analogue à celle de l'individu qu'un propriétaire emploie à faire des fouilles sur son domaine, en vue de découvrir un trésor. Le trésor en ce cas, appartient exclusivement à celui qui a ordonné les fouilles ; l'autre n'y a aucun droit »*¹⁶⁰⁰. Pourtant, c'est parfois l'initiative personnelle du salarié qui conduit à la réalisation de l'invention. Le régime mis en place actuellement confère parfois à l'employeur un droit d'attribution des inventions dont le salarié seul a eu l'initiative¹⁶⁰¹. Or c'est cette initiative qui justifie pour Roubier aussi le droit de l'employeur sur les inventions de mission : *« le principe de base est que l'auteur d'une invention, c'est la personnalité qui a eu l'initiative de cette invention et qui, tant par elle-même que par les auxiliaires qui sont à son service, a abouti à sa réalisation... Si l'invention est due à l'initiative de l'employeur et si elle a été poursuivie sur ses ordres et selon ses directives, la circonstance que l'employeur ait eu recours à des personnalités dépendantes et travaillant sous ses ordres ne modifie pas l'attribution de la propriété de l'invention »*¹⁶⁰². Le régime actuel va donc plus loin et la relation entre l'invention et l'inventeur (même entendu dans un sens large pouvant inclure les personnes

¹⁵⁹⁸ J. M. Mousseron et J. Schmidt, « Les créations d'employés », *préc.*, p.273. Contra J.-P. Clavier, « Les principes relatifs à la titularité des droits sur une invention », *préc.*

¹⁵⁹⁹ P. Roubier, *Droit de la propriété industrielle*, T. II, Sirey, 1952, n°16.

¹⁶⁰⁰ E. Pouillet, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, Marchal et Billard, 4^e éd., 1899, n°188.

¹⁶⁰¹ CPI, art.L.611-7, 2° : le seul fait que l'invention concerne le domaine d'activité de l'entreprise engendre au profit de l'employeur un droit de se faire attribuer l'invention. De manière plus générale, le droit d'attribution est justifié par la fourniture de moyens ou d'informations, ou par le fait que l'invention a lieu au cours de l'exécution des fonctions du salarié, il n'y a aucune exigence d'initiative de l'entreprise.

¹⁶⁰² P. Roubier, *Droit de la propriété industrielle*, *préc.*, n°16 et s.

morales ayant eu l'initiative de l'invention) s'efface au profit de la relation entre l'inventeur et l'employeur. En effet, peu importe désormais qui a eu l'initiative de la recherche et de l'invention. La loyauté que l'inventeur doit à son entreprise va jusqu'à exiger que le salarié ne puisse exploiter lui-même une invention dont il aurait eu l'initiative et subi les coûts dès lors que sa création est susceptible d'intéresser l'entreprise¹⁶⁰³. L'interdiction de concurrence à l'entreprise implique qu'il s'efface si l'entreprise le souhaite. L'entreprise dispose donc de la force de travail de ses salariés mais aussi de leur créativité dès lors qu'elle leur assure l'essentiel de leurs revenus et quand bien même elle n'aurait ni investi, ni même favorisé ou initié la création. C'est l'essentiel de la créativité qui est ainsi mise à disposition des entreprises. Le législateur a ainsi harmonisé le statut des salariés inventeurs dans le sens apparaissant le plus favorable à l'exploitation, c'est-à-dire l'organisation de la propriété au profit de l'entreprise comme le recommandait Jean Marc Mousseron : *« le développement industriel appelle un renforcement du droit de l'employeur dans la mesure où celui-ci est, tout à la fois, le rassembleur des moyens matériels nécessaires à la recherche, aujourd'hui, à l'exploitation, demain, et l'assureur des risques nés de l'invention moderne. La tendance sociale, soucieuse du sort des inventeurs, rejoint les conclusions de la précédente car les préoccupations de sécurité des individus croissent avec le caractère de plus en plus aléatoire de l'invention : au temps où 70% des découvertes ne couvrent pas leurs frais, la meilleure protection des chercheurs réside dans une augmentation de la sécurité de leur emploi ou une amélioration de leur rémunération plus que dans l'attribution à leur profit de la propriété des inventions »*¹⁶⁰⁴.

429. **Droit au titre et efficacité économique.** Le droit au titre n'est pas déterminé par l'importance de la participation réciproque des parties au processus inventif mais par l'efficacité économique qui sert la finalité de la propriété intellectuelle : permettre et favoriser l'exploitation. La détermination de la titularité s'affranchit donc des considérations relatives au contrat de travail, à l'initiative de l'invention ou au fait créatif et consacre un mécanisme favorable à la personne la mieux à même d'exploiter l'invention : l'entreprise dès lors qu'elle est intéressée. Le droit tranche ici entre les différents intérêts en présence : intérêt du salarié qui a fourni une activité particulière et à ce titre mérite salaire ; intérêt de l'inventeur de voir son invention exploitée et son activité inventive reconnue ; intérêt de l'employeur d'exploiter le fruit du travail d'un de ses salariés qui est l'aboutissement d'une recherche, d'une créativité mais aussi d'un questionnement, d'un savoir-faire, d'une collaboration que l'entreprise a pu susciter ou favoriser ; intérêt de l'entreprise de renforcer sa position sur le marché par

¹⁶⁰³ Tel est le cas d'une invention développée hors temps de travail avec les moyens personnels de l'inventeur mais entrant dans le domaine d'activité de l'entreprise employeur.

¹⁶⁰⁴ J. M. Mousseron, « Les inventions d'employés », RTDCom, 1965, p.547.

l'exploitation d'innovations nouvelles ; et intérêt de la société de voir une invention renouvelant l'état de la technique exploitée efficacement. Ici la finalité d'exploitation triomphe au détriment de l'analyse personnaliste car le public a intérêt à accéder à l'invention et à ce que cet accès soit le plus simple et le moins cher possible. Dans ces conditions, l'exploitation par l'employeur a plus de chances d'être efficace que par le salarié : l'employeur est déjà formé et expérimenté, dispose d'une structure juridique, économique et financière rôdée à la production de biens et/ou services et/ou leur distribution. Même s'il faut développer une nouvelle activité, l'employeur a sans doute des moyens (techniques, financiers, humains, économiques, juridiques) plus importants. Le paiement des redevances et la technicité de la procédure de dépôt de brevet constituent en eux-mêmes des obstacles au dépôt de brevet par une personne physique¹⁶⁰⁵. Le droit est ici pragmatique. Si l'employeur peut obtenir la propriété d'une invention dont il n'a pas eu l'initiative, l'acquisition de cette propriété diffère de celle des inventions dont il a confié le développement au salarié. Il convient en effet de distinguer entre inventions de salariés.

430. **De la distinction des inventions de salariés.** En l'absence de législation, la jurisprudence avait mis en place une distinction tripartite des inventions de salariés (inventions de services, inventions libres et inventions mixtes) fondée sur la participation réciproque des parties au processus inventif¹⁶⁰⁶. Ainsi, les inventions de service sont réalisées pour le compte de l'employeur, qui en a la pleine initiative et met en œuvre les moyens matériels, financiers et humains pour parvenir à leur réalisation. Réalisées dans le cadre de l'activité du salarié et en

¹⁶⁰⁵ V. Question écrite n°67938 du 21 juin 2005 de M. Hervé Novelli à M. le Ministre délégué à l'Industrie, sur les problèmes posés par les coûts de dépôt et de maintien des brevets industriels auprès de l'INPI pour les inventeurs particuliers, et réponse : JO, Questions écrites, Assemblée Nationale, 23, 6 juin 2006, p.5975 et PIBD, n°834, I, 67. Le Gouvernement observe que la loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 a diminué le coût des redevances de dépôt, de délivrance et de maintien pour les personnes physiques, les PME et les organismes à but non lucratif du secteur de l'enseignement ou de la recherche (par arrêté du 2 août 2005, une réduction de 25 % a été mise en place).

¹⁶⁰⁶ E. Pouillet, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, préc., n°187 et s. citant notamment CA Paris, 11 août 1841, Longchamps et CA Lyon 19 mai 1886, Bobard à propos des inventions de mission appartenant à l'employeur dès lors qu'elles ont été créées sur instruction ou qu'elles sont la conséquence directe du travail auquel le salarié est préposé ; CA Paris, 21 juill. 1874, Aubé, à propos des inventions libres dont le salarié peut revendiquer la propriété et pour lesquelles ils peut être subrogé dans les droits de l'employeur qui aurait demandé le brevet alors que le salarié, employé à des fonctions administratives et commerciales, étrangères à la fabrication a créé seul l'invention et que l'entreprise n'y a eu accès que du fait de ses confidences ou des essais qu'il a effectué dans l'usine ; CA Lyon, 26 déc. 1857, Coquerel, à propos des inventions mixtes, qui résultent des efforts et moyens réunis de l'ouvrier et du patron pour arriver à un but commun et qui font l'objet d'une propriété commune (le pourvoi contre cette décision a été rejeté le 1^{er} décembre 1858, par la Cour de cassation). Pour d'autres exemples jurisprudentiels, V. également D. Chataignier, *Contribution à l'étude des droits des salariés sur leurs inventions*, préc. ; V. également P. Roubier, « Les inventions d'employés », DS 1945, p.356 et 460 ; J. M. Mousseron, « Les inventions d'employés », préc., p.547.

exécution de sa prestation de travail, ces inventions appartenaient à l'employeur. Les inventions libres n'ont aucun lien avec l'entreprise (le salarié les a réalisées seul, en dehors de son temps de travail et leur réalisation n'entrent pas dans le cadre de son emploi au sein de l'entreprise) et appartiennent au salarié. Enfin, les inventions mixtes résultent des efforts et moyens réunis de l'employeur et du salarié (par exemple, le salarié réalise une invention qui n'entre pas dans le cadre de ses fonctions habituelles, en dehors de son temps de travail mais avec des moyens mis à sa disposition par l'employeur) ; elles sont de ce fait la copropriété de l'employeur et du salarié. Cette distinction tripartite a de longue date été critiquée¹⁶⁰⁷. Hormis la préférence pour les distinctions binaires, la doctrine a longtemps souligné la complexité – et l'inefficience – du régime copropriétaire. Le Professeur Jean Marc Mousseron a donc plaidé pour un mécanisme binaire attribuant la propriété à l'employeur ou au salarié¹⁶⁰⁸, écartant les hypothèses de propriétés indivises envers lesquelles le droit civil français se montre circonspect¹⁶⁰⁹. Cette critique de la copropriété en matière de brevets a d'ailleurs conduit le législateur à adopter un régime spécifique de copropriété intellectuelle des inventions¹⁶¹⁰. Ce régime, supplétif, n'a pas vocation, à moins d'être choisi par les parties, à s'appliquer aux inventions de salariés puisqu'en la matière le législateur a suivi les préconisations du Professeur Mousseron et a préféré un système binaire fondé sur une propriété exclusive dont l'employeur est le plus souvent titulaire, de plein droit ou sur simple demande, sous réserve de contrepartie financière. A une attribution de la propriété conforme au fait créatif et à la participation de chacun au processus inventif (fondée essentiellement sur la direction de l'invention par l'entreprise ou la libre création par le salarié et tenant compte de l'éventuelle collaboration indirecte ou factuelle des parties) a donc été substitué un mécanisme fondé sur l'analyse du contrat de travail. Ainsi, et bien que la proposition Foyer ne prévoyait rien en matière d'inventions de salariés, fut institué par la loi du 13 juillet 1978, sur amendement proposé par

¹⁶⁰⁷ D. Chataignier, *Contribution à l'étude du droit des salariés sur leurs inventions*, préc., n°122 et s. : qui critique cette « distinction mouvante, parfois élastique, et, par certains côtés, arbitraire », qu'elle considère source « d'obscurités et de complications » et préférerait une division bipartite entre inventions ayant un rapport avec l'activité de l'employeur du salarié (appartenant à l'employeur ; on notera qu'elle admet, au-delà des gratifications bénévoles qu'elle estime que l'entreprise devrait attribuer aux inventeurs, une rémunération exceptionnelle pour le salarié ayant créé seul une invention, en dehors de toute contribution de l'entreprise, sans aucun précédent, ni conseil) et inventions libres (appartenant au salarié).

¹⁶⁰⁸ J. M. Mousseron, *Le droit du breveté d'invention*, LGDJ, Bibl. de droit privé, 1961 ; J. M. Mousseron « Les inventions d'employés », préc., p.547.

¹⁶⁰⁹ Pour illustration, Cciv., art. 1873-2 et 1873-3 rappelant pour l'un que les coindivisaires doivent consentir par écrit au maintien de l'indivision et que l'indivision peut être conclue soit à durée déterminée, pour une durée de cinq ans seulement ; soit à durée indéterminée, et qu'en ce cas, le partage peut être provoqué à tout moment par un coindivisaire.

¹⁶¹⁰ CPI, art. L.613-29.

le sénateur Marcilhacy, le futur article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle (à l'époque article 1 ter de la loi du 2 janvier 1968 modifiée par la loi du 13 juillet 1978) qui prévoit les règles d'attribution du droit au titre sur les inventions de salariés et la création de la Commission nationale sur les inventions de salariés (CNIS). Ces dispositions furent complétées par les décrets du 4 septembre 1979¹⁶¹¹ et 4 août 1980¹⁶¹² modifiés par le décret du 17 juillet 1984¹⁶¹³ puis par l'arrêté du 29 août 1985¹⁶¹⁴. La loi elle-même fut modifiée le 26 novembre 1990¹⁶¹⁵. Le mécanisme mis en place reprend les propositions du Professeur Mousseron. Il convient donc désormais de distinguer entre les inventions de mission, qui appartiennent à l'employeur, qui en a eu la pleine initiative et a confié au salarié-inventeur mission générale de recherche ou mission spéciale de trouver la solution au problème posé, et les inventions hors mission qui appartiennent au salarié, mais dont l'employeur peut réclamer la propriété lorsque l'invention intéresse l'activité de l'entreprise ou a été développée grâce à des moyens ou des informations mis à disposition du salarié par l'entreprise. Au-delà de l'initiative de l'invention, qui implique que l'employeur ait réellement confié une mission inventive au salarié, l'initiative économique de l'entreprise qui, dès que l'invention lui est déclarée, manifeste son intérêt pour l'invention et l'intention de l'exploiter, lui confère le droit de se faire attribuer l'invention. L'analyse philosophique et économique qui sous-tend l'appropriation des inventions réalisées sous lien d'engagement conduit à écarter les mécanismes propriétaires spécifiques à la création (attribution de la propriété intellectuelle au créateur du fait de la création puis transfert de propriété à l'ayant cause du créateur) au profit des mécanismes du droit du travail (spécificité du contrat de travail qui implique subordination des inventeurs salariés au choix de l'employeur).

§ 2. ORGANISATION DU MODÈLE AUTOUR DU DROIT DU TRAVAIL

431. L'invention peut naître de différents types de contrats d'engagement de création : le contrat de travail qui lie une personne physique salariée à son employeur, le contrat de commande qui lie deux personnes physiques ou morales, l'une demandant à l'autre de réaliser une invention pour son compte et le contrat de collaboration qui lie deux personnes physiques

¹⁶¹¹ Décret n°79-797 du 4 septembre 1979 d'application de la loi n°78-742 du 13 juillet 1978 dans ses articles 1-III, 40 et 48, relatif aux inventions des salariés : JO du 16 sept. 1979, p.2308.

¹⁶¹² Décret n°80-645 du 4 août 1980 relatif aux inventions des fonctionnaires et agents publics : JO du 14 août 1980, p.2010.

¹⁶¹³ Décret n°84-684 du 17 juillet 1984 relatif aux inventions de salariés : JO du 22 juill. 1984, p.2403.

¹⁶¹⁴ Arrêté du 29 août 1985 relatif aux déclarations d'inventions de salariés : JO du 2 oct. 1985, p. 11406.

¹⁶¹⁵ Loi n°90-1052, qui a imposé la rémunération supplémentaire en cas d'invention de mission.

ou morales qui participent à la réalisation de l'invention. Seules les conséquences d'une création pendant l'exécution du contrat de travail font l'objet d'une réglementation légale, essentiellement articulée autour des principes du droit du travail. Pour les autres contrats, la liberté contractuelle permet aux parties de déterminer les principes qui régiront la titularité des droits sur les créations nées de leur relation. Car c'est bien le droit du travail qui a résolu la question du droit au titre (A), même si l'on peut noter certaines particularités liées à la propriété intellectuelle (B).

A. Prégnance du droit du travail

432. L'omniprésence de l'analyse travailliste dans les rapports entre l'employeur et l'inventeur salarié conduit Laurent Drai à considérer qu'il y a en la matière « *adéquation du droit du travail et du droit des brevets* »¹⁶¹⁶. En effet, ce sont les normes du travail qui ont vocation à régir les relations des parties (1), l'existence d'un contrat de travail détermine le champ de l'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle (2), l'élément caractéristique du contrat, la subordination, gouverne l'attribution du droit au titre (3) et la procédure de classement des inventions repose sur l'obligation de loyauté du salarié, obligation intrinsèque au contrat de travail (4).

1. La référence aux normes du travail

433. **Convention collective.** L'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle confie expressément aux conventions collectives et aux accords d'entreprise le soin de déterminer les conditions dans lesquelles le salarié auteur d'une invention de mission doit être rémunéré. La volonté du législateur était donc clairement dès 1978 de donner aux partenaires sociaux une marge de manœuvre en la matière : tout en édictant les règles générales d'attribution du droit au titre, le législateur laissait les partenaires sociaux décider des conséquences pécuniaires du système mis en place. On remarquera néanmoins que la référence aux conventions collectives ne concerne que la rémunération supplémentaire des inventions de mission et non le juste prix, qui est déterminé par accord entre les parties ou par la CNIS. L'analyse des sources normatives suffit déjà à démontrer la dichotomie qu'opère le législateur entre les inventions de mission et les inventions hors mission : en matière d'invention de mission, la logique travailliste s'applique pleinement, ce qui n'est pas le cas, ou dans une moindre mesure, en matière d'inventions hors mission. Laurent Drai souligne que l'analyse des conventions

¹⁶¹⁶ L. Drai, thèse préc., Partie II, Titre II., p.219 et s.

collectives reste décevante¹⁶¹⁷. Quand bien même le législateur impose qu'y soient intégrées des dispositions relatives aux inventions pour leur extension¹⁶¹⁸, peu de conventions collectives sont vraiment prolixes en la matière. Alors que le législateur a laissé une grande autonomie aux partenaires sociaux pour la définition du mode de calcul de la rémunération supplémentaire, ceux-ci ne se sont pas vraiment saisis du sujet et n'ont pas, dans la plupart des secteurs, et non des moindres, fait montre de beaucoup d'originalité. Parfois, les dispositions reprennent même purement et simplement le dispositif de l'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle, sans même ajouter d'indication quant à la détermination du montant de la rémunération supplémentaire¹⁶¹⁹. Les partenaires sociaux sont peu enclins à négocier sur ce sujet qui n'apparaît pas, au moins aux yeux des représentants des salariés, comme une priorité, l'avantage procuré par une telle négociation ne touchant qu'une minorité de salariés au sein de la branche : il est donc rare qu'un dispositif spécifique ait été prévu¹⁶²⁰, et encore plus rare qu'il soit régulièrement renégocié¹⁶²¹. C'est donc plus au niveau de l'entreprise que de

¹⁶¹⁷ L. Draï, thèse préc., n°287

¹⁶¹⁸ Ctrav. art. L.133-5, 12°, f, devenu L.2261-22, 12°, f.

¹⁶¹⁹ Pour illustration : Convention collective du négoce et de la distribution de combustibles solides, liquides, gazeux et produits pétroliers du 20 décembre 1985, IDCC n°1408, art.28. Voir la convention renvoie simplement au Code de la propriété intellectuelle : Pour exemple, la convention de l'industrie laitière du 20 mai 1955, modifiée et recodifiée par avenant n°34 du 29 juin 2006, IDCC n°112, annexe II, avenant n°6, article 17 : « *Les conditions de protection et d'indemnisation des inventions faites par un ingénieur ou un cadre sont régies par les dispositions de l'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle* ». V. également renvoyant aux dispositions de la loi de 1978 et au décret de 1979 : Convention collective des entreprises de gestion d'équipements thermiques et de climatisation du 3 mai 1983, IDCC n°1256, art. 41.

¹⁶²⁰ On peut souligner néanmoins les dispositions de certaines conventions collectives qui se prononcent sur la nature de la rémunération supplémentaire à verser (prime forfaitaire ou proportionnelle, en rapport avec la valeur de l'invention ou avec le salaire, etc.). Pour illustration, V. convention collective des activités de production des eaux embouteillées et boissons rafraichissantes sans alcool et de bière du 1^{er} septembre 2010, étendue par arrêtee du 30 mai 2012, qui rappelle le dispositif légal, met en place une prime de dépôt et une prime d'exploitation et qui prend bien soin de préciser que ces primes sont forfaitaires, sans indiquer toutefois leurs modalités de calcul. ; convention collective des industries céramiques du 6 juillet 1989, IDCC n°1558, art. G25 qui prévoit l'association d'une prime forfaitaire et d'une prime proportionnelle, sans être toutefois précise sur les modalités de calcul de ces primes.

¹⁶²¹ V. convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie, art. 26, qui n'a pas été remise à jour depuis la loi du 26 novembre 1990 et qui prévoit encore une rémunération conditionnelle et non systématique, comme l'exige la loi nouvelle. Ainsi, elle subordonne le paiement de la rémunération à la démonstration de « *l'intérêt exceptionnel* » de l'invention, « *dont l'importance serait sans commune mesure avec le salaire de l'inventeur* ». La jurisprudence a d'ailleurs considéré que la convention collective devait, sur ce point, être réputée non écrite, pour être contraire à la loi : Cass. com. 22 fév. 2005 : Propr. ind. 2005, comm. 53, note P. Vigand. Pourtant, cette rédaction semble immuable V. convention collective des industries métallurgiques, mécaniques et connexes applicable dans la Gironde et les Landes, IDCC n°1635, mise à jour par avenant du 18 février 2011 et étendue par arrêtee du 1^{er} mars 2012 : « *Le salaire versé au mensuel auquel est confiée une mission inventive tient compte de celle-ci et rémunère forfaitairement les résultats de ce travail. Toutefois, si une invention dont le salarié serait l'auteur dans le cadre de cette tâche présentait pour l'entreprise un intérêt exceptionnel dont l'importance serait sans commune mesure avec le salaire de l'inventeur, celui-ci se verrait attribuer, après la délivrance du brevet, une rémunération supplémentaire pouvant prendre la forme d'une prime globale versée en une ou plusieurs fois* ». La

la branche que les modalités de calcul de la rémunération proportionnelle peuvent être négociées collectivement de manière pragmatique et efficace. Toutefois, il convient de nuancer le bilan. Quelques branches sont en effet à mettre particulièrement en exergue. On retrouve dans plusieurs conventions¹⁶²² des dispositions similaires, rédigées sur le modèle suivant :

« Dans le cas où un ingénieur ou cadre fait une invention ayant trait aux activités, études ou recherches de l'entreprise et donnant lieu à une prise de brevet par celle-ci, le nom du salarié doit être mentionné dans la demande de brevet.

Cette mention n'entraîne pas par elle-même de droit de copropriété.

2. Si, dans un délai de cinq ans consécutif à la prise du brevet, celui-ci a donné lieu à une exploitation commerciale, le cadre dont le nom est mentionné sur le brevet a droit à une gratification en rapport avec la valeur de l'invention, et ceci même dans le cas où le cadre serait à la retraite ou ne serait plus au service de l'employeur. Cette disposition s'applique également à tout procédé breveté nouveau de fabrication qui, notoirement appliqué, accroît la productivité de la fabrication à laquelle il s'applique.

Le montant de cette gratification sera établi forfaitairement en tenant compte du cadre général de recherche dans lequel s'est placée l'invention, des difficultés de la mise au point pratique, de la contribution personnelle originale de l'intéressé dans l'individualisation de l'invention elle-même et de l'intérêt commercial de celle-ci. L'intéressé sera tenu informé de ces différents éléments.

3. Lorsqu'un cadre fait, sans le concours de l'entreprise, une invention qui n'a trait ni aux activités, ni aux études et recherches de l'entreprise, cette invention lui appartient exclusivement ».

434. Ces dispositions mettent en exergue les principes de classement de l'invention, la nature forfaitaire de la rémunération, rémunération qui doit être calculée en fonction du contexte, de la difficulté de mise au point, de la créativité mise en œuvre par le salarié (« *contribution personnelle originale (...) dans l'individualisation de l'invention* », l'expression est en soi intéressante puisqu'elle évoque une création et renvoie au personnalisme) et de l'intérêt commercial de l'invention. La rémunération est ici fonction de la ligne de partage entre le travail (contexte de l'invention) et la création (la créativité s'exprime dans les difficultés à surmonter et le personnalisme), le personnalisme impliquant une association au succès de l'invention apprécié par l'intérêt commercial de l'invention, dont il est tenu compte pour le calcul de la rémunération. On notera toutefois que la rémunération forfaitaire n'est due qu'en cas d'exploitation commerciale dans les cinq ans. Or ceci contredit le principe posé par la loi de 1990.

mise à jour a été étendue alors même que ces dispositions ne sont pas conformes à la loi de 1990. A noter toutefois la renégociation des dispositions de la convention des industries laitières précitée (qui est intervenue à l'occasion de la réécriture générale de la convention collective). La renégociation a consisté à préciser que la rémunération supplémentaire devait s'entendre d'une rémunération forfaitaire.

¹⁶²² Industries chimiques (IDCC n°44) ; bureaux d'études techniques (IDCC n°1486) ; fabrication et commerce des produits à usages pharmaceutiques, parapharmaceutiques et vétérinaires (IDCC n°1555) ; ameublement (IDCC n°1411) ; bâtiment etc.

435. On évoquera spécialement le cas de la convention collective des industries de fabrications et commerce de produits à usage pharmaceutique, parapharmaceutique et vétérinaire¹⁶²³. Le dispositif est intéressant et très complet : la branche va jusqu'à prévoir la mise en place d'une commission paritaire de conciliation, interne à l'entreprise, chargée de déterminer le classement de l'invention, l'existence d'un droit à rémunération et le montant de la rémunération. En effet, au vu des enjeux concurrentiels, il est apparu essentiel aux partenaires sociaux que les difficultés soient gérées à l'intérieur de l'entreprise. Pour ne pas laisser le calcul de la rémunération à la seule appréciation du chef d'entreprise ou relever de la négociation individuelle, ce qui pouvait mettre l'inventeur salarié en difficulté, c'est donc une commission paritaire qui est mise en place. Cette commission composée de représentants du personnel et de l'employeur au fait de sa situation économique réelle est donc compétente pour déterminer le montant d'une rémunération spéciale pour l'inventeur salarié. Par ailleurs, la convention définit différentes sortes d'inventions et innovations pour déterminer des critères de classement et de rémunérations dues au salarié. Elle distingue selon que les inventions sont brevetables ou non, sont des innovations pures ou des substitutions, et selon qu'elles présentent un intérêt ou non pour l'entreprise (pour la rentabilité ou la productivité, mais aussi pour les conditions de travail ou la sécurité dans l'entreprise). Seules les inventions ou innovations présentant un intérêt pour l'entreprise font l'objet de ces dispositions. Ce point est important à souligner : il est des cas où l'invention du salarié n'intéresse pas l'employeur. Selon la loi, celui-ci en a néanmoins de plein droit la propriété dès lors qu'elle intervient dans l'exécution des missions d'invention du salarié. Légalement, l'employeur est tenu de verser la rémunération supplémentaire due au salarié alors même qu'il n'a pas l'intention d'exploiter et ne voit pas d'intérêt à cette propriété. Les partenaires sociaux se sont quelque peu affranchis de cette situation en considérant que n'étaient concernées que les inventions présentant un intérêt pour l'entreprise.

436. **Principe de faveur**¹⁶²⁴. L'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle se réfère expressément à ce principe particulier au droit du travail qu'est le principe de faveur. En effet, ce principe fondamental du droit du travail, bien que d'application nuancée, reste un élément essentiel de la compréhension de la hiérarchie des normes en droit du travail : les contrats de travail peuvent déroger à la loi et aux normes collectives dans un sens plus

¹⁶²³ IDCC n°1555, accord du 21 juin 1988 relatif aux dispositions particulières au personnel d'encadrement, art. 4.

¹⁶²⁴ Ou principe de l'application de la norme la plus favorable au salarié, V. en ce sens, J. Pélissier, G. Auzéro et E. Dockès, *Droit du travail*, préc. n°69.

favorable au salarié, les conventions collectives et accords d'entreprise peuvent eux aussi déroger à la loi et aux règlements dans un sens plus favorable aux salariés. Le premier alinéa de l'article L.611-7 laisse entendre que contractuellement, les parties peuvent organiser un régime de titularité des droits plus favorable au salarié : « *si l'inventeur est un salarié, le droit au titre de propriété industrielle, à défaut de stipulation contractuelle plus favorable au salarié¹⁶²⁵, est défini selon les dispositions ci-après* ». Autrement dit, la distinction des inventions de mission et hors mission pourrait être supplétive de volonté. Telle n'est pas l'interprétation retenue par la doctrine¹⁶²⁶, qui considère traditionnellement l'article L.611-7 comme étant d'ordre public et considère que seules les conséquences pécuniaires de l'attribution de la propriété, *ab initio* ou après levée d'option, sont soumises au principe de faveur. Quant à la rémunération, le législateur a laissé un large champ à la négociation : la seule contrainte réside dans l'obligation de rémunération. Le Professeur Mousseron considérerait que la loi du 26 novembre 1990 n'avait pas changé le droit positif¹⁶²⁷ : il est vrai que la transformation de la phrase « *les conditions dans lesquelles le salarié (...) peut bénéficier d'une rémunération supplémentaire sont déterminées par les conventions (...)* » en « *les conditions dans lesquelles le salarié (...) bénéficie d'une rémunération supplémentaire sont déterminées par les conventions (...)* » ne rend pas clairement compte d'une obligation de rémunérer le salarié et semble au contraire admettre qu'il soit possible de conditionner une telle rémunération. On ne peut toutefois éluder ici la volonté du législateur, clairement exprimée lors des débats parlementaires¹⁶²⁸. La modification législative doit d'ailleurs avoir un sens et l'emploi de l'indicatif ne laisse pas place à l'aléa. C'est d'ailleurs ce qu'a rappelé la Cour de cassation le 22 février 2005 : l'article L.611-7 disposait dans sa rédaction de 1978 que le salarié pouvait bénéficier d'une rémunération supplémentaire et dispose désormais que le salarié doit bénéficier d'une rémunération supplémentaire. Aussi, dès lors que l'article 26 de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie exclut la rémunération supplémentaire pour les inventions ne présentant pas pour l'entreprise un intérêt exceptionnel dont l'importance serait sans commune mesure avec le salaire de l'inventeur, cet article, contraire désormais au texte applicable, lequel est d'ordre public, doit être réputé non écrit ; les clauses d'une convention collective ne pouvant restreindre les droits que le salarié tient de la

¹⁶²⁵ Nous soulignons.

¹⁶²⁶ J.-P. Clavier, « Les principes relatifs à la titularité des droits sur une invention », préc.

¹⁶²⁷ J. M. Mousseron, JCP E 1991, I, 38, p.144, n°38. Dans le même sens, M. Mousseron, *JurisClasseur Brevets*, fasc. 250, n°36. *Contra* : P. Mathély, *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, Librairie du Journal des notaires et des avocats, 1991, p.162 ; J.-P. Martin, *Le droit des inventions de salariés*, Litec, 2002, n°120-125.

¹⁶²⁸ Rapport au Sénat n°233 (1989-1990) de M. Jacques THYRAUD, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 avril 1990, p.30 ; Rapport au Sénat n°477 (1989-1990) de M. Jacques THYRAUD, fait au nom de la commission des lois, déposé le 25 septembre 1990, p.26.

loi¹⁶²⁹. D'autres conventions collectives pourraient subir le même sort, qu'elles subordonnent le paiement de la rémunération supplémentaire à un intérêt exceptionnel¹⁶³⁰ ou à une exploitation dans un délai de cinq ou dix ans¹⁶³¹. De même, le contrat de travail ne peut être que plus favorable au salarié, qui ne peut contractuellement renoncer aux avantages qu'il détient du fait de la loi ou des normes collectives. Au-delà de la question des sources, le droit du travail semble inspirer la question du champ d'application de l'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle, qui recouvre celui du contrat de travail.

2. Le champ d'application de l'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle

437. L'article L.611-7 s'applique aux inventions de salariés, qu'ils soient sous contrat à durée déterminée ou indéterminée. L'existence d'un contrat de travail est toutefois indispensable. Ainsi, l'article L.611-7 ne peut être invoqué ni à l'encontre des dirigeants sociaux, ni à l'encontre d'un étudiant ou d'un stagiaire, ni à l'encontre d'une personne mise à disposition par une autre entreprise. On notera toutefois que l'article L.611-7 s'applique par analogie aux agents publics, alors même que la plupart de ces agents ne sont pas soumis à situation contractuelle mais légale et réglementaire. On peut néanmoins observer que si la situation de ces agents n'est pas contractuelle, ces agents sont bien dans un rapport de subordination vis-à-vis de l'Administration et que des dispositions sociales analogues leur sont appliquées, dans la mesure compatible avec les exigences du service public.

438. **Durée du contrat.** Pour qu'il y ait invention de mission, l'invention doit avoir été faite « dans l'exécution soit d'un contrat de travail comportant une mission inventive qui correspond à ses missions effectives, soit d'études et de recherches qui lui sont explicitement

¹⁶²⁹ Cass. com. 22 fév. 2005 : propr. ind. 2005, comm. 53, note P. Vigand, approuvant ici CA Lyon, 14 nov. 2002 : Propr. ind. 2004, comm. n°69, note J. Raynard. Dans le même sens : TGI Paris, 5 avril 2006 : Propr. Ind. 2006, comm. n°91, 1^{ère} esp., note J. Raynard. Néanmoins, ne relevant pas que la convention collective, qui pourtant prévoyait une disposition identique, est réputée non écrite : TGI Paris, même chambre, même section, 1^{er} fév. 2006 : Propr. ind. 2006, comm. 91, 2^e esp., note J. Raynard.

¹⁶³⁰ Tel est le cas de la convention collective de la métallurgie précitée, dont on connaît l'étendue du champ d'application, donc l'importance en pratique... ; ainsi que de la convention des industries pharmaceutiques du 6 avril 1956, IDCC n°176, art. 29.

¹⁶³¹ Tel est le cas de la convention collective des productions de papiers, de cartons et de celluloses, du 20 janvier 1988, IDCC n°1492, par exemple. Tel est également le cas de la convention collective des industries de la fabrication et de la distribution des produits à usages pharmaceutiques, parapharmaceutiques et vétérinaires du 1^{er} juin 1989, IDCC n°1555, avenant III, dispositions relatives aux cadres, art. 12 et accord du 21 juin 1988 relatif aux dispositions particulières au personnel d'encadrement, art. 4 combinés, qui, en plus d'exiger une exploitation dans les cinq ans, ne considère que les inventions qui ont un résultat bénéfique sur l'entreprise.

confiées », c'est-à-dire à l'occasion du contrat de travail. Toutefois, le processus inventif s'étalant dans le temps, la situation du salarié peut évoluer : le salarié peut démissionner, être licencié ou partir à la retraite alors que le processus d'invention est en cours. De la même manière, quels sont les effets d'un transfert d'entreprise sur la titularité des droits ? Il convient de déterminer une date d'invention : si cette date est antérieure au départ du salarié de l'entreprise, l'employeur est propriétaire des droits ; si cette date est postérieure, l'employeur ne peut être propriétaire des droits. La date de l'invention ne peut être la date de lancement du processus inventif¹⁶³². Peu importe l'initiative du processus créatif. Certes, il est fondamental de déterminer si le salarié s'est vu confier ou non une mission d'invention pour déterminer la titularité des droits. Mais avant de classer l'invention, il convient de déterminer si l'inventeur est ou non salarié. Cette question est indépendante de la question des missions du salarié ou des investissements consentis par l'entreprise ou de l'initiative de l'invention. Il suffit de déterminer la durée du contrat de travail et la date de l'invention. L'invention doit déjà avoir été conçue : l'existence d'un projet sans qu'une invention ait été réalisée est insuffisante¹⁶³³. La conception de l'invention peut en revanche suffire : elle peut précéder une phase de développement industriel, permettant de déterminer l'intérêt de l'invention, le champ des revendications et qui aboutira éventuellement à la rédaction définitive de la demande de brevet. Seule compte la date de l'invention, c'est-à-dire la définition d'une solution technique à un problème technique. Cette solution peut être déclinée ou améliorée de manière à être plus efficace, plus économique. C'est la date de la détermination d'une solution technique qui doit être prise en compte. Si l'inventeur connaissait la solution technique au problème de l'entreprise et qu'il a été embauché pour mettre en œuvre cette solution au sein de l'entreprise, l'entreprise ne pourra déposer le brevet qu'en qualité d'ayant cause de l'inventeur, sur le fondement de l'article L.611-6 du Code de la propriété intellectuelle. Si l'inventeur a trouvé la solution pendant le temps de son contrat de travail, qu'il ne l'a pas déclarée à son employeur, a démissionné et a déposé ensuite, l'employeur pourra revendiquer le brevet¹⁶³⁴. La difficulté est

¹⁶³² *Contra* : CA Lyon, 16 janv. 1997 : D. 1997, somm. p.333, obs. J.M. Mousseron, admettant que l'employeur est titulaire des droits dès lors que le processus inventif a été lancé avant la rupture du contrat de travail.

¹⁶³³ A l'inverse, le développement d'un projet par le salarié avant son entrée en fonction dans l'entreprise mais n'ayant abouti à la conception d'une invention que pendant l'exécution du contrat de travail est insuffisant à exclure l'application de l'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁶³⁴ Sous réserve de démontrer que l'invention a été réalisée dans le cadre du contrat de travail et qu'elle correspondait à une mission inventive : CA Lyon, 18 nov. 1999 : Annales, 2000, p.156, qui rappelle que si le salarié « *était désigné comme responsable recherche et développement dans les indications figurant sur son bulletin de salaire, il n'est pas prouvé qu'un tel service avait été mis en place au sein de cette société de taille très réduite ni que la désignation correspondait à une réelle attribution ; [que la société] ne produit aucune étude ni aucun plan qui auraient été réalisés par le service entre 1992 et 1993 ; que si le compte rendu d'activité de mai 1993 rédigé par [le salarié] à la demande [du chef*

alors de faire la preuve de la date de l'invention. Certaines demandes de brevet sont faites dans des circonstances obérant la bonne foi du salarié. Tel est notamment le cas des brevets déposés par un prête-nom comme la belle-mère ou la fille du salarié démissionnaire, exploités ensuite par la société récemment créée par ce dernier¹⁶³⁵. Tel n'est pas le cas en revanche quand le brevet est déposé sous le nom du salarié démissionnaire et de sa fille alors que celle-ci a effectivement des connaissances dans le domaine¹⁶³⁶.

439. **Transfert d'entreprise.** En l'absence de disposition légale spécifique au problème du transfert d'entreprise, il convient de se référer au mécanisme classique : selon les dispositions relatives au transfert d'entreprise en droit du travail, le transfert d'entreprise opère transfert automatique des contrats de travail, il y a donc modification juridique dans la personne de l'employeur ; selon les dispositions relatives à la titularité des droits sur les inventions de salariés, les inventions de mission appartiennent à l'employeur. C'est donc bien l'invention, et non le dépôt ou la délivrance du brevet qui est au cœur du régime des inventions de salariés. En effet, l'article L.611-7 est consacré à l'attribution du droit au titre et non à l'attribution du titre puisqu'il concerne le droit sur l'invention et non le droit sur le brevet. L'article L.1224-1 du Code du travail insiste, lui, sur la date de modification dans la situation juridique de l'employeur. Ce sont donc les dates d'invention et les dates de transfert qui vont être déterminantes. Ainsi, la combinaison de ces règles désigne comme propriétaire des inventions

d'entreprise] mentionne l'établissement de plans il résulte cependant de ce document que l'essentiel du travail était de la maintenance et non de la recherche d'un produit nouveau ; attendu surtout qu'au moment du dépôt de la demande de brevet le 26 juillet 1993, [le salarié] était délié de ses obligations à l'égard de son ancien employeur puisqu'il avait été licencié le 15 juin 1993 avec une dispense d'exécution du préavis d'un mois : que dans les semaines qui ont suivi la notification de la rupture du contrat de travail, [le salarié], en raison de sa parfaite connaissance de la technique du survitrage acquise avant même la constitution de la société [employeur] a eu tout le loisir de concevoir les éléments techniques de l'ensemble du châssis de survitrage objet de l'invention visé par le brevet ». On remarquera la précision avec laquelle la cour d'appel analyse les fonctions du salarié pour déterminer si l'invention a pu être réalisée dans le cadre de ses missions ou non. Or l'invention hors mission n'est attribuable que si elle comporte un lien avec l'entreprise employeur, tel n'est plus le cas lorsque le contrat est rompu.

¹⁶³⁵ CA Lyon, 16 janv. 1997 : D.1997, somm. p.333, obs. J.M. Mousseron. Le temps écoulé entre la fin du contrat de travail et le dépôt de brevet est clairement un indice de la fraude ou non du salarié : un délai de cinq jours paraît insuffisant à la création d'une invention (CA Paris, 12 mars 1999 : PIBD 1997, 633, III, 282) ; un délai de six semaines a en revanche pu être considéré comme suffisant (CA Lyon, 18 nov. 1999, préc.).

¹⁶³⁶ La qualification du co-déposant (poursuivant ici des études de mathématiques) suffit à créer un doute, qui bénéficie en ce cas à l'inventeur : CA Colmar, 25 oct. 2003 : Propr. Ind. 2003, comm. n°73. Au contraire, son absence totale de qualification sont des indices de bonne foi du salarié (TGI Paris, 11 juill. 2003 : RDPI 2004, n°15, p. 28 ; V. également Cass. crim. 6 mai 2002, n°81-455, où la Cour de cassation retient que le dépôt par des prête-noms et sociétés écran liés à l'inventeur d'inventions créées par un inventeur qui avait une mission d'invention devait conduire la cour d'appel à s'interroger sur le point de savoir si ces dépôts pouvaient constituer des manœuvres frauduleuses).

de mission l'ancien employeur si l'invention a eu lieu avant transfert de l'entreprise, le nouvel employeur si l'invention a été réalisée après le transfert.

440. **Exclusion des dirigeants sociaux.** Les dirigeants sociaux ne sont pas des salariés. Dès lors qu'ils n'ont pas la qualité de salariés, l'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle ne peut s'appliquer aux dirigeants sociaux. La Cour de cassation casse donc l'arrêt d'une cour d'appel qui applique par analogie l'article L.611-7 aux dirigeants sociaux¹⁶³⁷. Le dirigeant social inventeur est, en vertu de l'article L.611-6, titulaire du droit au brevet. Il peut néanmoins le céder à la société, qui déposera la demande de brevet en qualité d'ayant cause. On pourrait imaginer aussi que contractuellement les parties décident d'appliquer aux inventions futures du dirigeant social un mécanisme comparable à celui mis en place pour les inventions de salariés, distinguant les inventions futures correspondant à une mission inventive confiée expressément au dirigeant, qui seraient cédées *a priori* à la société, et les inventions futures créées en dehors de cette mission, pour lesquelles la société n'aurait qu'un droit de préférence en cas d'exploitation du brevet. Un tel dispositif contractuel permettrait à la société d'être le partenaire que le dirigeant social aurait à privilégier, voire en cas d'invention de mission, de pouvoir être contractuellement titulaire du droit à demander le brevet et revendiquer la propriété du brevet déposé en contravention du contrat. A défaut de stipulations contractuelles, le droit à demander le brevet ne peut être que la propriété du dirigeant social non salarié. Toutefois, le contrat de cession pourrait être verbal. Restera à prouver l'existence de la cession. Celle-ci devrait toutefois pouvoir être prouvée par tous moyens. Il est surprenant que les inventions des dirigeants n'appartiennent pas de plein droit à l'entreprise (contre rémunération). Ils sont en effet soumis aux mêmes obligations (voire à des degrés encore augmentés) de bonne foi, de loyauté et de mise à disposition de leurs compétences et force de travail pour la conduite de l'activité de l'entreprise. Si l'invention est en lien avec l'activité de l'entreprise, elle devrait, par analogie avec le régime applicable aux salariés, appartenir à l'entreprise qui rémunère le dirigeant pour son activité de direction de l'entreprise, cette activité pouvant comprendre la recherche et le développement, notamment lorsque l'entreprise est une entreprise innovante dont l'activité principale repose sur la recherche et le développement¹⁶³⁸.

¹⁶³⁷ Cass. com. 21 juin 1988 : RTDcom. 1988, p.621, obs. A. Chavanne et J. Azéma ; Annales 1989, p.54.

¹⁶³⁸ Lorsque l'on analyse la jurisprudence relative au cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail, on observe quant à la définition des « fonctions distinctes » exigées pour valider l'existence d'un contrat de travail et la jouissance à ce titre du statut de salarié, que le mandat social peut absorber les fonctions « techniques », notamment lorsque l'entreprise est petite, la taille de l'entreprise étant un élément essentiel dans l'appréciation du contenu du mandat. Pour des illustrations, qui ne concernent pas le secteur des

441. **Exclusion des stagiaires.** La jurisprudence a récemment rappelé que les stagiaires et étudiants ne sauraient être assimilés aux salariés quant au régime des inventions de mission : ce régime exceptionnel doit être interprété strictement et ne peut concerner que des salariés. Dans l'affaire qu'a jugée la Cour de cassation, un étudiant, accueilli dans un laboratoire CNRS dans le cadre d'un stage de DEA, a réalisé une invention. Le CNRS lui a alors communiqué – et fait signer – le règlement intérieur du laboratoire, qui disposait que toutes les inventions créées au sein du laboratoire, à l'aide des moyens mis à disposition par le laboratoire, appartenaient au laboratoire, et ce sans la moindre contrepartie financière¹⁶³⁹. L'étudiant a déposé une demande de brevet en son nom. Le CNRS a déposé une demande de brevet ne mentionnant même pas l'étudiant. Le Tribunal de grande instance de Paris¹⁶⁴⁰ a considéré que le stagiaire ne disposant pas de la qualité de salarié ne pouvait entrer dans le champ d'application de l'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle, consacré aux inventions de salariés. La cour d'appel de Paris¹⁶⁴¹ a, quant à elle, exclu l'application de l'article L.611-7 mais a considéré toutefois que l'étudiant, en tant qu'usager du service public administratif de la recherche dont l'exécution a été confiée au CNRS, est soumis au règlement intérieur édicté par le chef de service, qui est l'autorité compétente pour définir les conditions d'organisation et de fonctionnement de ce service. La cour ajoute qu'« à la différence des droits patrimoniaux que les dispositions décrétales prévoient au bénéfice des agents publics, il est légitime que les étudiants qui ont participé à une invention ne participent pas à ses fruits pécuniaires » : la formation et la délivrance du diplôme sont des récompenses suffisantes de son travail créateur. La Cour de cassation¹⁶⁴² a cassé cette décision « inique »¹⁶⁴³ au motif que l'étudiant n'était ni salarié du CNRS, ni agent public, ce dont il résultait que la propriété de son invention ne relevait d'aucune des exceptions limitativement prévues par la loi. Il est en effet de jurisprudence classique de considérer que l'élève d'un établissement d'enseignement accueilli dans une entreprise dans le cadre de sa scolarité sur la base d'une convention de stage conclue avec l'établissement d'enseignement et

entreprises innovantes mais que l'on pourra étudier par analogie, Cass. soc. 13 déc. 1984, n°82-41546 ; Cass. soc. 2 juill. 1987, n°85-40219 ; Cass. soc. 14 juin 2000, n°98-45328.

¹⁶³⁹ Le Conseil d'État a considéré que le directeur de laboratoire n'a aucun droit à édicter pareil règlement intérieur : CE, 22 fév. 2010 : CCE 2010, comm. n°46, note C. Caron ; LEPI, mai 2010, p. 5, obs. J.-P. Clavier.

¹⁶⁴⁰ TGI Paris 2 avril 2002 : PIBD, 122, III, 759.

¹⁶⁴¹ CA Paris, 10 sept. 2004 : D. 2004, AJ, p.2576.

¹⁶⁴² Cass. com. 25 avril 2006 : Propr. ind. 2006, comm. 62, note J. Raynard ; Propr. Intell. 2006, n°20, p.349, obs. B. Warusfel.

¹⁶⁴³ J.-P. Martin, *Le droit des inventeurs salariés*, préc. p.20, critiquant l'arrêt pour insuffisance de fondement juridique.

l'entreprise d'accueil ne devient pas le salarié de cette dernière¹⁶⁴⁴. L'exception au principe d'attribution *ab initio* du droit au titre à l'inventeur prévue en faveur des employeurs ne peut jouer en faveur de l'entreprise d'accueil. Seul l'inventeur ou son ayant cause pouvait donc être propriétaire du droit au titre sur l'invention. Le Professeur Raynard salue la décision de « *la cour [qui] réaffirme l'application du principe de droit commun en vertu duquel le droit au titre de propriété industrielle appartient à l'inventeur, et (...) [que] les exceptions à ce principe ne résultent que de la loi. Exit toute définition prétorienne, et aux accents moralisateurs, d'un statut propre à l'étudiant chercheur. De même, la présence d'un règlement intérieur affectant l'invention au laboratoire d'accueil ne résiste pas aux dispositions légales et au principe de l'article L.611-6 du Code de la propriété intellectuelle. (...) Au-delà des termes qui peuvent être employés, la ligne de démarcation doit être clairement tracée selon que la personne accueillie dans l'entreprise ou le laboratoire est, ou non, dans les liens d'un contrat de travail, lequel reste fondamentalement défini par l'existence d'une relation contractuelle rémunérée de subordination de l'employé à son employeur* »¹⁶⁴⁵. Ici le Professeur fait de la rémunération un élément déterminant de la distinction du contrat de travail et de la convention de stage. La subordination est en effet insuffisante puisque le stagiaire est comme le salarié en état de subordination vis-à-vis de son entreprise d'accueil. Il est soumis aux règles collectives de l'entreprise et au pouvoir de direction du maître de stage. L'absence de rémunération du stage est-elle suffisante à justifier l'exclusion de l'application de l'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle ? A l'inverse, la rémunération du stage suffirait-elle à permettre l'application de l'article L.611-7 ? Tel ne devrait pas être le cas, le niveau de rémunération n'ayant pas d'incidence sur la qualité de stagiaire. M. Flament constate que la jurisprudence pour qualifier la relation de convention de stage ou de contrat de travail ne se réfère pas tant à l'obligation de rémunération ou de formation de l'entreprise d'accueil¹⁶⁴⁶ qu'aux obligations du stagiaire, notamment en termes de quantité de travail, responsabilités confiées au stagiaire et au fait d'être considéré comme un salarié de l'entreprise¹⁶⁴⁷. Les juges vérifient donc que les responsabilités confiées au stagiaire n'excèdent pas ce qui peut être confié à un stagiaire, c'est-à-dire que le stagiaire n'est pas

¹⁶⁴⁴ Cass. soc. 3 oct. 1991 : DS 1991, p.786.

¹⁶⁴⁵ J. Raynard, note préc. Dans le même sens, contestant au chef de service administratif le pouvoir de déroger à la loi et mettant l'accent sur la nécessité d'une rémunération pour caractériser le salariat, J.-P. Martin, *Le droit des inventeurs salariés*, préc. p.20.

¹⁶⁴⁶ Il se réfère notamment à une décision de la Cour de cassation selon laquelle le dépassement du terme décidé d'un commun accord entre les parties (l'employeur et le stagiaire) à une convention de stage ne modifie pas le rapport fondamental de maître à élève. Le fait de rester dans l'entreprise après la fin du stage emporte, même en l'absence d'écrit, présomption d'accord à la poursuite de la relation sous forme de stage, même au-delà de l'année scolaire, donc en dehors de tout cadre pédagogique. V. Cass. soc. 14 nov. 2000 : RJS 2001, n°157.

¹⁶⁴⁷ L. Flament, « L'étudiant stagiaire », JCP S 2007, 1371.

amené à effectuer seul les tâches qu'un salarié ordinaire aurait effectuées. A défaut, le stage pourrait être requalifié en contrat de travail, requalification qui implique *ipso facto* application du droit du travail, et notamment versement des salaires. C'est donc moins la rémunération que les obligations et les conditions d'exécution du contrat du stagiaire (missions, autonomie, responsabilité, sujétions) qui permettent la qualification du contrat. Néanmoins, par analogie avec le régime des contrats à durée déterminée, pour lesquels l'employeur ne saurait demander la requalification en contrat à durée indéterminée¹⁶⁴⁸, le maître de stage ne saurait demander la requalification du contrat pour obtenir la propriété de l'invention. C'est à l'entreprise d'accueil d'assumer le risque du contrat qu'elle impose au stagiaire : la signature d'une convention de stage lui permet de se libérer des « contraintes » du droit du travail, notamment en termes de rémunération, de durée du travail, mais exclut l'entreprise d'accueil des garanties accordées à l'employeur notamment en cas d'inventions de salariés¹⁶⁴⁹. De la même manière, la décision unilatérale et *a posteriori* de l'entreprise d'accueil de rémunérer le stagiaire inventeur ne saurait obliger ce dernier à céder l'invention. L'entreprise d'accueil ne pourra déposer une demande de brevet qu'à titre d'ayant cause, donc après cession négociée librement entre les parties. Une telle décision implique donc que le droit *ab initio* de l'employeur vis-à-vis des inventions de son salarié résulte du fait qu'il a confié une mission inventive au salarié, qu'il a donc eu l'initiative de l'invention et qu'il a investi en moyens matériels, financiers et humains pour aboutir à l'invention mais aussi du versement du salaire qui constitue en partie, puisqu'il doit être augmenté d'une rémunération supplémentaire, la contrepartie de l'absence de vocation à la propriété du brevet de l'inventeur, disons du transfert du droit à l'appropriation. Les Professeurs Raynard et Warusfel s'accordent à considérer que l'entreprise d'accueil doit conclure un contrat avec le stagiaire. Le Professeur Warusfel met d'ailleurs en exergue que le règlement intérieur avait été accepté par le stagiaire¹⁶⁵⁰. On aurait donc pu s'interroger sur la nature contractuelle d'un tel document. Selon le Professeur Raynard¹⁶⁵¹, si une convention de cession de l'invention est nécessaire, il n'est pas en revanche indispensable de prévoir une

¹⁶⁴⁸ Cass. soc. 16 juill. 1987 : Bull. V. n°481.

¹⁶⁴⁹ V. la définition du statut du stagiaire par L. Flament, « l'étudiant stagiaire », préc., estimant que pour l'heure le stagiaire n'a droit qu'au minimum de rémunération mis en place par la loi n°2006-396, du 31 mars 2006, relative à l'égalité des chances (JCP S. 2006, 1303 ; V. aussi D. 2006-757, du 29 juin 2006 : JCP S 2006, 1601), au bénéfice des règles relatives aux règles d'hygiène et de sécurité car l'étudiant a vocation à faire partie de la communauté de travail et ne saurait être assimilé à un prestataire extérieur et à la protection pénale contre les abus de dépendance (Cpén., art. 225-13). Selon lui, il conviendrait par ailleurs d'étendre l'article L.900-2-1, devenu L.6343-1, du Code du travail à l'ensemble des stagiaires, afin notamment que s'appliquent à tous et de manière certaine les règles relatives à la durée du travail.

¹⁶⁵⁰ B. Warusfel, obs. préc.

¹⁶⁵¹ J. Raynard, obs. préc.

contrepartie financière puisque l'article L.611-7 ne s'applique pas : aucun juste prix n'est donc à déterminer¹⁶⁵². Outre la difficulté qu'il y aura peut-être à négocier une cession à titre gratuit avec le stagiaire inventeur, on peut s'interroger sur la validité d'une telle cession. Si son principe est légalement prévu par le Code de la propriété intellectuelle en matière de droit d'auteur¹⁶⁵³, aucune disposition du même genre n'existe en droit des brevets. Or le droit commun exige pour la vente la définition de l'objet et du prix¹⁶⁵⁴. Si le transfert du droit au titre relève du transfert de propriété¹⁶⁵⁵, le droit de la vente a vocation à s'appliquer. Par ailleurs, on peut se demander si une telle convention, lésionnaire, obtenue de la part d'un stagiaire, ne constituerait pas un abus de dépendance¹⁶⁵⁶. La cour d'appel de renvoi s'étant déclarée incompétente pour analyser la validité du règlement de service¹⁶⁵⁷, c'est le Tribunal administratif de Paris qui a tranché le litige en rappelant qu'un directeur de laboratoire ne pouvait dans le cadre d'un « règlement de service » prévoir de manière unilatérale « *une règle affectant les droits des usagers de ce service public, en ce qu'elle vise à les déposséder de leur titre de propriété* »¹⁶⁵⁸. Le directeur ne pouvait donc que prescrire des mesures visant à assurer le bon fonctionnement du service, le règlement est entaché d'incompétence : pour être ayant cause, le CNRS devait se prévaloir d'une cession du droit au titre. La solution renvoie à la décision de la Cour de cassation : le stagiaire est traité comme un inventeur indépendant. Or, selon l'article L.611-6 du Code de la propriété intellectuelle, le maître de stage doit démontrer sa qualité d'ayant cause.

¹⁶⁵² Il cite dans le même sens : M. Mousseron, *Les inventions de salariés*, Litec, 1995, n°156, qui considère que l'établissement d'accueil pourrait obtenir par contrat l'attribution de toute invention à venir du stagiaire dans un domaine très large correspondant aux activités de la société. La seule réserve admise par ces auteurs est celle de l'ordre public (V. Cciv., art. 6).

¹⁶⁵³ CPI, art. L.122-7.

¹⁶⁵⁴ Cciv., art. 1582.

¹⁶⁵⁵ Cf. sur ce point, supra n°250 et 251.

¹⁶⁵⁶ Cpén., art. 225-13. V. L. Flament, préc., mettant en exergue que des stages s'allongent et concernent toutes les formations, qu'ils sont un instrument de flexibilité pour les entreprises favorisées par le chômage de masse des jeunes face à la relative rigidité du droit du travail, et considérant que le fait d'obtenir des services non rétribués ou insuffisamment rétribués pourraient dans ces conditions constituer un abus de dépendance, il cite en exemple le cas d'une entreprise ayant fait effectuer 56 à 63 heures par semaine à un stagiaire pour une rémunération de 1760 francs (environ 270 euros). La qualité de stagiaire, si elle justifie une moindre rémunération, ne devrait imposer des sujétions plus importantes que pour les salariés. La propriété initiale des inventions accordées au stagiaire ne devrait pas permettre la conclusion d'une cession gratuite des droits alors que pour les inventions de salariés, la propriété de l'employeur implique le versement d'une rémunération supplémentaire ou exige le paiement d'un juste prix.

¹⁶⁵⁷ CA Paris, 4^e Ch. A, 12 sept. 2007 : Propr. Ind. 2007, comm. 94, note. J. Raynard.

¹⁶⁵⁸ TA Paris, 2^e ch., 11 juillet 2008 : PIBD 2008, n°881, III, p.521.

442. **Prêt de main d'œuvre.** L'article L.611-7 désigne bien l'employeur comme titulaire *ab initio* des inventions de mission et comme bénéficiant d'un droit d'attribution des inventions hors missions. Les critères de l'initiative de l'invention ou de la maîtrise du processus inventif n'étant pas évoqués, seule la qualité d'employeur importe. En cas de prêt de main d'œuvre, l'entreprise d'accueil, bien que soumise à certaines obligations vis-à-vis du salarié¹⁶⁵⁹, n'a pas la qualité d'employeur¹⁶⁶⁰. Dès lors, en cas de prêt de main d'œuvre, seul l'employeur a vocation à la propriété de l'invention¹⁶⁶¹. Il peut certes céder lui-même le droit au titre à l'entreprise d'accueil, mais cela résultera soit *a priori* d'un contrat de recherche¹⁶⁶², soit *a posteriori* d'un contrat de cession. Sauf stipulation contractuelle contraire, notifiée au salarié, c'est à son employeur que le salarié doit déclarer l'invention. De la même manière, seul l'employeur sera tenu du paiement de la rémunération proportionnelle ou du juste prix. En cas de travail temporaire, le salarié intérimaire pourrait demander la requalification de sa situation dans l'entreprise en contrat à durée indéterminée en cas de violation des cas de recours au travail temporaire ou de la durée maximale des missions par exemple¹⁶⁶³. Si l'entreprise utilisatrice ne peut invoquer ces dispositions d'ordre public relatif ayant vocation à protéger le salarié, elle peut en revanche continuer à faire travailler le salarié après la fin de sa mission, sans même conclure de contrat de travail avec le salarié ou de nouveau contrat de mise à disposition avec l'entreprise de travail temporaire. Or, en ce cas, le salarié est réputé lié à l'utilisateur par un contrat de travail à durée indéterminée et l'ancienneté du salarié est appréciée à compter du premier jour de sa mission chez l'utilisateur¹⁶⁶⁴. La requalification de la relation en contrat à durée indéterminée produit-elle un effet rétroactif susceptible de désigner *a posteriori* l'entreprise utilisatrice comme propriétaire du droit au titre ? Si une réponse positive était retenue, l'entreprise d'accueil devrait à tout le moins dédommager l'entreprise de prêt de main

¹⁶⁵⁹ Ctrav., art. L.1251-21 : « Pendant la durée de la mission, l'utilisateur est responsable des conditions d'exécution du travail telles qu'elles sont déterminées par celles des mesures législatives, réglementaires et conventionnelles qui sont applicables au lieu du travail. Pour l'application de l'alinéa précédent, les conditions d'exécution du travail comprennent limitativement ce qui a trait à la durée du travail, au travail de nuit, au repos hebdomadaire et des jours fériés, à l'hygiène et à la sécurité, au travail des femmes, des enfants et des jeunes travailleurs ». L'entreprise utilisatrice supporte aussi les charges afférentes à une surveillance médicale spéciale s'il y a lieu, ainsi que les équipements de protection individuelle. Le salarié a aussi accès aux infrastructures collectives (Ctrav., art. L.1251-22 ; L.1251-23 et L.1251-24).

¹⁶⁶⁰ En ce sens, M. Mousseron, *Les inventions de salariés*, préc., n°207.

¹⁶⁶¹ En ce sens, TGI Paris, 3 mai 2001, Caseau c. Coframi (Motorola) cité in J.-P. Martin, *Droit des inventions de salariés*, préc., n°50 : l'entreprise prêteuse est bien restée employeur donc c'est à elle que le salarié doit déclarer l'invention, ce qu'avait fait d'ailleurs, mais tardivement, le salarié. En l'espèce, le tribunal considère que c'est une invention hors mission attribuable.

¹⁶⁶² Cass. com. 24 fév. 1998 : DB 1998, I.6.

¹⁶⁶³ Ctrav., art. L.1251-40.

¹⁶⁶⁴ Ctrav., art. L.1251-39.

d'œuvre des frais éventuellement engagés pour la procédure de dépôt¹⁶⁶⁵. L'entreprise de prêt de main d'œuvre subirait du fait de la rétroactivité un préjudice (elle ne peut plus déposer le brevet) du fait de l'entreprise utilisatrice (qui a maintenu le salarié dans ses effectifs pour bénéficier en lieu et place de l'entreprise de prêt de main d'œuvre, du droit au titre). Il faut noter que si la jurisprudence considère que la requalification demandée par le salarié prend effet au premier jour de sa première mission¹⁶⁶⁶, elle a aussi considéré que la requalification ne produisait pas d'effet rétroactif au profit de l'entreprise de mise à disposition de main d'œuvre, qui ne saurait réclamer au salarié la restitution des indemnités de précarité qu'elle a versées en fin de mission, aucune décision n'ayant conduit à l'annulation ou la requalification du contrat qui la liait au salarié¹⁶⁶⁷. L'indemnité de précarité reste toujours acquise au salarié. La requalification du contrat est ici une sanction de la violation par les entreprises des dispositions relatives au travail temporaire, qui vise à protéger les salariés contre la précarité. La requalification s'accompagne d'ailleurs du paiement d'une indemnité forfaitaire égale à un mois de salaire. Il s'agit donc autant ici de donner à une relation contractuelle sa véritable qualification que de sanctionner les abus des entreprises dans le recours au travail temporaire. D'où l'absence de restitution des indemnités de précarité. Il n'est pas certain que ce mécanisme particulier au droit du travail et qui participe de la mise en œuvre du statut de salarié ait vocation à influencer les relations des entreprises entre elles¹⁶⁶⁸. Dès lors, la requalification demandée par le salarié ou la poursuite de la relation auprès de l'entreprise utilisatrice ne devraient pas remettre en cause l'attribution du droit au titre à l'entreprise de mise à disposition de main d'œuvre, le risque contractuel doit être assumé par l'entreprise utilisatrice qui a choisi le recours au travail temporaire et dont le consentement était libre et éclairé. Il importe donc en cas de recours au travail temporaire ou au prêt de main d'œuvre relatif à un salarié chargé d'une mission inventive de régler la question de la propriété des inventions éventuelles dans le cadre de la convention entre entreprises.

443. **Agents publics.** L'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle prévoit en son dernier alinéa que le dispositif applicable aux salariés est aussi applicable aux agents publics. Classiquement, les agents publics, s'ils ne sont pas parties à un contrat de travail mais soumis à situation légale et réglementaire, se voient appliquer le droit du travail, sauf dérogations

¹⁶⁶⁵ A défaut, il y aurait enrichissement sans cause.

¹⁶⁶⁶ Cass. soc. 21 janv. 2004 : RJS 2004, n°352.

¹⁶⁶⁷ Cass. soc. 19 janv. 1999 : Bull. n°36 ; RJS 1999, n°605.

¹⁶⁶⁸ *Fraus omnia corrumpit* et *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*... l'entreprise utilisatrice ne peut se prévaloir à l'encontre de l'entreprise de travail temporaire de la violation des règles de recours au travail temporaire.

nécessaires à l'exécution des missions de service public. Il en est de même en matière d'inventions de salariés : l'exécution des missions de service public et la relation de travail entre la collectivité employeur et l'agent convergent à justifier l'attribution à la collectivité employeur de l'invention de mission *ab initio*, ou du droit d'attribution de l'invention hors mission attribuable. La rémunération supplémentaire est fixée par décret, comme l'est tout élément du traitement d'un agent public. On notera toutefois que la détermination de la collectivité titulaire de l'invention n'est pas toujours évidente : les enseignants-chercheurs, par exemple relèvent de la fonction publique d'État, c'était à ce titre l'État, jusqu'à la réforme des universités, qui leur assurait leurs traitements ; ils participent pourtant de l'exécution des missions de service public de l'Université à laquelle ils sont rattachés et qui aujourd'hui les rémunère. Un agent peut également être détaché dans une autre administration : tel est le cas de l'enseignant-chercheur ou du personnel de la fonction hospitalière détaché auprès du CNRS afin de développer une invention : son détachement lui permet d'être libéré de ses autres obligations pour finaliser l'invention. Dès lors, qui a vocation à la propriété de l'invention ? L'État, la collectivité qui paie les salaires au jour de l'invention ou celle qui les assume finalement, l'organisme de recherche qui finance le laboratoire qui accueille le chercheur (quid des unités mixtes) ou la collectivité au sein de laquelle les recherches ont commencé ? Pour répondre à la question, il convient de déterminer la cause de l'appropriation. S'agit-il de la rémunération, de la participation à l'exécution de la mission de service public, de la subordination, de la mise à disposition de moyens ? Doit-on, comme en matière de prêt de main d'œuvre, mettre en exergue le partenaire contractuel, débiteur du salaire et titulaire du pouvoir de direction ? Doit-on distinguer les hypothèses et faut-il alors traiter spécifiquement la question du détachement d'agent ? L'article R.611-12 du Code de la propriété intellectuelle est sur ce point complexe à interpréter : il semble en effet distinguer selon que l'invention est de mission ou hors mission. Si l'invention est de mission, l'entreprise ayant vocation à la propriété est celle pour le compte de laquelle le chercheur effectue des tâches, études ou recherches, autrement dit, l'établissement ou la collectivité à laquelle il est rattaché, ou la personne au sein de laquelle il est éventuellement détaché. Si l'invention est hors mission, le droit d'attribution bénéficie à la personne publique employeur, est-ce à dire qu'il s'agisse d'une autre personne, notamment celle qui verse le salaire ? A moins de mettre en exergue l'exercice de l'autorité hiérarchique ? L'exercice de l'autorité hiérarchique n'est toutefois pas toujours un critère suffisant, notamment pour les enseignants-chercheurs qui sont indépendants en tant qu'ils bénéficient de garanties en vertu du principe de liberté de la

recherche. Certes, ils sont néanmoins soumis à autorité hiérarchique, mais le pouvoir hiérarchique se partage de manière ambiguë entre représentants de l'Université et de l'État¹⁶⁶⁹. Pour les doctorants contractuels, la situation peut être encore compliquée par la succession de contrats dont la collectivité employeur n'est pas identique et par les cofinancements. Le doctorant est rattaché au laboratoire de son directeur de thèse, faisant ainsi triompher le critère de la subordination sur celui du financement¹⁶⁷⁰, doit-on en conclure que c'est l'Université hébergeant ce laboratoire qui aura vocation à être titulaire des inventions du doctorant et non l'Université employeur ? L'éviction du critère de la rémunération exclurait aussi le co-financeur non employeur (collectivité territoriale notamment). Quant à la succession de contrats, il conviendra de déterminer la date de conception de l'invention pour déterminer qui était l'employeur à cette date, employeur qui devrait avoir seul vocation à la propriété. Qu'en est-il des enseignants-chercheurs affectés à une université mais qui sont membres d'un laboratoire relevant d'une autre université ? Le rattachement scientifique doit-il primer sur l'affectation ? Il convient selon nous de se référer aux critères de l'article L.611-7 : l'agent public, enseignant-chercheur, chercheur, ingénieur de recherche ou doctorant, a une mission de recherche effective, on peut dès lors déterminer si l'invention est créée dans le cadre d'un projet scientifique auquel l'agent a contribué dans l'exercice de ses fonctions ou non. L'invention est hors mission lorsqu'elle ne correspond pas aux missions de l'agent, autrement dit par exemple lorsqu'elle n'est pas réalisée dans le champ de compétence habituel de l'agent et hors tout projet de recherche auquel participe directement ou indirectement son laboratoire. Ainsi, si un agent est à titre exceptionnel associé à un projet d'un autre établissement et qu'il crée une invention à l'occasion de cette mission spécifique, l'invention qu'il réalisera restera une invention de mission, simplement il aura été mis à disposition ou aura collaboré à un projet mené à titre principal par un autre établissement, la mise à disposition de main d'œuvre ne modifie pas la vocation au titre de l'employeur. Mais si un agent est rattaché à titre principal et permanent à un laboratoire extérieur à son Université de rattachement, l'agent doit-il être considéré comme rattaché pour moitié à l'Université du laboratoire ? L'agent serait ainsi agent de la fonction publique d'État, rattaché pour l'exécution de ses missions d'enseignement à une université et pour l'exécution de ses missions de recherche à une autre. Dès lors, l'invention intervenant dans le cadre de ses missions de recherche appartient à l'Université de rattachement scientifique. Une telle solution nécessite une contrepartie : que ce soit

¹⁶⁶⁹ On notera néanmoins que si le Ministre a seul le pouvoir de sanction, le Doyen, le Président de l'Université et le Recteur sont susceptibles de rappeler à l'enseignant-chercheur ses obligations.

¹⁶⁷⁰ Ce qui peut poser des difficultés en cas de mutation du directeur de thèse en cours de thèse...

effectivement l'université de rattachement scientifique qui assume les charges financières liées à l'exécution des missions de recherche. Le rattachement scientifique ne saurait être simplement moral ou de convenance personnelle, il doit s'agir d'un rattachement administratif, entraînant des conséquences administratives¹⁶⁷¹. Il serait souhaitable d'unifier le régime des inventions et d'attribuer la propriété des inventions à la personne publique au sein de laquelle l'agent exécute ses missions de service public. La solution est justifiée : certes, elle laisse de côté le critère de la rémunération mais, d'une part, elle met en exergue la correspondance entre la mission confiée à l'agent et celle de la personne publique ; d'autre part, elle met en exergue la fourniture de moyens et le domaine d'activité de l'établissement ; critères retenus par la loi pour déterminer la vocation à la propriété dérivée de l'employeur sur les inventions hors missions de ses salariés. La situation des agents publics, si elle est souvent claire, peut être compliquée par l'existence de collaboration de recherche. Il convient de régler spécifiquement la question de la titularité des droits sur les inventions des agents publics à l'occasion de la formalisation de ces collaborations.

3. La subordination au cœur du classement des inventions

444. La subordination du salarié est au cœur du classement des inventions : c'est en effet la mission du salarié, acceptée par lui dans le contrat de travail ou qui lui a été expressément confiée par l'employeur en vertu de son pouvoir de direction, qui détermine le principal classement de l'invention. Mais au-delà de ce premier classement distinguant invention de mission et invention hors mission, la subordination joue aussi un rôle dans l'attribution de l'invention hors mission attribuable à l'employeur : le salarié ne peut en effet s'opposer à la décision de l'employeur de se faire attribuer l'invention, sauf à démontrer que l'invention ne comporte absolument aucun lien avec l'entreprise.

445. **Critère principal de classement des inventions : la mission du salarié.** Le contrat de travail peut prévoir expressément que le salarié aura une mission inventive. La mission inventive peut aussi résulter de l'intitulé du poste et de l'affectation du salarié. Tel est le cas des ingénieurs affectés à un service recherche et développement par exemple¹⁶⁷². Certaines

¹⁶⁷¹ Par exemple en termes d'accident du travail.

¹⁶⁷² CA Paris, 15 sept. 2006 : PIBD n°847, III, 153, qualifiant l'invention d'invention de mission car les salariés avaient une mission inventive du fait de leur qualité et de leurs fonctions. Ils étaient chargés de la mise en œuvre d'une mission d'études et de recherches confiée par une société du groupe à leur laboratoire (qui appartient à une autre des filiales du groupe et qui sert de ressource en matière de R&D à l'ensemble des sociétés du groupe). La cour met en exergue la subordination des salariés qui devaient rendre compte régulièrement de l'avancée de leurs recherches et résultats auprès du directeur de leur société et de la responsable produits de l'autre filiale, commanditaire de l'étude.

conventions collectives déterminent aussi quels postes emportent mission inventive du salarié¹⁶⁷³. La seule référence à un tel poste dans le contrat de travail suffit à emporter mission inventive du salarié¹⁶⁷⁴. Toutefois, la prévision générale d'une mission inventive n'est pas suffisante : cette mission doit correspondre aux fonctions effectives du salarié¹⁶⁷⁵. C'est alors au salarié de prouver que cette mission ne correspond pas à ses fonctions effectives ou qu'il a réalisé l'invention « *dans un cadre se situant en dehors de la mission dévolue par l'effet des contrats de travail* »¹⁶⁷⁶. Les inventions de mission ne peuvent toutefois s'entendre des seules inventions créées dans l'exercice des fonctions déterminées par l'intitulé du poste figurant dans le contrat de travail. Relèvent aussi des inventions de mission celles créées à l'occasion d'une mission d'études ou de recherches qui est explicitement confiée au salarié, même à titre exceptionnel¹⁶⁷⁷. Le salarié soumis au pouvoir de direction de l'employeur peut en effet se voir, à titre occasionnel, confier une mission d'invention temporaire et spéciale. Dès lors que cette nouvelle fonction n'entraîne pas de modification du contrat de travail¹⁶⁷⁸, le salarié doit,

¹⁶⁷³ Pour illustration, dans la convention collective de l'ameublement du 14 janvier 1986, IDCC n°1411, selon l'annexe III relative à la classification des cadres, seuls les cadres de position III, échelon 2 ou 3 ont une mission générale d'invention. La mission d'invention est aussi un critère d'évaluation de la technicité et de la complexité du métier qui permet entre autres critères d'apprécier la classification du salarié dans les conventions relevant du secteur de l'agro-alimentaire (V. convention de la biscoterie, IDCC n°2410 ; des pâtes alimentaires, IDCC n°1987 ; des volailles, IDCC n°1938, etc.).

¹⁶⁷⁴ CA Paris, 19 mai 2006 : PIBD n°835, III, 521. La cour se réfère à l'intitulé du poste (dessinateur projeteur, niveau 5, échelon 1), dont l'activité, selon l'article 3 de l'accord national du 21 juillet 1975 sur la classification applicable à la métallurgie, étendu par arrêté du 28 avril 1983 (JONC 1^{er} juin 1983), est « *généralement constituée par l'étude, la mise au point, l'exploitation de produits, moyens ou procédés comportant, à un degré variable, selon l'échelon, une part d'innovation. L'étendue ou l'importance de cette activité détermine le degré d'association ou de combinaison de ces éléments : conception, synthèse, coordination ou gestion. (...) Il a de larges responsabilités sous le contrôle d'un supérieur qui peut être le chef d'entreprise* ». Au premier échelon, « *l'innovation consiste à rechercher des adaptations et des modifications cohérentes et compatibles entre elles ainsi qu'avec l'objectif défini* ».

¹⁶⁷⁵ Cass. com. 18 déc. 1986 : Bull. n°241 : les juges du fond doivent rechercher et apprécier souverainement si l'invention a été faite par le salarié dans l'exécution soit d'un contrat de travail comportant une mission inventive qui corresponde à ses fonctions effectives, soit d'études ou de recherches qui lui ont été explicitement confiées.

¹⁶⁷⁶ CA Paris, 19 mai 2006 : préc. La cour qualifie l'invention d'invention de mission et condamne le salarié à rembourser les 70 000 euros qu'il avait touchés au titre du juste prix, ainsi qu'à payer les dépens, sans évoquer le paiement d'une rémunération supplémentaire. V. les critiques de J.-P. Martin, « Inventions de salariés : bilan de la jurisprudence 2006 », préc., § 10.

¹⁶⁷⁷ Cass. com. 18 déc. 1986 : Bull. n°241 ; Cass. com. 15 nov. 1994 : PIBD 1995, III, p.54 ; Cass. 13 janv. 1998 : D. Aff. 1998, p.258, n°12, note J. P.-S.

¹⁶⁷⁸ Conformément à l'article 1134 du Code civil, toute modification du contrat de travail doit en effet être acceptée par le salarié : Cass. soc. 10 juill. 1996 : J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, *Grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 4^e éd., n°50. On notera que si les nouvelles missions ne relèvent pas de la qualification du salarié, le salarié pourrait invoquer une modification du contrat de travail pour refuser cette mission. Toutefois, s'il a accepté sa nouvelle mission, il ne pourra plus invoquer l'absence de prévision d'une mission inventive dans le contrat de travail pour nier la qualité d'invention de mission à l'invention réalisée. V. Cass. com. 13 janv. 1998 : D. Aff. 1998, p.258, n°12, note J. P.-S : le fait que l'entreprise ait

du fait de la subordination, engager les recherches demandées. En cas de mission spéciale d'invention, la charge de la preuve de la mission inventive repose sur l'employeur. Tel est le cas lorsque le contrat désigne le salarié comme ingénieur de fabrication, qui a donc une mission de production et non de recherche¹⁶⁷⁹, ou comme directeur de la qualité, qui occupe un emploi administratif et n'a donc pas de mission inventive générale¹⁶⁸⁰. Ce sont donc plutôt les ingénieurs et directeurs de services techniques¹⁶⁸¹ ou recherches et développement qui sont soumis à mission inventive générale. Ainsi, une société, union de coopératives agricoles sucrières, a développé en son sein un service technique, chargé de recherches concernant le sucre et ses sous-produits et tourné vers un abaissement des coûts de production et en particulier les économies d'énergie. Des études et des essais étaient ainsi effectués au gré des demandes et des indications des usines adhérentes, celles-ci pouvant à l'occasion servir de terrain d'expérimentation. Le service technique assumait alors un rôle de coordination, de centralisation des données et d'assistance technique. Pour mener à bien ces actions, la société a alors créé son propre laboratoire. Ayant la responsabilité du service technique, le salarié « *ne pouvait qu'être étroitement impliqué dans toutes les démarches de nature à conduire à des inventions* »¹⁶⁸². La

exhorté de manière générale ses salariés à trouver une solution à une difficulté technique récurrente et qu'un chef d'atelier ait demandé à trois salariés de réfléchir à la question constituée une mission inventive. On peut se demander si cette mission exceptionnelle ne doit pas avoir une incidence sur la qualification des salariés et leur rémunération. Une telle mission exceptionnelle ne contredit-elle pas une classification à un niveau de simple exécutant ? Quelles peuvent être les répercussions de la reconnaissance d'une mission spécifique comme celle-ci sur la classification habituelle du salarié et son salaire habituel ? Il nous semble que c'est aussi une des raisons d'être de la rémunération supplémentaire, qui doit non seulement prendre en compte le caractère exceptionnel de l'invention quant à son degré d'inventivité ; mais aussi le caractère exceptionnel de l'activité par rapport à l'activité habituelle du salarié. Si la mission inventive est exceptionnelle par rapport à l'activité salariée habituelle, il n'y a pas nécessairement de raison de considérer qu'il y a modification du contrat de travail, de la qualification habituelle du salarié et de son salaire. Le caractère exceptionnel de la mission est rémunéré par la rémunération exceptionnelle, ici la rémunération supplémentaire. Si en revanche, on retient que le salarié s'est vu confier la mission du fait de ses capacités et des prédispositions qu'il manifeste dans l'exercice de ses activités ou de sa manière habituelle d'exercer son activité, une telle reconnaissance de l'employeur est incompatible avec une classification sur un poste de simple exécutant. L'employeur reconnaît ici l'autonomie du salarié, la rémunération habituelle du salarié doit y être conforme. La classification pourrait donc selon les conventions collectives servir parfois d'indice à la détermination des missions du salarié, s'opposer à la reconnaissance d'une mission inventive, à moins d'admettre que la classification ne correspond pas aux missions réellement exercées.

¹⁶⁷⁹ TGI Lyon, 10 mars 1997 : D. 1997, somm. p.333, obs. J. M. Mousseron (3^e esp).

¹⁶⁸⁰ CA Paris, 26 mars 2004 : Propr. Intell. 2004, p.792, obs. J.-C. Galloux.

¹⁶⁸¹ CA Paris, 7 fév. 1991 : Annales, p.300. V. aussi CA Paris 17 oct. 1989 : Annales, p.292, mettant en exergue que les fonctions du salarié, même directeur, ne comportaient pas de mission technique. Dans le même sens, CA Paris, 26 mars 2004, préc., mettant en évidence que le salarié a certes participé aux réunions techniques en rapport avec l'invention mais que cette participation, intervenue après la déclaration de l'invention par le salarié, ne permettait de prouver que l'intérêt de l'entreprise pour l'invention et non la mission technique du salarié, antérieure à l'invention.

¹⁶⁸² CA Paris, 7 fév. 1991 : Annales 1992, p.300.

cour conclut à l'invention de mission au vu de procès-verbaux et correspondances ne laissant aucun doute sur la part déterminante que le salarié prenait dans ses missions de recherche. La cour note aussi que le salarié avait, pour les besoins de ces activités de recherches et dans le cadre de son contrat de travail, effectué des voyages d'études dans divers pays étrangers et été détaché dans d'autres sociétés. La cour, analysant précisément le processus inventif, constate que le salarié était chargé de dresser les bilans des diverses expérimentations pratiquées soit au laboratoire soit en usine, d'en faire une synthèse et d'envisager la brevetabilité des solutions retenues. Les innovations brevetées s'inscrivent donc dans la ligne des essais et expérimentations conduits dans le cadre des orientations définies par la société et mises en œuvre par le salarié : *« le brevet en cause est l'aboutissement d'actions très précisément voulues par l'UCB aux fins d'innovation et dont le chef de son service technique avait la responsabilité, le poste hiérarchiquement élevé et les compétences reconnues de Ponant (major de l'ENSLA) dispensant bien évidemment son employeur de lui assigner expressément dans un contrat de travail une mission inventive dont son comportement avait dès le début de l'emploi manifesté qu'il l'avait parfaitement intégrée dans ses fonctions et qu'il assumait à la satisfaction de tous et d'abord de lui-même dans la mesure où son autorité dans ce domaine n'était ni contestée ni sujette à partage. Cette situation permettait [au salarié] de regrouper et synthétiser les enseignements procurés par les expérimentations dans les sucreries et au laboratoire de l'UCB et le plaçait plus que quiconque en position de parvenir à l'invention ; on ne saurait dès lors s'étonner que l'activité inventive dont résulte le brevet lui soit attribuée plutôt qu'à tel ou tel ingénieur de l'une des usines-membres. (...) [Et la cour de conclure que] l'invention en cause n'a pas été réalisée hors mission et s'est accomplie par obligation fonctionnelle et avec le concours des moyens fournis par l'employeur »*¹⁶⁸³. La cour note enfin que le salarié a attendu six ans pour contester le classement de l'invention, alors qu'il était responsable du dépôt de brevet dans l'entreprise et donc qu'il connaissait la législation sur les brevets, notamment les inventions de salariés. Il avait d'ailleurs été amené deux ans avant le dépôt de brevet de l'invention dont il contestait le classement à déclarer une invention personnelle. On voit ici que la cour relaie le défaut de précision d'une mission inventive générale dans le contrat de travail par l'analyse des fonctions réellement exercées par le salarié. Son affectation au sein d'un service technique et son niveau de qualification sont des indices importants d'une mission inventive, ce que confirme l'analyse du processus d'invention mis en œuvre dans cette entreprise. La connaissance par le salarié de la législation, en tant que responsable des dépôts de brevets et de personne déclarant régulièrement des inventions, sont aussi pris en compte dans la mesure où ils permettent d'évaluer la bonne foi du salarié dans la contestation tardive du classement de l'invention. De manière générale, en matière de preuve de la mission

¹⁶⁸³ CA Paris, 7 fév. 1991, préc.

inventive occasionnelle mais explicite, la jurisprudence souligne l'absence d'avenants, de mention de toute mission inventive lors des entretiens annuels d'évaluation, ou, au contraire, retient des notes de service et courriers échangés avec le salarié, des procès-verbaux de réunions techniques démontrant l'implication du salarié dans un processus collectif d'invention, voire des courriers non adressés au salarié mais qui mentionneraient le salarié comme travaillant sur le projet, ainsi que des témoignages¹⁶⁸⁴. La jurisprudence détermine si le salarié a réalisé l'invention de manière autonome ou s'il devait rendre des comptes à des personnes intéressées par l'invention¹⁶⁸⁵. La subordination dans le processus d'invention est donc un critère de l'invention de mission. On notera que la jurisprudence distingue strictement les critères de l'invention de mission et de l'invention hors mission attribuable. Aussi le critère de l'invention de mission se résume-t-il à l'existence ou non d'une mission inventive effective, peu important que l'invention n'entre pas dans le domaine d'activité *stricto sensu* de l'entreprise : « *les dispositions de l'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle qui définissent les inventions qui appartiennent de plein droit à l'employeur, ne distinguent pas suivant le domaine d'activité de l'entreprise concernée. Dès lors, l'invention (...) qui découle de l'exécution des études et recherches qui ont été confiées au salarié, appartient, à l'employeur, peu important que son domaine d'application dépasse le domaine d'activité de celui-ci* »¹⁶⁸⁶. L'invention dans le domaine d'activité de l'entreprise n'est donc qu'un critère d'attribuabilité de l'invention hors mission.

446. **Droit d'attribution des inventions hors missions : prise en compte de la subordination.** Lorsque le salarié inventeur n'avait aucune mission inventive, générale ou spéciale, l'invention appartient par principe au salarié. L'employeur peut néanmoins se faire attribuer l'invention s'il démontre que le salarié a utilisé des moyens mis à disposition par l'entreprise, a réalisé l'invention pendant son temps de travail ou que l'invention intéresse le domaine d'activité de l'entreprise. Lors de l'adoption de la loi, la doctrine a pu s'interroger à propos de l'expression « se faire attribuer l'invention ». Certains se sont demandé s'il s'agissait d'une licence obligatoire ou d'une licence d'office¹⁶⁸⁷. Mais l'on peut objecter avec le Professeur Azéma que, contrairement aux cas de licences obligatoires, le droit d'attribution s'exerce en dehors de tout contrôle administratif ou judiciaire – sauf conflit à propos du

¹⁶⁸⁴ V. notamment TGI Lyon, 10 mars 1997, préc. ; Cass. 13 janv. 1998, préc.

¹⁶⁸⁵ CA Paris, 15 sept. 2006, préc.

¹⁶⁸⁶ TGI Paris, 1^{er} fév. 2006 : Propr. Intell. 2006, n°20, p.347, obs. J.-C. Galloux.

¹⁶⁸⁷ V. les débats lors des journées d'actualités de droit de l'entreprise de Montpellier, en 1979, publiées sous le titre *Les inventions d'employés*, Journées d'actualité du droit de l'entreprise, Montpellier, Librairies Techniques, coll. Actualités du droit de l'entreprise, 1979, spéc. p.141 et s.

classement de l'invention ou du montant du juste prix - et ne poursuit pas un intérêt collectif supérieur¹⁶⁸⁸. Par ailleurs, le droit d'attribution permet à l'employeur de se faire attribuer l'invention en pleine propriété ou en jouissance. Il ne s'agit donc plus, en cas de transfert de propriété, d'une licence obligatoire mais d'une cession obligatoire. En réalité, en cas d'inventions hors mission attribuables, deux droits au titre, celui de l'employeur et celui du salarié, sont en concurrence¹⁶⁸⁹. Le salarié bénéficie d'un droit au titre en sa qualité de créateur. L'employeur bénéficie d'un droit au titre en sa qualité d'investisseur, ayant, par la mise à disposition de moyens financiers, techniques, temporels ou informationnels, permis la réalisation de l'invention, ou susceptible d'assurer l'exploitation de l'invention. Le droit au titre du salarié s'efface au bénéfice de celui de l'employeur : économiquement, on favorise l'investissement par rapport à l'acte créatif (même entendu au sens d'initiative créatrice, le salarié ayant par définition eu seul l'initiative de l'invention) ; juridiquement, on reconnaît la prépondérance d'une partie sur l'autre, le choix de l'employeur s'impose donc au salarié qui est en état de subordination. C'est donc l'employeur qui dispose d'un droit d'option et non le salarié, soumis au pouvoir de direction de l'employeur, qui peut donc décider de l'attribution de la propriété. En revanche, l'attribution en propriété du droit au titre donnera lieu à cession ; si l'employeur revendiquait la seule jouissance de l'invention, il exigerait du salarié la concession d'une licence. Le droit du travail trouve ici ses limites : si le salarié n'a pas la possibilité de refuser le contrat, le juste prix n'a pas nature de salaire et il est fixé non pas en fonction du salaire mais des perspectives d'exploitation de l'invention et des apports respectifs des parties dans la création de l'invention¹⁶⁹⁰.

4. La subordination au cœur de la définition des obligations du salarié

447. **Obligation de déclaration de l'invention.** Selon l'article L.611-7, 3°, du Code de la propriété intellectuelle, le salarié a l'obligation de déclarer toute invention qu'il a créée à son employeur¹⁶⁹¹. Il doit l'en informer dans les plus brefs délais par lettre recommandée avec accusé de réception¹⁶⁹². Tout manquement à cette obligation réglementaire est susceptible de

¹⁶⁸⁸ J. Azéma, « Le droit à attribution des inventions mixtes », in *Les inventions d'employés*, préc., p.135.

¹⁶⁸⁹ Et non plus en indivision comme c'était le cas avant 1978, la jurisprudence consacrant la copropriété entre l'employeur et le salarié des inventions mixtes. Cf. supra n°430.

¹⁶⁹⁰ CPI, art. L.611-7, 2°.

¹⁶⁹¹ La jurisprudence exige que le salarié divulgue toute information technique relative à l'invention dès lors que c'est à l'employeur d'apprécier au vu de la déclaration s'il peut faire une demande de brevet : CA Paris, 12 sept. 2003 : D. 2005, pan. 962, obs. Raynard ; PIBD 2004, III, p.97.

¹⁶⁹² CPI, art. R. 611-1 et s.

sanction disciplinaire, pouvant aller jusqu'au licenciement. Il convient néanmoins de tenir compte pour apprécier la gravité des faits du comportement du salarié et de l'employeur. Le salarié ignorant ne sera pas aussi durement sanctionné que le salarié régulièrement informé par l'employeur des procédures de déclaration. *A fortiori*, le salarié informé qui détourne sciemment l'invention à son profit et dépose une demande de brevet en fraude des droits de l'employeur pourra faire l'objet d'une sanction plus lourde et être licencié. L'employeur pourra par ailleurs revendiquer la propriété du brevet obtenu par le salarié, voire, en cas de préjudice, engager la responsabilité du salarié. L'absence de déclaration par courrier recommandé avec accusé de réception ne pourra toutefois pas être reprochée si le salarié a informé l'employeur dans une autre forme, ce que l'employeur qui a déposé et exploité le brevet ne peut nier¹⁶⁹³. Le formalisme du recommandé, inhabituel, voire inhibant dans les relations entre employeur et salarié, ne doit pas être opposé au salarié qui a exécuté son obligation d'information.

448. **Obligation de loyauté.** Comme tout contrat, le contrat de travail emporte toutes les suites que l'équité ou l'usage peuvent prévoir¹⁶⁹⁴. Sur ce fondement, on admet généralement que le salarié est soumis à une obligation générale de loyauté¹⁶⁹⁵. Par ailleurs, le contrat de travail doit être exécuté de bonne foi¹⁶⁹⁶. Le salarié ne peut donc adopter un comportement qui nuirait aux intérêts de l'entreprise. Aussi le salarié ne peut-il empêcher l'employeur de déposer une demande de brevet : le salarié qui, découvrant que l'invention va être classée invention de mission et qu'il n'a pas vocation à la propriété du brevet, divulgue l'invention ou renonce à la demande de brevet qu'il avait déposé, pour que l'invention tombe dans le domaine public, manque à son obligation contractuelle de loyauté et pourra faire l'objet d'une sanction disciplinaire. L'obligation générale de loyauté du salarié emporte obligation générale de non-concurrence. Il est toutefois plus sécurisant pour l'employeur de prévoir dans le contrat de travail une clause d'exclusivité, qui lui permettra de s'assurer l'exclusivité de l'activité professionnelle du salarié pendant la durée du contrat de travail, et une clause de non-concurrence, qui lui permet de restreindre – temporairement et spatialement – la liberté de travail du salarié, pour un secteur d'activité donné, après rupture du contrat de travail,

¹⁶⁹³ Cass. com., 18 déc. 2007 : Propr. ind. 2008, comm. n°18, note J. Raynard, qui considère toutefois que la cour a pris en compte le contexte artisanal de l'entreprise comprenant cinq personnes, y compris les associés, ce qu'elle rappelle expressément. On notera toutefois que l'employeur qui a déposé et exploite l'invention ne pourrait invoquer que de mauvaise foi l'absence d'information par le salarié.

¹⁶⁹⁴ Cciv., art. 1135.

¹⁶⁹⁵ Qui interdit notamment au salarié de concurrencer l'employeur pendant toute la durée du contrat de travail : Cass. soc. 5 mai 1971 : Bull. V. n°327.

¹⁶⁹⁶ Ctrav., art. L.1222-1.

moyennant une contrepartie financière¹⁶⁹⁷. Mais, même en l'absence de telles clauses, des salariés ne sauraient déposer une demande de brevet pour une invention dont le processus de création a été entamé au sein de l'entreprise¹⁶⁹⁸, créer leur propre société pour exploiter eux-mêmes l'invention et, après départ de l'entreprise, démarcher les clients de leur ancien employeur¹⁶⁹⁹. Par un tel comportement, les salariés manqueraient à leur obligation générale de non-concurrence, ce qui justifierait leur licenciement. Par ailleurs, l'employeur pourrait, malgré la procédure de dépôt engagée en fraude de ses droits, revendiquer l'invention sur le fondement de l'article L.611-8 du Code de la propriété intellectuelle.

B. Limites du droit du travail et influence de la propriété intellectuelle

449. Bien que le droit du travail soit prégnant dans l'organisation du régime des inventions de salarié, il connaît certaines limites, notamment quant à la qualité de créateur (1), l'unification du contentieux devant les juridictions civiles (2) et la nature de la contrepartie financière de l'attribution d'une invention hors mission à l'employeur (3).

1. La qualité de créateur

450. **Indifférence du contrat de travail à la qualité de créateur.** L'existence d'un contrat de travail n'emporte aucune dérogation à la qualité d'inventeur : ni l'employeur de l'inventeur, ni son supérieur hiérarchique ne pourront se faire désigner inventeur dans la demande de brevet. L'inventeur est celui qui a conçu l'invention, c'est donc nécessairement une personne

¹⁶⁹⁷ La prévision d'une clause de non-concurrence est primordiale, malgré le coût qu'elle implique, pour des salariés dont le savoir-faire est essentiel et doit rester confidentiel pour l'entreprise. V. CA Paris, 5 mai 2004 : D. 2005, pan. p.962, obs. J. Raynard : « *les anciens salariés sont parfaitement libres d'utiliser dans de nouvelles fonctions, le savoir-faire par eux acquis au sein de leur ancienne entreprise dès lors qu'ils ne commettent aucun détournement de secret de fabrication (...); une société qui prend le risque de se séparer de techniciens éminents et qui ne leur impose pas une obligation de non-concurrence n'est pas fondée à se plaindre qu'ils n'aient pas été atteints d'amnésie et qu'ils utilisent, hors de tout secret de fabrique ou de toute formule confidentielle constituant un savoir-faire leurs connaissances personnelles* ».

¹⁶⁹⁸ Lyon 16 janv. 1997 : D. 1997, somm. p.333, obs. Mousseron ; PIBD 1997, III, p.235.

¹⁶⁹⁹ Le démarchage positif et systématique des clients de l'ancien employeur est condamné : Cass. com. 8 janv. 1979 : Bull. IV n°6. Pour une présentation générale, V. M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2006, n°535 et s. On notera que la pratique du « brevet de belle-mère » tend à faire présumer la mauvaise foi du salarié. En revanche, dès lors que l'inventeur désigné par la demande de brevet dispose des compétences nécessaires à la réalisation de l'invention, la preuve de la mauvaise foi du salarié sera difficile à rapporter pour l'entreprise, qui devra pour faire reconnaître ses droits démontrer que l'invention a été conçue avant le départ du salarié de l'entreprise. A noter, si l'employeur avait réussi à démontrer que l'invention avait été créée à un moment où le salarié était encore sous contrat avec l'entreprise et qu'elle se situait dans le domaine d'activité de l'entreprise, la difficulté posée par l'attribution du droit au titre à l'employeur d'une invention hors mission attribuable créée par un salarié et un tiers non salarié. L'employeur aura-t-il vocation à la copropriété de l'invention avec le tiers ?

physique¹⁷⁰⁰. Et la qualité d'inventeur appartient à l'auteur de la solution technique, quand bien même une mission inventive lui aurait été expressément confiée par son supérieur qui aurait clairement posé le problème technique. La notion d'invention mettant en exergue la conception de la solution, concrétisée en une forme technique, l'invention ne peut être le fait que d'une personne physique. Par ailleurs, si la solution technique est sans doute d'autant plus facile à trouver que le problème technique est correctement et précisément posé, l'invention exige la non évidence de la solution¹⁷⁰¹ : la formulation du problème technique ne peut donc suffire à constituer invention. L'inventeur est donc celui qui détermine la solution et non celui qui détermine le problème et confie mission au salarié de trouver une solution.

451. **Distinction de l'inventeur des autres salariés ayant collaboré au processus créatif.** L'inventeur étant le seul à bénéficier d'une rémunération supplémentaire ou du paiement du juste prix en cas d'invention, il est important, et pour l'employeur, et pour les salariés, de déterminer qui a la qualité d'inventeur. Certains mettent en exergue l'auteur du « *genius flash* »¹⁷⁰², celui qui a eu l'idée technique permettant d'aboutir à l'invention. Cette position, qui met essentiellement en exergue la conception de l'invention, peut être insuffisante. Tout dépend du degré d'élaboration de l'idée. Le recours à une technique, à un type de matériau peut être le cœur de l'invention mais celle-ci doit être développée jusqu'à constituer un procédé ou un produit efficace. On pourra toutefois admettre que l'auteur de l'idée initiale qui a conduit à la réalisation de l'invention, et qui souvent est ensuite associé au développement du produit ou du procédé, devra se voir reconnaître une part non négligeable dans la mise au point de l'invention. L'absence de prototype n'exclut pas pour autant la qualification d'invention : la réalisation du prototype conformément aux instructions précises et concrètes de l'inventeur ne participe pas du processus créatif qui est déjà abouti. Toutefois, après élaboration d'un prototype, et divers essais, des améliorations peuvent être apportées. Dans quelle mesure faudra-t-il tenir compte de ces améliorations ? Doit-on tenir compte de la seule solution technique initialement proposée ou de la solution technique qui fait finalement l'objet d'une demande de brevet et qui a été développée, généralisée, ou parfois déclinée sous plusieurs formes ? Face à cette difficulté, certains tendent à mettre en exergue le travail

¹⁷⁰⁰ V. les débats relatifs à cette question après la loi du 3 juillet 1978 in *Les inventions d'employés*, Journées d'actualité du droit de l'entreprise, préc. spéc. p.93, suite à la communication de J. B. Rosset, « La désignation de l'inventeur », p.85.

¹⁷⁰¹ Cf. supra n°141 et s.

¹⁷⁰² J.-P. Martin, *Droit des inventions de salariés*, préc., n°13 ; V. aussi, en nuanciant l'intérêt, J. M. Mousseron, « Les inventions d'employés », RTDCom 1965, p.547.

collectif qui accompagne le processus de création¹⁷⁰³. M. Grehant explique que la plupart du temps l'invention est le fruit d'une réflexion collective, qu'elle évolue au fil de son développement et même au fur et à mesure de la rédaction de la demande de brevet. Il envisage même que le rédacteur de la demande de brevet puisse être considéré comme inventeur, puisque c'est lui finalement qui détermine la forme littéraire de l'invention, forme définitive qui détermine les limites de l'invention brevetée, notamment par la description qu'il en fait, mais surtout par les revendications qu'il présente. Par la rédaction des revendications, l'ingénieur brevet détermine les limites du titre qu'il obtiendra, fait-il pour autant preuve d'activité inventive ? N'est-ce pas là confondre l'invention et le titre ? Certes, l'ingénieur brevet a un rôle essentiel dans la procédure de dépôt : par son travail et son savoir-faire, il permet à l'invention d'être brevetée car il met en exergue les éléments inventifs, les éléments nouveaux de l'invention et divulgue suffisamment l'invention. Il ne saurait toutefois obtenir la qualité d'inventeur car il n'est pas à l'origine de l'invention, il ne l'a pas conçu et pas même réalisé. Il a simplement contribué à la perfection de la forme littéraire communicable au public, forme qui ne constitue pas le cœur de l'invention, dont l'objet est moins la communication au public que la description du moyen d'obtenir un résultat technique. La forme littéraire est importante car elle favorise le développement technique. Le principe de la divulgation des inventions est essentiel au système des brevets qui l'organise dans un but d'intérêt général : ce n'en est pas l'accessoire mais la finalité. Toutefois, la forme littéraire, qui permet la divulgation, ne doit pas être confondue avec l'invention, pas plus que le produit commercialisé, qui contient l'invention ou en est le fruit, selon que l'invention est une invention de produit ou de procédé, ne peut être considéré comme étant le seul fruit de la création. Le service marketing qui contribue au succès de l'exploitation de l'invention n'a pas non plus vocation à la qualité d'inventeur. Il est important d'attribuer la qualité d'inventeur aux seuls créateurs : d'une part, les reconnaissances de complaisance n'incitent pas à la création, d'autre part, cela pourrait créer des difficultés en cas de dépôts à l'étranger et particulièrement aux États-Unis. Il reste, entre deux positions opposées, accentuant trop pour l'une l'individualisme créatif, pour l'autre l'émission des apports intellectuels, de la place pour une position médiane, fondée sur l'analyse *in concreto* des processus créatifs. Il semble alors qu'il faille accorder une grande importance à la notion de conception de l'invention. Une telle analyse ne peut reposer que sur les notions de création, et spécialement d'invention, développée par le droit de la propriété

¹⁷⁰³ B. Grehant, « Rémunération des inventeurs salariés : un point de vue industriel », *Propri. ind.* 2006, études n°13.

intellectuelle¹⁷⁰⁴ et constitue donc une limite à l'hégémonie du droit du travail. Néanmoins, la désignation d'un inventeur qui sera mentionnée dans le brevet et spécialement intéressé à l'avenir de l'invention n'interdit pas la mise en place d'un intéressement collectif, dont le droit du travail assure la promotion. La détermination de la qualité d'inventeur étant liée à celle d'invention, il était logique de confier ce contentieux spécifique au juge des brevets, quand bien même le litige apparaîtrait à l'occasion du contrat de travail entre un employeur et son salarié.

2. L'unification du contentieux devant les juridictions civiles

452. **Compétence du tribunal de grande instance.** Bien que les règles d'attribution du droit au titre soit réglé par les principes du droit du travail, le législateur n'a pas été jusqu'à en confier le contentieux au juge social. Le juge social est compétent pour les litiges nés à l'occasion de tout contrat de travail¹⁷⁰⁵. Il a été néanmoins jugé préférable de ne pas diviser le contentieux relatif aux inventions de salariés selon la matière (classement de l'invention, détermination de la rémunération supplémentaire ou du juste prix). Au contraire, l'efficacité économique exigeait une certitude quant à la juridiction compétente : la loi et la jurisprudence ont tranché et ont définitivement attribué la compétence au tribunal de grande instance. Le choix paraît judicieux étant donné que le classement de l'invention dépend en partie de l'analyse de la notion d'invention, analyse dont la technicité justifie la compétence de quelques juridictions spécialisées seulement, et de la détermination de l'intérêt économique et technique de l'invention. La technicité de l'instance justifiait la compétence des juges du brevet. Selon l'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle, le tribunal de grande instance est compétent pour les litiges relatifs aux brevets sur les inventions de salariés. On notera que la rédaction de la loi introduisait une certaine ambiguïté¹⁷⁰⁶, incitant, dans une lecture littérale, à penser que le tribunal de grande instance n'était pas compétent dès lors qu'une convention collective de branche s'appliquait à l'entreprise¹⁷⁰⁷. Certains ont pu en déduire que le conseil des prud'hommes retrouvait dès lors sa compétence. Une telle solution n'était pas satisfaisante : elle conduisait à distinguer inutilement au sein des litiges relatifs aux inventions de salariés, au risque d'augmenter les divergences jurisprudentielles et les disparités de

¹⁷⁰⁴ Cf. supra n° 140 et s., spéc. n°142.

¹⁷⁰⁵ Ctrav., art. L.1411-1.

¹⁷⁰⁶ « Si l'employeur n'est pas soumis à une convention collective de branche, tout litige relatif à la rémunération supplémentaire est soumis à la commission de conciliation instituée par l'article L.615-21 ou au tribunal de grande instance ».

¹⁷⁰⁷ En faveur de la compétence du conseil des prud'hommes : CA Versailles, 23 janvier 1987 : PIBD 1987, III, 152 ; DB 1987, VI, 5 ; contra TGI Paris 25 janv. 1989 : PIBD 1989 III, 285 ou DB 1989, IV, 7.

traitement entre inventeurs salariés ; elle aurait conduit à écarter la compétence du tribunal sous prétexte de l'existence d'une convention collective de branche malgré l'absence de dispositions spécifiques relatives aux inventions de salariés. En outre, cette interprétation de l'article L.611-7 risquait à long terme de réduire à peau de chagrin la compétence du tribunal de grande instance. Aussi la jurisprudence a-t-elle fini par conclure à l'unification du contentieux devant le tribunal de grande instance¹⁷⁰⁸.

453. **Transposition de la spécificité des contentieux du travail : la conciliation.** Malgré l'absence de compétence du conseil des prud'hommes, on peut remarquer une certaine influence du mode de traitement des conflits du travail sur le contentieux des inventions de salariés. En effet, la procédure prud'homale se caractérise par la mise en place d'une procédure de conciliation obligatoire. Le bureau de conciliation, comme le bureau de jugement, est composé de juges élus représentant de manière paritaire les employeurs et les salariés. Or, dès l'adoption du régime des inventions de salariés, a été mise en place la commission nationale des inventions de salariés (CNIS), commission mixte, composée d'un représentant des inventeurs, d'un représentant des employeurs, et présidée par un magistrat de l'ordre judiciaire¹⁷⁰⁹, comme c'est le cas du conseil des prud'hommes statuant en départage. La procédure de conciliation n'est toutefois pas obligatoire. On notera par ailleurs des différences profondes entre le rôle du bureau de conciliation et celui de la CNIS : le bureau de conciliation aide au rapprochement des points de vue mais ne peut proposer de solution de conciliation, il rend des ordonnances de conciliation ou de non conciliation ; la CNIS, elle, « *formule une proposition de conciliation* » dans les six mois suivant la saisine¹⁷¹⁰. Il ne s'agit donc pas de rapprocher les parties qui opèrent par elles-mêmes la conciliation. Cette proposition vaut accord et peut être rendue exécutoire dès lors qu'aucune des parties n'aura saisi le tribunal de grande instance dans le mois suivant sa notification. En l'absence de recours des parties devant le tribunal de grande instance, dans le délai d'un mois, l'avis de la CNIS vaut accord entre les parties. Enfin, alors que l'audience de conciliation est en principe publique, la CNIS statue de manière confidentielle, ses décisions ne sont pas même publiées. Le rôle de la CNIS

¹⁷⁰⁸ CA Versailles, 6 oct. 1989 : RTDCom. 1990, p.199, obs. A. Chavanne et J. Azéma : la détermination contentieuse du juste prix relève de la compétence du juge du brevet et non de celle du conseil des prud'hommes. Les professeurs Chavanne et Azéma approuvent la solution car le juste prix est prévu par la loi du brevet, il est donc logique que ce soit le droit des brevets qui soit compétent et note qu'il apparaît « *hautement souhaitable de ne pas dépecer ce contentieux et d'en attribuer globalement la connaissance au juge du brevet* ». Dans le même sens, J.M. Mousseron et J.-J. Burst, chronique JCP 1990, E, II, 15698, n°22.

¹⁷⁰⁹ CPI, art. R. 615-6 et s.

¹⁷¹⁰ CPI, art. L.615-21.

s'apparente donc, par certains aspects, à celui d'une instance arbitrale, mais elle ne peut y être assimilée dès lors que ses décisions ne s'imposent aux parties qu'à défaut de recours devant les juridictions judiciaires.

3. La contrepartie financière de l'attribution du droit au titre

454. **Nature du juste prix.** Le salarié qui a réalisé une invention de mission perçoit en contrepartie de son invention une « rémunération supplémentaire ». Cette rémunération a la nature d'un complément de salaire. Elle est soumise à cotisations sociales et devrait faire l'objet d'une prescription quinquennale sur le fondement de l'article 2224 du Code civil¹⁷¹¹. En matière d'invention hors mission attribuable, le juste prix versé au salarié en cas de levée de l'option par l'employeur n'a pas la nature de salaire. En revanche, il se prescrit, en qualité de créance mobilière, par cinq ans¹⁷¹².

455. **Fixation du juste prix.** Le juste prix n'est pas fixé unilatéralement par l'employeur. Il doit être négocié. A défaut d'accord, les parties pourront saisir la CNIS ou les juridictions judiciaires. On notera que, contrairement à la rémunération supplémentaire, pour laquelle le législateur est particulièrement silencieux, la loi indique les paramètres permettant de déterminer le montant du juste prix : « *apports initiaux* » des parties et « *utilité industrielle et commerciale de l'invention* »¹⁷¹³. Le législateur entend que le juste prix varie selon l'intérêt de l'invention (scientifique, technique, économique) mais aussi le degré de difficulté de mise au point et la part de l'entreprise dans l'aide fournie au salarié pour parvenir à l'invention¹⁷¹⁴. La jurisprudence rappelle régulièrement que le juste prix doit être fixé au moment de la levée de l'option par l'employeur, en fonction des perspectives d'exploitation que les parties pouvaient légitimement escompter. Ainsi, l'employeur qui se rend compte, après exercice du droit d'attribution, que l'invention n'a finalement qu'un faible intérêt technique, que sa brevetabilité est largement obérée ou qu'elle n'est pas exploitable commercialement, ne pourra invoquer de tels éléments pour demander la révision du prix ou échapper au versement du prix convenu

¹⁷¹¹ Depuis la réforme de la prescription, le débat jurisprudentiel relatif au délai de prescription de la rémunération supplémentaire est devenu superflu. Toutefois, reste la question du point de départ de la prescription.

¹⁷¹² Cciv., art. 2224.

¹⁷¹³ CPI, art. L.611-7, 2°.

¹⁷¹⁴ CA Paris 23 octobre 1996 : D.1997, somm. p.333, obs. J.M. Mousseron ; Dossiers Brevets 1997, I, 3 : l'évaluation du juste prix doit être faite en considération de tous les éléments qui pourront être fournis notamment par l'employeur et le salarié tant en fonction des apports initiaux de l'un et de l'autre que de l'utilité industrielle et commerciale de l'invention.

entre les parties. C'est en effet sur l'employeur qui a levé l'option que pèse désormais le risque du dépôt et de l'exploitation. Il appartenait à l'employeur d'exercer son droit d'attribution en connaissance de cause, sa négligence dans l'étude de l'invention ne saurait priver le salarié du prix convenu¹⁷¹⁵. Au contraire, le salarié ne saurait invoquer les résultats exceptionnels d'exploitation de l'invention pour demander une révision du prix¹⁷¹⁶.

456. Le modèle des inventions de salariés, largement favorable à l'employeur, est, depuis quelques années, perturbé par le mouvement jurisprudentiel favorable à une revalorisation des droits des inventeurs salariés, essentiellement en termes de rémunération. Sans aller jusqu'à contester le droit au titre de l'employeur, certaines juridictions développent une analyse de la rémunération supplémentaire visant à intéresser l'inventeur aux résultats d'exploitation de son invention. Ces évolutions, parallèles à l'amélioration des droits des inventeurs agents publics,

¹⁷¹⁵ CA Paris 17 oct. 1989 : Annales, p.292 ; RTDCom. 1990, p.199, obs. A. Chavanne et J. Azéma : « *ayant décidé d'opter pour l'attribution de l'invention, il appartenait [à la société] de le faire en connaissance de cause et de rechercher si le titre qu'elle allait se faire délivrer concernait une véritable invention. Le titre a été déposé et provision lui étant due, elle a pu en jouir sans qu'elle établisse ou n'allègue avoir été troublée en jouissance (...) il ne peut être admis que la titulaire de la demande de brevet s'abrite derrière une prétendue nullité du titre dont elle a pu disposer ou tirer avantage en toute quiétude pour priver l'inventeur d'une rémunération qui lui était due dès la levée de son option* ».

¹⁷¹⁶ CA Paris 18 oct. 2000 : PIBD 2001, III, p. 51 : l'expert considère qu'il faut prendre en compte l'expérience acquise par l'inventeur dans ses fonctions de salarié de la société, expérience qui lui a permis de réaliser l'invention. Le développement de l'invention ne pouvait être prévisible à l'époque du dépôt de brevet et l'activité inventive n'était pas évidente car on pouvait distinguer deux antériorités pertinentes. La cour, suivant les conclusions de l'expert, fixe un juste prix assez faible par rapport à la valeur d'exploitation de l'invention (300 000 francs alors que l'invention a permis de réaliser 75 à 90 millions de chiffre d'affaires) car la société est fondée à invoquer ses compétences techniques, son savoir-faire et ses investissements qui ont servi à la réalisation du produit breveté, mais aussi le caractère peu innovant de l'invention et les efforts techniques et commerciaux très importants qui ont été consentis pour développer le brevet. Cette jurisprudence est intéressante quant aux « apports initiaux » qui ont été pris en considération. En ce qui concerne le salarié, il s'agit essentiellement de déterminer la difficulté technique de mise au point de l'invention, c'est-à-dire l'inventivité du salarié, et le degré d'initiative du salarié. En ce qui concerne l'entreprise, l'expert semble prendre en compte l'expérience acquise par le salarié dans l'entreprise, le savoir-faire mis à la disposition du salarié pendant sa période d'emploi dans l'entreprise, les investissements réalisés par la société pour développer et commercialiser le produit breveté. Avec de tels éléments, plus le salarié sera resté longtemps dans l'entreprise, plus l'entreprise aura une part importante dans la réalisation de l'invention : il suffit qu'elle ait accueilli longtemps le salarié en son sein, que sa compétence dans le domaine technique de l'invention soit reconnue et qu'elle ait réellement souhaité aider le salarié à finaliser l'invention pour pouvoir l'exploiter pour que ses « apports initiaux » soit importants et amoindrissent la part du salarié dans l'invention. Pourtant, si la compétence de l'entreprise dans ce domaine technique est si reconnue et si l'invention, bien que peu inventive, est si utile, on peut se demander pourquoi l'entreprise n'a pas initié elle-même un tel programme. Il importe de mettre en exergue que le savoir-faire de l'entreprise (qui est le fait au moins en partie des salariés, l'entreprise ayant surtout un rôle d'organisation du transfert de ces savoir-faire entre salariés, dont il convient d'analyser la réalité) et l'expérience du salarié (qui est le fait de sa capacité personnelle à acquérir un savoir-faire) ne sauraient être pris en considération pour diminuer la part du salarié qu'à la condition que l'invention soit proche des activités qu'il est amené à exercer dans l'entreprise.

invitent à la mise en place d'une rémunération en partie fonction des résultats d'exploitation. En pratique, l'évolution est toutefois limitée.

SECTION II.

ATTÉNUATIONS AU MODÈLE

457. Nombreux sont ceux qui dénoncent l'insuffisance des dépôts de brevet par les entreprises françaises. Sont régulièrement stigmatisés le coût des dépôts, la complexité des procédures, les difficultés liées à la nécessaire traduction des demandes de brevets en cas de dépôts à l'étranger ou de demande de brevet européen, l'insuffisance des formations à la propriété intellectuelle. Deux principes généraux de la propriété intellectuelle sont à mettre en exergue : la propriété intellectuelle est un levier économique car elle est un élément de motivation des créateurs ; la propriété est un instrument de progrès économique et de développement et, en ce sens, n'atteint pas aux principes de la libre concurrence, car elle favorise l'exploitation des innovations. L'analyse de ces principes sous le prisme de la création salariée (I) peut conduire à la mise en place de régimes incitatifs, qui peuvent paraître nécessaires, mais restent controversés (II).

§ 1. NÉCESSAIRE INCITATION À LA CRÉATION

458. La propriété intellectuelle est, et doit être, un élément de motivation des créateurs (A), favorisant l'exploitation des innovations (B).

A. Encouragement à la création

459. **Nécessaire incitation à l'investissement en R&D.** L'invention est souvent le fruit de la coordination des efforts créatifs des inventeurs et des investissements consentis pour mettre à leur disposition les moyens nécessaires à leurs recherches : il faut donc motiver les créateurs mais aussi les investisseurs. L'attribution du droit de propriété à l'employeur est à ce titre incitative : en sécurisant la relation entre l'employeur et l'entreprise par la prépondérance qu'elle accorde à l'employeur pour l'obtention du droit au titre, la loi favorise les efforts de recherche de l'entreprise et invite cette dernière à confier des missions inventives à ses salariés et donc à leur libérer du temps de travail pour qu'ils se consacrent à cette activité. Elle contribue à améliorer les conditions de création, donc à la favoriser.

460. **Nécessaire incitation au dépôt.** En 2006, le député Lachaud dénonçait l'insuffisance des dépôts français et interrogeait le Gouvernement en ces termes : *« la plupart des pays développés ont compris que la matière grise était à l'économie d'aujourd'hui et à ses entreprises ce que furent naguère les matières premières. Mais notre pays ne semble pas avoir pris la juste mesure de ce phénomène. Les*

laboratoires, entreprises et chercheurs de France ont déposé globalement 13500 brevets auprès de l'Office européen en 2001, soit quatre fois moins que leurs homologues allemands. Pour le nombre de brevets déposés – par millions d'habitants – dans les trois principaux instituts de dépôts que sont l'Europe, les États-Unis et le Japon, l'Hexagone se situe en dessous de la moyenne des pays de l'OCDE et ou de ceux de l'UE (les Quinze). Pourtant, les actifs immatériels (brevets et marques en particulier représentent les trois quarts de la valeur des sociétés cotées en Bourse aux États-Unis, contre 40% environ au début des années quatre-vingt. Dès lors, il est incontestable que la propriété industrielle constitue un facteur prépondérant de la compétitivité des entreprises comme elle est un vecteur majeur de lutte pour l'emploi. Il lui demande donc de bien vouloir lui indiquer s'il envisage que la propriété intellectuelle devienne une grande cause nationale »¹⁷¹⁷. Le Ministre répondait en présentant les différents projets du Gouvernement en matière de transposition de directives, notamment celle relative à la contrefaçon¹⁷¹⁸, les réflexions par rapport à l'amélioration de la formation, les projets d'actions de communication vis-à-vis des consommateurs concernant les risques de la contrefaçon.

461. **Nécessaire récompense du salarié.** Il ne faut pas non plus négliger totalement la situation du salarié. Jean-Paul Martin expliquait d'ailleurs dès les années 1980 le faible niveau de prise de brevet en France par l'insuffisante motivation des créateurs sous le régime en place, considérant qu'il y a une « *corrélation manifeste entre, d'une part, les systèmes législatifs nationaux les plus protecteurs et motivants pour les inventeurs salariés, et, d'autre part, le développement de l'innovation technologique et de sa protection par brevets dans ces pays, ainsi que la très forte position commerciale de leurs entreprises dans le monde (Allemagne et Japon en particulier). Inversement, les pays à législation peu protectrice*

¹⁷¹⁷ Question écrite n°84229 du 31 janv. 2006 de M. Y. Lachaud à M. le Ministre délégué à l'Industrie sur le retard des industriels français en matière de brevets, et réponse, JO, Questions écrites, assemblée nationale, 14, 4 avril 2006, p.3713 ; V. aussi dans le même sens : Question parlementaire, n°66002 : JO 17 sept. 2001, p.5294 ; réponse JO 10 déc. 2001, p.7076 ; Question écrite n°106535 du 10 octobre 2006 de M. Jacques Myard à M. le ministre délégué à l'Enseignement supérieur et à la Recherche, sur les graves conséquences de la faiblesse d'un enseignement spécifique en matière de brevets dans les grandes écoles et dans les universités françaises, et réponse, JO Questions écrites, Assemblée nationale, 4, 23 janvier 2007, p.855 ; PIBD n°848, I, 28 ; Question écrite n°114950 du 26 décembre 2006 de M. Jean-Luc Warsmann à M. le ministre délégué à l'Industrie, sur la proposition formulée dans le rapport sur l'aide des grandes entreprises à « l'innovation et à l'esprit d'entreprendre » du 5 juillet 2006, visant à mettre en place des contrats-types afin de faciliter la gestion de la propriété industrielle par les jeunes entreprises, et réponse : JO, Questions écrites, Assemblée nationale, 11, 13 mars 2007, p.2698 et PIBD, n°851, I, 51 ; Question écrite n°114949 du 26 décembre 2006 de M. Jean-Luc Warsmann à M. le ministre délégué à l'Industrie, sur la proposition formulée dans le rapport sur l'aide des grandes entreprises à « l'innovation et à l'esprit d'entreprendre » du 5 juillet 2006, visant au développement, à l'instar du Japon, d'une base de données recensant les brevets inexploités, et réponse. JO, Questions écrites, Assemblée nationale, 9, 27 février 2007, p.2200 et PIBD, n°850, I, 44.

¹⁷¹⁸ Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, transposée en 2007 à l'occasion de la loi n°2007-544 relative à la lutte contre la contrefaçon.

*et motivante (France notamment) ou sans législation (USA) enregistrent un faible taux de protection de leurs innovations, un développement plus restreint de celles-ci, et des positions commerciales moins fortes pour leurs entreprises »*¹⁷¹⁹. Le législateur, conscient de la nécessité de récompenser le salarié pour créer un équilibre dans la relation employeur-salarié mais, dans le même temps, soucieux de favoriser la discussion entre les parties pour garantir la plus grande souplesse – et adaptabilité – au régime, a, dès 1990, imposé une rémunération supplémentaire à verser au salarié en cas d'invention de mission, tout en laissant encore aux parties le soin de négocier individuellement ou collectivement les modalités de cette rémunération¹⁷²⁰. Entre 1978 et 1990, seuls les inventeurs d'inventions hors mission attribuables dont l'employeur avait revendiqué la propriété, bénéficiaient avec certitude de la rémunération de leurs efforts créatifs. Depuis 1990, tout inventeur salarié a vocation à bénéficier au moins d'une gratification. On remarquera toutefois que les dispositions des conventions collectives, lorsqu'elles donnent des indications quant aux modalités de détermination de la rémunération, sont relativement peu prolixes et imprécises¹⁷²¹, ce qui n'est pas sans créer en pratique des difficultés génératrices de contentieux. La jurisprudence se trouve alors à assumer un rôle difficile : relayer les lacunes de la négociation collective dans le silence du législateur, quitte à s'inspirer des mécanismes négociés dans certains secteurs, et non acceptés par d'autres, procédant ainsi à un quasi élargissement jurisprudentiel¹⁷²², qui dépasse le rôle du juge, mais que le silence du législateur rend nécessaire. Or *« attachés au mécanisme actuel qui privilégie la liberté contractuelle, les pouvoirs publics n'envisagent pas de modification législative en la matière, même devant la carence des partenaires sociaux »*¹⁷²³. C'est peut-être le meilleur moyen d'inciter les entreprises à négocier, si ce n'est au niveau de la branche, au moins dans l'entreprise. Mais certaines entreprises ont tendance à minimiser

¹⁷¹⁹ J.-P. Martin, « La rémunération des inventions de salariés en Allemagne fédérale », Gaz. Pal. 1988, I, p.306. V. aussi J.-P. Martin, « Rémunération et fiscalité des inventions de salariés en France », Gaz. Pal. 1988, II, p.718. On remarquera que ces articles, publiés dans les années 1980, interviennent peu après l'adoption des lois composant le Bayh-Dole Act américain, lois qui ont permis aux États-Unis de sortir d'une période de pessimisme économique pour devenir l'un des principaux pays déposants. Or le Bayh-Dole Act s'est moins intéressé à la motivation des créateurs qu'à la faveur à l'exploitation.

¹⁷²⁰ V. Travaux préparatoires de la loi du 26 novembre 1990 : rapport Thyraud, n°233, 11 avril 1990, p.40 ; Déb. Sénat, 19 avril 1990, p.452 et 463

¹⁷²¹ Cf. supra n°433 et s.

¹⁷²² V. en ce sens, J. Raynard, note sous TGI Paris, 5 avril 2006 : Propr. Ind. 2006, comm. n°91. V. pour illustration : Cass. com., 18 déc. 2007 : Propr. ind. 2008, comm. n°18, note J. Raynard : *« dès lors qu'aucune disposition légale ou réglementaire ne fixe les modalités de la rémunération supplémentaire due à un salarié pour une invention de mission, non prévue par le contrat de travail, ni par une convention collective, ni par un accord d'entreprise, c'est par une appréciation souveraine des éléments qui lui étaient produits que la cour d'appel, qui n'a pas statué au vu d'éléments étrangers à la situation du salarié et à l'invention, a fixé, comme elle a fait le montant de la rémunération supplémentaire »*, à savoir en fonction du chiffre d'affaires réalisé par l'employeur.

¹⁷²³ J.-C. Galloux, obs. sous CA Paris, 20 janv. 2006 : Propr. Intell. 2006, n°20, p.348.

l'importance de l'invention dans les résultats d'exploitation de leurs produits et valorisent au contraire les efforts du marketing. Pourtant, comme l'observe le Tribunal de grande instance de Paris, « *s'il n'est pas contestable ainsi que l'a relevé la Commission nationale des inventions de salariés que le succès des produits cosmétiques tient en partie à la notoriété des marques sous lesquelles ils sont commercialisés ou des actions publicitaires, promotionnelles et de marketing dont elles ont bénéficié, il n'en demeure pas moins que la pérennité du succès d'un produit cosmétique tient à l'efficacité de celui-ci au regard des objectifs qu'il affiche ; en égard à la multitude des produits présents sur le marché et bénéficiant également de campagnes publicitaires intensives* »¹⁷²⁴. Le tribunal dans cette affaire a accordé une provision de 300 000 euros, ce qui dépasse largement ce que peuvent payer certaines entreprises¹⁷²⁵ et la moyenne de 10 000 euros par invention accordés par la CNIS en cas d'invention de mission, ou de 20 000 euros pour une invention hors mission attribuable¹⁷²⁶.

462. **Pratique des entreprises.** On constate de grandes divergences dans les pratiques des entreprises. Certaines entreprises n'offrent au salarié une prime forfaitaire qu'au moment du dépôt de la demande de brevet ou de la délivrance du brevet, évinçant ainsi les salariés auteurs d'inventions non déposées¹⁷²⁷. Or il n'est pas normal que le principe même du paiement de la rémunération du salarié puisse dépendre de la seule décision de l'employeur. L'opportunité du dépôt dépend en effet non seulement de la brevetabilité et de l'intérêt économique de l'invention, mais aussi de la stratégie de l'entreprise en termes de protection de ses savoir-faire et de la volonté d'investir dans une procédure de dépôt de brevet. Certaines entreprises ne proposent qu'une prime forfaitaire, unique et définitive ; d'autres cumulent le paiement de diverses primes (prime de déclaration, prime de dépôt, prime de délivrance de brevet, prime de dépôt à l'étranger, prime de brevet européen, prime de concession de licence, etc.) ;

¹⁷²⁴ TGI Paris, 17 sept. 2002 : Propr. ind., 2003, comm. n°86.

¹⁷²⁵ L'entreprise PSA, qui se flatte d'être une des entreprises rémunérant le plus ses salariés et de faire partie des entreprises françaises déposant le plus de brevet a mis en place un système de versement de primes forfaitaires, qui permet de faire varier le montant final de la rémunération selon l'utilisation qui est faite de l'invention. De l'aveu du directeur du service brevet, *l'inventeur touche au mieux une somme de 10.000 euros*. V. également les chiffres communiqués par M. Mulatier, lors du colloque « Contrat de travail et propriété intellectuelle », Nantes, 29 juin 2007, publiés en annexe aux actes du colloque : RLDI, mars 2008, p.85 : au vu des interventions de la CNIS, les inventeurs salariés touchent en moyenne 10.000 euros au titre de la rémunération supplémentaire, toutefois les écarts sont très variables.

¹⁷²⁶ Chiffres communiqués à titre indicatif par L. Mulatier, secrétaire général de la CNIS, communication lors du colloque « Contrat de travail et propriété intellectuelle », préc. La CNIS statuant de manière confidentielle et ne publiant plus de bilan d'activité depuis 1988, il est impossible d'obtenir des statistiques précises.

¹⁷²⁷ V. admettant la condition d'exploitation, CA Paris, 20 janv. 2006 : Propr. Intell. 2006, n°20, p.348, obs. critiques J.-C. Galloux, qui considère qu'une rémunération purement symbolique semble de rigueur.

d'autres encore prévoient un intéressement aux résultats d'exploitation¹⁷²⁸. Il est évident que toutes les inventions ne méritent pas le même traitement : certaines sont inexploitable et n'ont qu'un faible intérêt économique ; d'autres, au contraire, seront commercialisées, exploitées et le succès du produit ainsi proposé contribuera à la notoriété de l'entreprise. Il convient de distinguer et de récompenser sérieusement les inventions qui le méritent, sous peine de démotiver le salarié : s'il n'obtient pas de récompense dans son travail, le salarié, blasé, pourrait se détourner de ses missions inventives ; pire, il pourrait tenter de contourner le dispositif légal, ce qui, au lieu de sécuriser les relations, peut entraîner des pertes pour l'entreprise, qui ne pourra pas bénéficier du brevet ou sera contrainte au contentieux. Il est donc fondamental de récompenser le salarié pour l'inciter à la création. Le régime des inventions de salariés, pour être réellement efficace économiquement, doit aussi inciter à l'exploitation des inventions créées.

B. Insuffisante incitation à l'exploitation des inventions

463. **L'absence d'obligation de déposer.** Le régime des inventions de salariés ne prévoit aucune obligation de dépôt de brevet à la charge de l'employeur. Aussi l'employeur peut-il bénéficier de la propriété de l'invention de mission mais préférer garder l'invention secrète et ne pas déposer. L'employeur peut même revendiquer l'attribution de l'invention de mission mais ne pas déposer, alors même qu'en levant l'option, il empêche définitivement le salarié d'exploiter lui-même l'invention. Une telle solution, favorable à l'entreprise, n'est pas suffisante à garantir la divulgation des inventions, ni leur exploitation. On note ainsi dans le secteur public que, mis à part les établissements les plus gros, au premier titre desquels le CNRS, qui dépose de manière systématique des demandes de brevets, après étude scientifique, technique et juridique sur la brevetabilité de l'invention mais sans étude économique des possibilités d'exploitation ou des coûts d'industrialisation, pour la plupart des établissements publics, la perspective d'une exploitation est une condition *sinequanon* du dépôt de brevet. « *La recherche de partenaires potentiels est une étape stratégique du dépôt de la demande de brevet. Elle conditionne généralement le dépôt même d'une demande, tout au moins pour les établissements à faibles moyens qui n'ont*

¹⁷²⁸ Pour une illustration jurisprudentielle aboutissant au cumul de ces différentes techniques, V. CA Paris, 4^e ch. B, 28 novembre 2008 : Propr. ind. 2010, comm. n°2, note J. Raynard : la cour applique sur invitation de l'intimé le barème de l'UIMM, non contesté par l'appelante pour les inventions déposées non exploitées (476 € comme prime de premier dépôt et 1000 € au titre de la prime d'extension) ; puis une rémunération forfaitaire de 2000 € pour les inventions exploitées dont le résultat économique n'est pas connu et une rémunération à hauteur de 1% du chiffre d'affaires réalisé pour les inventions exploitées dont le résultat est connu. Chacune de ces primes est divisée à proportion du nombre de co-inventeurs éventuels. Dans cette affaire, l'inventeur a reçu au total la somme de 106 241 €.

pas, en l'absence de partenaire susceptible de prendre en charge rapidement les frais de propriété industrielle, la surface financière suffisante pour supporter seuls à moyen voire court terme les coûts d'un brevet »¹⁷²⁹. Or « une telle politique ne permet pas (...) d'engager des contrats de recherche ou des contrats d'exploitation sur la base de brevets leur appartenant, ce qui réduit la part des contrats de valorisation négociables par les universités et grandes écoles et entrave le potentiel de développement de la technologie, sans compter sur les éventuelles restrictions imposées lors des communications de chercheurs sur une technologie non protégée – mais dont l'exploitation est espérée – et par ce biais vouée au secret. Par ailleurs, le non dépôt des inventions brevetables limite le développement des activités de création d'entreprise »¹⁷³⁰. Ainsi, une telle politique contredit les missions de l'Université puisqu'elle nuit non seulement aux perspectives de valorisation de la recherche mais aussi de diffusion des informations et des connaissances¹⁷³¹. Le chercheur dont le programme de recherche a été en partie financé grâce à un partenariat privé a pu consentir à ne pas publier sauf accord du partenaire privé. Il peut donc être obligé au secret. Si le partenaire privé ne souhaite pas financer le dépôt de demande de brevet et que l'établissement public ne procède pas lui-même au dépôt, l'invention ne sera pas divulguée non plus par ce biais. L'Université ne peut ici remplir son rôle pleinement et les chercheurs ne peuvent valoriser leurs travaux, alors même que la publication et, pour certains, le dépôt de brevet constituent un mode d'évaluation de la qualité de leurs recherches. Une telle situation n'est compatible ni avec les fondements de la propriété intellectuelle, ni avec les nécessités du service public.

464. **L'absence d'obligation d'exploiter.** De la même manière, le régime mis en place ne garantit pas l'exploitation de l'invention. Le seul dispositif pouvant contraindre l'employeur à exploiter est la perspective d'une licence obligatoire. Le salarié inventeur, convaincu de l'intérêt de son invention peut toujours tenter d'obtenir une licence obligatoire lui permettant d'exploiter l'invention mais, loin d'assurer la paix au sein de l'entreprise, une telle solution oblige à la voie judiciaire. Par ailleurs, aucune licence obligatoire ne pourra être obtenue sur l'invention non brevetée et l'on peut se demander si le salarié qui déciderait d'exploiter son invention non brevetée, alors que celle-ci est désormais la propriété de son employeur, ne

¹⁷²⁹ P. Gaudrat (dir.), *Coopération public/privé dans le domaine de la R&D et propriété intellectuelle*, Etude commanditée par le Commissariat Général du Plan et le Ministère de la Recherche, 2001, p.139. Les auteurs démontrent aussi que la différence de politique entre gros et petits établissements s'expriment aussi dans la stratégie d'extension de brevets et de maintien des brevets demandés. Seuls les brevets pour lesquels un réel potentiel de développement industriel est détecté sont conservés, les autres sont souvent abandonnés au bout d'un an.

¹⁷³⁰ *Ibidem*, p.140.

¹⁷³¹ Code de l'éducation, art. L.711-1.

violerait pas son obligation générale de non-concurrence¹⁷³². Le salarié a donc peu de chance de pouvoir exploiter l'invention, quand bien même l'employeur ne l'exploiterait pas, ce qui ne favorise pas l'exploitation. On a certes vu en jurisprudence un cas où l'employeur après s'être fait attribuer l'invention et engager la procédure de brevet avait rétrocédé l'invention pour la somme symbolique de 100 francs (15 euros)¹⁷³³ mais l'hypothèse reste marginale. Le régime des inventions de salariés s'il fait montre d'une certaine efficacité, le contentieux, bien qu'il ait augmenté récemment suite à l'affaire Raynaud, restant relativement faible par rapport au nombre d'inventions brevetées chaque année, pourrait être amélioré, tant sur la question de l'incitation à la création que sur celle de l'incitation à l'exploitation.

465. La véritable incitation vient aujourd'hui des mesures fiscales du type crédit d'impôts recherche ou jeune entreprise innovante. Dans le secteur public, la mise en place d'outils de mesure des activités de recherche des chercheurs et des laboratoires invite également à la multiplication des publications (le dépôt de brevet équivalant à une publication). L'encouragement va donc aux entreprises, à elles de déterminer dans leur propre enceinte comment motiver leurs salariés. Ce n'est donc qu'à une moindre échelle que l'incitation relève des systèmes de rémunération.

§ 2. MISE EN PLACE DE RÉGIMES INCITATIFS

466. Les régimes incitatifs mis en place concernent essentiellement une meilleure rémunération des créateurs, à travers notamment l'intéressement de l'inventeur au succès de l'invention (A). Des dispositifs d'encouragement à l'exploitation se mettent plus lentement en place (B).

A. Intéressement des créateurs au succès de la création

467. C'est dans le secteur public que c'est d'abord mis en place, de manière systématique, une politique d'intéressement des agents au succès de leurs créations (1). A défaut de prévision contractuelle, la jurisprudence recourt parfois à cette technique à propos des créations de salariés de droit privé (2).

¹⁷³² Cf. supra n°98.

¹⁷³³ Cf. infra n°531.

1. Exemple du secteur public

468. Les agents publics sont soumis au régime des inventions de salariés¹⁷³⁴. En cas d'inventions hors mission attribuables, l'agent a droit à un juste prix négocié avec la personne publique. Aucune disposition ne régit les modalités d'évaluation de ce juste prix¹⁷³⁵. En revanche, et contrairement à la plupart des conventions collectives, les modalités de calcul de la rémunération supplémentaire des inventions de mission sont précisément réglementées à l'article R.611-14-1 du Code de la propriété intellectuelle. Cette rémunération est constituée d'une prime au brevet et d'un intéressement.

469. **Prime au brevet d'invention.** La prime au brevet est forfaitaire et versée en deux tranches : une première tranche de 20% est versée après dépôt ; la seconde tranche est versée au moment de la cession de brevet ou de la concession de licence. La prime est donc autant une prime de dépôt qu'une prime de valorisation : la prime, dont le montant est fixé par voie réglementaire, a principalement une valeur incitative : chercher, ou faciliter la recherche, voire trouver un entrepreneur pour acquérir le brevet ou négocier une licence d'exploitation, le chercheur, spécialiste du secteur étant souvent un « entremetteur » essentiel pour la mise en place d'une valorisation. A l'heure actuelle, elle se monte à 3000 euros¹⁷³⁶.

470. **Intéressement aux résultats d'exploitation.** Par ailleurs, l'agent inventeur bénéficie d'un intéressement aux bénéfices d'exploitation perçus par la personne publique. L'agent perçoit en effet 50% du « *produit hors taxes des redevances perçues chaque année au titre de l'invention par la personne publique, après déduction de la totalité des frais directs supportés par celle-ci, et affectée du coefficient représentant la contribution à l'invention de l'agent concerné. La prime au brevet d'invention n'est pas prise en compte dans les frais directs* »¹⁷³⁷. Toutefois, cet intéressement est limité au montant du traitement brut annuel soumis à retenue pour pension : au-delà, l'agent ne perçoit plus que 25% des bénéfices. Cet intéressement est potentiellement très intéressant pour les agents publics, qui, en théorie, peuvent aller jusqu'à plus que doubler leur salaire annuel. En théorie : encore faut-il que les bénéfices d'exploitation soient supérieurs au double du salaire annuel de l'agent. Jean-Paul Martin note qu'il n'existe aucun litige connu entre une université et un de ses agents à

¹⁷³⁴ CPI, art. L.611-7, al. et R.611-11 et s.

¹⁷³⁵ L'article R.611-14-1 du Code de la propriété intellectuelle concerne exclusivement les fonctionnaires soumis à mission inventive, dont la liste est fournie en annexe à cet article, et « *auteurs d'une invention mentionnée au 1 de l'article R.611-12* », c'est-à-dire les inventions de mission.

¹⁷³⁶ Arrêté du 26 septembre 2005, fixant le montant de la prime au brevet d'invention attribuée à certains fonctionnaires et agents de l'État et de ses établissements auteurs d'une invention, art. 1^{er}.

¹⁷³⁷ CPI, art. R.611-14-1.

propos des inventions de mission. Il en déduit que le régime est satisfaisant, contrairement au secteur privé, dont le régime trop insatisfaisant pour les inventeurs nourrit les contentieux et la fuite des cerveaux à l'étranger et qu'il faudrait améliorer sur le modèle du régime des agents publics¹⁷³⁸. On nuancera le propos en mettant en exergue une étude sur les pratiques de valorisation de la recherche, réalisée en 2001. Les auteurs de ce rapport remarquent en effet que, si les chercheurs des établissements publics à caractère scientifique et technique (EPST) sont conscients des enjeux de propriété intellectuelle, car leur Administration a, depuis longtemps, mis en place des procédures systématiques de dépôts de brevet, accompagnées de formation et d'action de communication, le dépôt de brevet étant un élément de leur évaluation, au même titre que les publications, les enseignants-chercheurs sont, eux, plus soucieux de publier que de breveter¹⁷³⁹. Le rapport a quelques années, les choses évoluent mais l'on peut se demander si le faible contentieux connu sur le sujet n'est pas lié aux faibles taux de dépôt de brevet qui existait encore il y a quelques années et au fort ancrage de la profession dans une logique de service public de diffusion de la connaissance, réticente parfois à la logique de rentabilité, voire d'exploitation commerciale des résultats de la recherche, et peu encline à revendiquer un intéressement personnel. Par ailleurs, le mécanisme pour être séduisant n'en est pas moins imparfait.

471. **Limites.** La première limite de ce texte est la pratique même de la valorisation de la recherche : peu de brevets déposés sont exploités. L'agent est donc intéressé sur une base qui est souvent réduite à zéro. Même la prime au brevet, en dehors de toute cession ou concession de licence, se réduit à 20% de 3000 euros, c'est-à-dire 600 euros, ce qui ne permet pas de considérer que l'inventeur agent public soit, dans la plupart des cas, vraiment mieux rémunéré qu'un inventeur du secteur privé. Par ailleurs, l'intéressement porte sur les bénéfices d'exploitation, ce qui suppose que la collectivité ou l'établissement public doit déjà se rembourser de l'ensemble des frais de dépôts, qui, à eux seuls, notamment en cas de dépôt à l'étranger, peuvent d'ores et déjà obérer la rémunération de l'agent, du moins pour quelques années. La rémunération de l'agent peut donc finalement être versée bien des années après le dépôt de brevet, ce qui peut ne pas avoir d'effet incitatif suffisant. Enfin, le mécanisme est fondé sur le principe même que la personne publique pourrait exploiter le brevet et que cette exploitation serait bénéficiaire. On peut s'interroger sur la compatibilité de ce postulat avec les missions de service public de la recherche. Certes, l'Université ou les EPST ont pour mission

¹⁷³⁸ J.-P. Martin, « Les rémunérations d'inventions de mission du secteur privé : une loi pour réduire les distorsions avec le secteur public », *Propr. Ind.* 2006, Etudes n°1.

¹⁷³⁹ P. Gaudrat (dir.), *Coopération public/privé dans le domaine de la R&D et propriété intellectuelle*, préc., spéc. p.142

la valorisation de la recherche, ont-ils pour mission d'exploiter l'invention, sont-ils à même de le faire ? Sont-ils en position de vraiment négocier avec des partenaires industriels pour imposer une concession de licence plutôt qu'une cession de brevet ? Sont-ils à même d'imposer un taux de redevances suffisant à couvrir leurs frais de recherche et de valorisation ? Peuvent-ils, en pratique et en droit, imposer un taux qui leur permette d'être bénéficiaires ? Enfin, la prime d'intéressement n'est versée que sur la base des redevances perçues chaque année au titre de l'invention. Qu'en est-il de la rémunération de l'agent si l'invention est cédée à titre gratuit ou pour un prix forfaitaire et libératoire ? 80% de la prime au brevet est versée en cas de cession dudit brevet ou de concession de licence, qu'en est-il de cette prime si, lors d'un partenariat public-privé, le contrat de recherche prévoit l'attribution de l'invention *ab initio* à l'entreprise privée partenaire ? Il n'y aura pas à proprement parler de cession de brevet. Il y a eu un contrat de recherche par lequel les parties contractantes ont déterminé librement la titularité des droits. L'agent peut-il s'opposer à une telle disposition ? Certes, les circulaires et les rapports recommandent au moins la copropriété de l'invention entre les partenaires publics et privés, au mieux, la propriété de l'établissement public, en contrepartie de concession de licence. En pratique, les partenaires privés n'hésitent pas à contester la vocation de l'administration à cette propriété ou à exiger une licence exclusive d'exploitation. On essaiera plutôt de se diriger vers un partage de l'invention par domaine d'activité, permettant à l'organisme public d'exploiter l'invention dans des domaines n'intéressant pas directement l'activité du partenaire industriel¹⁷⁴⁰. Mais en cas de résistance, l'intérêt commun des parties étant nécessairement le maintien du partenariat, c'est souvent au partenaire public qu'il revient de sacrifier son intérêt¹⁷⁴¹. Le dispositif applicable aux agents publics, s'il est, dans son principe, favorable aux agents publics, reste finalement en pratique d'un intérêt plus limité que ce que le texte peut laisser penser. Toutefois, le principe de l'intéressement mis en place dès les décrets de 1996, a largement inspiré la jurisprudence en matière de rémunération des inventeurs salariés de droit privé

¹⁷⁴⁰ P. Gaudrat (dir.), *Coopération public/privé dans le domaine de la R&D et propriété intellectuelle*, préc., p.170 et s., Dans le même sens, R. Barbier (Directeur du commissariat à l'énergie atomique et du LETI), « La valorisation de la recherche », in *Quel droit pour la recherche*, I. de Lamberterie et E. Vergès (dir), actes du colloque de Grenoble, 16 et 17 juin 2005, Litec, coll. colloques & débats, 2006, p.59

¹⁷⁴¹ R. Barbier, préc. : « En cas de difficultés, l'important c'est de maintenir la coopération scientifique et de continuer le laboratoire commun car c'est cette formule qui rapporte le plus en recherche. (...) Donc, dans certains cas, on accepte que la propriété soit prise par certains industriels, mais dans des domaines limités. On peut aussi limiter le domaine dans lequel on donne l'exclusivité au partenaire industriel. A partir du moment où on met de l'argent public – c'est ce qui se passe aux États-Unis – on considère que l'organisme doit être propriétaire des brevets, et par conséquence on essaye de donner l'exclusivité dans un domaine très limité pour pouvoir exploiter les brevets dans un autre domaine. »

2. Développements jurisprudentiels récents

472. **L'affaire Raynaud : un tournant pour le calcul de la rémunération supplémentaire.** Le 21 novembre 2000, la Cour de cassation, en sa chambre commerciale, par un arrêt remarqué, a considéré qu'il « ne résultait d'aucun texte légal ou conventionnel applicable en l'espèce que la rémunération due au salarié, auteur d'une invention de mission, doive être fixée en fonction de son salaire » et a rajouté qu'« ayant constaté qu'aucune des parties ne contestait les conclusions de l'expert sur le cadre légal de cette rémunération complémentaire, sur la définition, l'intérêt scientifique et les difficultés de la mise au point pratique de l'invention ainsi que sur l'importance de la contribution personnelle de M. Raynaud, c'est à bon droit que la cour d'appel, qui n'a pas fixé le montant de la rémunération supplémentaire due à celui-ci uniquement, comme allégué par la société Hoechst, sur l'intérêt économique de l'invention, a statué comme elle l'a fait »¹⁷⁴². Autrement dit, la Cour de cassation considère que la rémunération supplémentaire n'a pas à être proportionnelle au salaire et qu'elle peut tenir compte de l'intérêt économique de l'invention mais pas uniquement : l'intérêt scientifique, la difficulté de mise au point et l'apport majeur ou non du salarié dans la mise au point de l'invention sont autant d'éléments à prendre en compte, éléments qui se distinguent de l'intérêt économique. Dès lors que le salarié a, par son apport personnel particulièrement innovant, contribué à la réalisation d'une création technique originale et dont la valeur est à la fois scientifique et économique, le salarié a droit à une rémunération spécialement conséquente : la cour d'appel, dont la Cour de cassation n'a pas cassé l'arrêt, a en effet accordé plus de 600 000 euros au salarié. On notera que la convention collective de la chimie, applicable en l'espèce, a fortement influencé la solution. Cette convention prévoit en effet dans l'article 17 de l'avenant n°3 applicable aux ingénieurs et cadres, tel que modifié par accord du 18 avril 1985 que : « si, dans un délai de dix ans consécutif au dépôt d'un brevet pour une invention (...), ce brevet a donné lieu à une exploitation commerciale ou industrielle, directe ou indirecte, l'ingénieur ou le cadre dont le nom est mentionné dans le brevet a droit à une rémunération supplémentaire en rapport avec la valeur de l'invention, et ceci même dans le cas où l'ingénieur ou le cadre ne serait plus en activité dans l'entreprise. Le montant de cette rémunération supplémentaire qui pourrait faire l'objet d'un versement unique sera établi forfaitairement en tenant compte du cadre général de recherche dans lequel s'est placée l'invention, des difficultés de la mise au point pratique, de la contribution personnelle originale de l'inventeur et de l'intérêt économique de l'invention »¹⁷⁴³. C'est donc en

¹⁷⁴² Cass. com., 21 nov. 2000 : Bull. n°179, D. 2002, somm. p.1188, obs. J. Raynard ; JCP G 2001, II, 10463 note J.-C. Galloux ; Propr. Ind. 2002, comm.. n°28, note J. Raynard ; Annales 2001, p. 3, obs. P. Mathély ; RIPIA 2001, n°203, p. 50.

¹⁷⁴³ On notera que la jurisprudence se fonde sur les dispositions de la convention de la chimie mais que cet article, en sa formulation issue de l'accord de 1985, n'est pas étendu au regard des mentions indiquées par la loi.

application des dispositions de la convention de la chimie que le juge n'a pas tenu compte de la rémunération habituelle du salarié (qui n'est pas un élément mis en exergue par les partenaires sociaux) mais du résultat de l'exploitation de l'invention. On notera toutefois qu'en l'absence de toute disposition dans la convention collective, les accords d'entreprise ou le contrat de travail, certains juges du fond s'en remettent également au succès de l'invention¹⁷⁴⁴. Quel autre choix a pour autant le juge ? Le fait que les textes nationaux (conventions collectives ou décrets applicables aux agents publics) qui ont réellement abordé la question au niveau national mettent en place un intéressement de l'inventeur au succès de son invention, alors même que la rémunération proportionnelle est aussi un principe général de la propriété littéraire et artistique, peut, à défaut de dispositions contraires, et notamment de précision légale ou de consensus pour fixer la rémunération supplémentaire à une part du salaire de l'inventeur, inviter le juge à préférer la mise en place d'un intéressement qui permet de faire varier le montant de la rémunération supplémentaire en fonction de la valeur d'exploitation de l'invention, ce qui est conforme aux principes de la propriété intellectuelle. Le degré d'intéressement varie par ailleurs en fonction de la créativité de l'inventeur, ce qui est aussi conforme aux principes de la propriété intellectuelle. Si la convention prévoit des dispositions spécifiques, celles-ci devraient s'appliquer, qu'elles prévoient ou non un intéressement au succès de l'invention. Certains mettent toutefois en garde contre des dispositions mettant en place des rémunérations forfaitaires ne tenant absolument pas compte des résultats de l'invention, qui pourraient, en cas de fort succès, être remises en cause¹⁷⁴⁵.

473. **Les réactions doctrinales.** Cette décision a été diversement accueillie par la doctrine : certains ont applaudi la réelle récompense des créateurs, consécration de leur rôle fondamental dans le processus créatif¹⁷⁴⁶ ; d'autres se sont fait l'écho du choc du monde industriel¹⁷⁴⁷. Le Professeur Raynard critique la décision en rappelant que « *l'appréciation des conditions financières de l'affectation des inventions de salariés, qu'elles soient qualifiées de ou hors mission, ne saurait s'émanciper d'une mise en perspective avec le statut de droit commun d'attribution des fruits de l'activité salariale. Le contrat de travail a appelé une analyse civiliste qui distingue dans ce rapport la mise à disposition par le salarié de sa force de travail au profit de l'employeur [citant la thèse de Thierry Revet]. Cette analyse qui observe dans le salaire*

¹⁷⁴⁴ Cass. com., 18 déc. 2007 : Propr. ind. 2008, comm. n°18, note J. Raynard, préc. approuvant la cour d'appel.

¹⁷⁴⁵ P. Vigand, note sous Cass. com., 22 fév. 2005 : Propr. ind. 2005, comm. n°53.

¹⁷⁴⁶ J.-P. Martin, « Rémunération de l'inventeur salarié : un tournant ? », RDPI 1998, n°89, p.5, à propos de la décision d'appel. Pour une approche plus circonspecte mais concluant à une révolution « sociologique », plus que juridique et ajoutant que c'est « reconnaître (enfin) que l'innovation est autant (et en réalité, davantage) une source de la richesse de l'entreprise que le talent gestionnaire ? », J.-C. Galloux, note préc.

¹⁷⁴⁷ J. Raynard, obs. préc.

la cause de la fourniture de la prestation de travail du salarié justifie l'attribution originaires des résultats de cette prestation au seul employeur tout comme le preneur s'agissant des fruits de la chose louée : le mécanisme qui veut que la jouissance d'une chose confère le droit d'en acquérir les fruits a été précisément appelé en justification du régime d'attribution des droits des inventions de salariés. L'acquisition des fruits de l'activité salariée par l'employeur est alors automatique et dénuée de tout contrepartie financière : l'employeur retire les profits de l'activité salariée, tout comme il en supporte les risques (après tout le chercheur infructueux n'en perçoit pas moins son salaire), sans que le salarié ne puisse prétendre à une gratification qui ferait écho à la valeur du résultat de son travail. L'indépendance entre le salaire et les profits nés de la prestation salariale justifie alors l'impossibilité pour le salarié, sauf stipulation contraire, de prétendre à une rétribution assise sur le profit issu de son travail en dépit de l'attribution à l'employeur des droits privatifs sur celui-ci »¹⁷⁴⁸. Le Professeur ajoute ensuite qu'au regard de ces principes, le salarié ayant réalisé l'invention dans le cadre de ses missions ne devrait pas avoir droit à une rémunération distincte du salaire et qu'à ce titre la rémunération supplémentaire s'entend d'une rémunération accessoire au salaire et en ayant la nature, l'utilité commerciale et industrielle d'une invention de mission ne devrait donc pas être prise en compte. On le voit le Professeur rappelle ici les principes du modèle d'appropriation des fruits du travail pour exclure l'association du créateur au succès de son invention. Le modèle d'appropriation des fruits du travail s'il consacre la vocation à la propriété des fruits du travail au profit de l'investisseur, de l'entrepreneur, autrement dit de l'employeur dans le rapport salarial, consacre également, en contrepartie, le droit à rémunération du travailleur¹⁷⁴⁹. Or la rémunération du travailleur est calculée au moins en partie en fonction de la valeur du travail, telle qu'elle est garantie par le législateur et déterminée par la négociation individuelle et collective¹⁷⁵⁰. Or, en l'espèce, la convention collective déterminait que la rémunération spécialement due au titre du résultat de l'activité inventive du salarié devait être appréciée en fonction de la valeur de ce résultat. Le Professeur confère par ailleurs une large portée à cette jurisprudence et considère qu'elle impose une méthode de calcul de la rémunération supplémentaire obligeant à réputer non écrites les dispositions des conventions collectives ou des contrats de travail ne se référant pas aux éléments de calcul de la rémunération supplémentaire mis en exergue par la jurisprudence Raynaud¹⁷⁵¹. Rien ne nous paraît moins sûr. Surtout, si des dispositions prévoyant les

¹⁷⁴⁸ J. Raynard, obs. sous Cass. com. 21 nov. 2000 : D. 2002, somm. p. 1188.

¹⁷⁴⁹ Cf. supra n°83.

¹⁷⁵⁰ Qui a vocation à mettre en place des critères d'évaluation : classification des salariés, valeur du point, grille de salaire, etc.

¹⁷⁵¹ J. Raynard, note préc., mais qui critique la jurisprudence et la regrette, obs. préc.

modalités de calcul de la rémunération supplémentaire sont expressément prévues dans la convention de branche, l'accord d'entreprise ou le contrat de travail. A moins de faire reposer le principe d'un intéressement moins sur l'interprétation de l'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle que sur l'article 1135 du Code civil. Sur d'autres sujets¹⁷⁵², il a été ainsi considéré que le contrat de travail, conformément à l'article 1135 du Code civil, devait emporter toutes les conséquences que l'équité ou l'usage dictaient. S'il paraît difficile de déduire un usage interprofessionnel de la pratique du secteur public et du secteur de la chimie, on notera que l'équité peut justifier que les salariés pour lesquels aucune disposition statutaire n'est applicable¹⁷⁵³, soient soumis à un statut similaire aux régimes qui existent dans d'autres secteurs et qui peuvent inspirer le juge¹⁷⁵⁴. Pour aller plus loin, on pourrait considérer que le contrat de travail conclu entre un employeur et un salarié créateur emporte obligation de respecter les principes généraux de la propriété intellectuelle : respect de la qualité de créateur, association du créateur au succès de sa création, par le biais de la propriété ou d'un intéressement à l'exploitation¹⁷⁵⁵.

474. **La jurisprudence postérieure.** Depuis l'affaire Raynaud, le nombre de litiges par an en matière d'inventions de salariés a doublé, même s'il reste encore relativement restreint (de l'ordre de 25 affaires par an) et 57% des litiges devant la CNIS concernent la rémunération supplémentaire¹⁷⁵⁶. La CNIS a aussi remarqué une diminution du nombre de litiges portant sur le classement des inventions, la différence de régime entre inventions de mission et hors mission attribuables n'étant plus flagrante, et une nette élévation du montant de rémunération supplémentaire demandée par les inventeurs salariés. Comme elle n'a pas pour autant

¹⁷⁵² Pour exemple, l'obligation d'assistance juridique de l'employeur en cas d'action pénale intentée par un client contre le salarié mis en cause personnellement pour un acte accompli à l'occasion de ses fonctions dans la société (en l'espèce, il y a eu non-lieu) : Cass. soc., 18 oct. 2006 : Bull. n°307. La cour vise expressément l'article 1135 du Code civil et l'article L.121-1 du Code du travail.

¹⁷⁵³ Alors même que la loi impose aux partenaires sociaux de régler cette question.

¹⁷⁵⁴ V. J. Mouly, « Une nouvelle création prétorienne à la charge de l'employeur : l'obligation de protection juridique du salarié », note sous Cass. soc. 18 oct. 2006 : D. 2007, p.695, se demandant, si sur le fondement de l'article 1135, le juge ne pourrait pas prendre en compte des « *pratiques conventionnelles* » pour leur donner une portée générale, dès qu'elles sont utiles, voire indispensables à l'exécution du contrat. Les conventions collectives pourraient jouer un rôle plus important grâce à « *l'action complétive du juge, instituée par l'article 1135 du Code civil* ». Néanmoins, le professeur ajoute qu'« *il faut pourtant se garder de conférer [au juge] indirectement un pouvoir d'extension des conventions collectives, pouvoir normalement réservé à la seule autorité administrative* ». Et il préfère considérer les conventions collectives comme une source d'inspiration pour le juge dans sa fonction de complément du contrat de travail.

¹⁷⁵⁵ Cf. infra n°495 et s.

¹⁷⁵⁶ J.-P. Martin, « Les rémunérations d'inventions de mission du secteur privé : une loi pour réduire les distorsions avec le secteur public », préc. Dans le même sens, L. Mulatier, communication du secrétaire général de la CNIS, Nantes, 29 juin 2007, préc.

augmenté de manière significative le montant moyen des rémunérations supplémentaires qu'elle alloue, la procédure devant la CNIS est souvent déceptive pour les inventeurs salariés et ne permet pas à la CNIS de jouer son rôle de conciliateur. Au contraire, les juridictions judiciaires sont de plus en plus souvent saisies. On remarquera quelques décisions qui, comme dans l'affaire Raynaud, ont attribué une rémunération supplémentaire conséquente, du fait de l'intérêt scientifique et économique de l'invention, de la difficulté de mise au point et de la part prépondérante de l'inventeur dans le processus créatif¹⁷⁵⁷. Jean-Paul Martin observe toutefois qu'en 2006, les décisions judiciaires ont accordé des rémunérations supplémentaires dérisoires¹⁷⁵⁸, voire ridicules. La condamnation est immédiate : selon lui, *« elles ne resteront pas sans conséquences dommageables pour la recherche dans les entreprises. La démoralisation, la démotivation des chercheurs du secteur privé, leur exaspération en comparant leur régime à celui, privilégié et toujours amélioré de leurs collègues du secteur public vont entraîner des effets désastreux (...) notamment un risque de réapparition d'une indifférence des chercheurs pour les dépôts de brevets, rétention de certaines idées innovantes, fuite des cerveaux, etc., qui au final coûteront bien plus cher aux entreprises que les rémunérations supplémentaires économisées par des procès »*¹⁷⁵⁹. On remarquera que la jurisprudence en matière de juste prix n'a pas évolué, les matières étant en apparence hermétiques. Ceci introduit un certain paradoxe puisque les créateurs d'inventions de mission peuvent finalement être soumis à un régime plus favorable que les créateurs d'inventions hors mission attribuables. En effet, le juste prix est fixé en fonction du potentiel industriel et commercial de l'invention, prévisible au moment de l'attribution et non réel¹⁷⁶⁰. Au contraire, la rémunération supplémentaire des inventions de

¹⁷⁵⁷ Pour exemple : CA Paris, 13 mai 2005 : Propr. ind. 2005, comm. 63, Note J. Raynard ; statuant après appel formé contre TGI Paris 30 sept. 2003, Rhodia chimie c/ Ray, D. 2005, p.962, note J. Raynard : Dans cette affaire, l'employeur avait accordé 6331,53 € au salarié, le TGI 600 000 euros, la CA 300 000 euros. CA Paris, 15 sept. 2006 : PIBD n°847, III, 153, accordant 30 000 € à chacun des co-inventeurs de l'invention eu égard *« aux intérêts économique et scientifique que présente l'invention litigieuse, aux difficultés de sa mise au point et à l'importance de la contribution des deux salariés »*. TGI Paris 17 sept. 2002 : Propr. Ind. 2003, comm. n°86, note J. Raynard : accordant 300 000 euros de provisions au salarié (on notera toutefois que la convention collective applicable était celle de la chimie).

¹⁷⁵⁸ Pour exemple : TGI Paris, 1^{er} fév. 2006 : Propr ind. 2006, comm. 91, 2^e esp , note J. Raynard, et en appel, CA Paris, 10 nov. 2006 : cité in J.-P. Martin, « Inventions de salariés : bilan de la jurisprudence 2006 », Propr. ind. 2007, études n°7, § 2 : La cour accorde en moyenne 5500 euros par invention. La cour admet le caractère exceptionnel d'une invention dont le salarié est reconnu co-inventeur à 90 % en raison du chiffres d'affaires de 1 472 836 euros, et relève donc la rémunération de 4000 euros accordés par le TGI à 6000 euros. J.-P. Martin note la diminution de la part de chiffre d'affaires accordée à l'inventeur : 2,35 % dans l'affaire Brinon c. Vygon (TGI paris, 14 sept. 2005) ; moins de 0,5% du chiffres d'affaires. V. aussi TGI Paris, 5 avr. 2006 préc. (PIBD n°834, III, p.493) : Pour un chiffre d'affaires de 20 550 000 euros, l'inventeur a droit à 30 000 euros, soit 0,146%.

¹⁷⁵⁹ J.-P. Martin, « Inventions de salariés : bilan de la jurisprudence 2006 », préc. concluant qu'*« après paiement des charges sociales, des impôts et de ses frais d'avocats il ne reste quasiment rien à l'inventeur... »*.

¹⁷⁶⁰ La jurisprudence sur ce point est assez constante : V. plus récemment, postérieurement à la jurisprudence Raynaud, TGI Paris, 11 mars 2003 : Propr. ind. 2003, comm. n°87, note J. Raynard.

mission prend en compte l'intérêt scientifique et économique de l'invention, tel qu'il est démontré au fil de l'exploitation. On remarquera d'ailleurs, sur ce point, l'ambiguïté de la jurisprudence relative au juste prix¹⁷⁶¹. Une telle situation n'est pas équilibrée : il n'est pas légitime de minorer le juste prix en refusant de prendre en considération le succès économique et technique réel de l'invention hors mission, alors que ce succès détermine le montant de la rémunération supplémentaire des inventions de mission. Un revirement de jurisprudence apparaît à tout le moins nécessaire sur ce point.

475. **Solutions pratiques.** Le juste prix doit être négocié par les parties au moment de la cession. L'employeur n'a donc pas de possibilité d'encadrer préalablement cette situation. Surtout, par hypothèse, s'il y a invention hors mission attribuable, l'invention est une « surprise » pour l'employeur qui n'avait pas confié de mission inventive au salarié et n'a pas pris l'initiative de la création. Deux hypothèses sont dans ce cas à distinguer : soit l'entreprise n'a pas d'activité de recherche habituelle (l'employeur n'a donc pas envisagé et encadré cette hypothèse préalablement, sans faire preuve d'imprévision) ; soit l'entreprise a une activité de recherche habituelle mais le salarié n'y est pas affecté et a créé l'invention en marge du service affecté à cette mission. En ce cas, l'employeur paiera par le juste prix la compensation de l'activité supplémentaire que le salarié a pu fournir en dehors de ses fonctions, c'est-à-dire en dehors de son contrat de travail. Il est donc logique que la rémunération d'une telle activité ne prenne pas la forme d'un salaire. En revanche, l'employeur peut en amont de toute invention encadrer la question de la rémunération supplémentaire pour limiter les difficultés à venir à ce sujet. La rémunération supplémentaire est en effet versée aux créateurs d'invention de mission, ce qui suppose que l'employeur a bien initié une recherche en la matière. Il est donc plus sûr de prévoir dès la mise en place du projet et l'affectation d'un personnel à cette activité les moyens de cette activité, et notamment de déterminer la rémunération supplémentaire. Plusieurs hypothèses sont à distinguer : la convention collective de branche prévoit des

¹⁷⁶¹ V. pour exemple : TGI Paris, 11 mars 2003, préc. Le tribunal estime qu'il faut établir le juste prix eu égard à l'apport inventif du salarié comparé à celui de l'entreprise et à l'utilité commerciale potentielle et non réelle. Les résultats d'exploitation, obtenus douze ans après, ne doivent donc pas être pris en compte. Toutefois l'un des critères retenus par le tribunal pour évaluer l'utilité commerciale est l'obsolescence de l'invention constatée dix ans après le début de l'exploitation. Le tribunal se contredit en interdisant au salarié d'invoquer le résultat commercial de l'invention pour estimer qu'il faut se situer en 1988 pour évaluer l'invention, tout en limitant le montant du juste prix du fait de l'obsolescence ultérieure de l'invention. Il y a ici deux poids et deux mesures. On notera par ailleurs que le tribunal retient la somme de 53358 euros (proposée par l'expert) correspondant à la contrepartie du transfert de propriété de son invention notamment au regard de l'estimation de son salaire annuel (qui n'est plus pris en compte par la Cour de cassation pour la détermination de la rémunération supplémentaire et ne devrait pas l'être, *a fortiori*, pour le juste prix) et que l'expert a expressément indiqué qu'il tenait compte de la date prévisible du jugement, c'est-à-dire onze ans après les faits.

dispositions spécifiques que l'employeur peut toutefois préciser (notamment en déterminant des méthodes de calcul précises reprenant les principes posés par la convention applicable, ce qui pourrait être le cas par exemple dans le secteur de la chimie) ; la convention collective ne prévoit pas de disposition spécifique et l'employeur a tout intérêt alors à mettre dès à présent en place un dispositif de rémunération. Cette démarche, dès les prémices du projet de développement ne peut qu'avoir un impact positif sur le climat de recherche. L'employeur doit pouvoir à notre avis choisir entre une rémunération forfaitaire et une rémunération proportionnelle au résultat économique de l'invention. A notre sens, l'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle dans sa rédaction actuelle doit en effet être interprété dans le sens d'une latitude totale laissée aux partenaires sociaux pour déterminer les modalités de calcul de la rémunération supplémentaire et n'impose pas une rémunération proportionnelle. En revanche, on note que dans le silence des partenaires sociaux, le succès de l'invention est un critère retenu par les juges du fond. L'employeur qui ne souhaite pas allouer de rémunération calculée en fonction du résultat ou maîtriser les modalités de calcul de cette association au résultat économique de l'invention a donc intérêt à prévoir des dispositions spécifiques dans un accord d'entreprise ou, à défaut dans le contrat de travail des salariés qui sont directement affectés au projet. La méthode de l'accord d'entreprise sera nécessairement préférable : l'accord s'imposera à tous les salariés de l'entreprise, ce qui évitera les négociations individuelles ; ce qui permettra de toucher tous les salariés dès lors qu'ils ont eu une mission inventive (permanente ou temporaire)¹⁷⁶². La conclusion d'un accord d'entreprise exige toutefois le respect des règles de la négociation : négociation avec le délégué syndical¹⁷⁶³, s'il existe ; à défaut, si la convention le prévoit, négociations avec les représentants du personnel ou un salarié mandaté¹⁷⁶⁴. En l'absence de délégués syndicaux, en l'absence de dispositions dans la convention collective permettant une négociation avec les représentants élus du personnel, la négociation pourra donc s'avérer difficile. Dans les très petites entreprises, la négociation d'un accord d'entreprise posera encore plus de difficultés. Pourtant, nombre de jeunes entreprises innovantes sont des entreprises de moins de onze salariés. La seule solution reste alors l'acceptation par l'employeur de la nomination d'un délégué syndical, avec toutes les

¹⁷⁶² Même si leur contrat de travail est silencieux à ce sujet parce que certains salariés n'étaient pas apparus dans un premier temps comme des éléments essentiels à l'avancement du projet par exemple

¹⁷⁶³ Ctrav., art. L.2232-12 et s.

¹⁷⁶⁴ Ctrav., art. L.2232-21 et s.

implications que cela entraîne¹⁷⁶⁵ ou la négociation individuelle des modalités de rémunération des inventions de mission.

476. **Échec de la tentative de réforme de la rémunération supplémentaire.** Deux propositions de loi ont été déposées au cours de l'année 2010 aux fins de réforme du régime des inventions salariées¹⁷⁶⁶. Des parlementaires socialistes, conduit par M. Richard Yung, qui avait déposé devant le Sénat l'une des propositions de loi proposées au printemps, ont, à l'occasion de la loi sur la simplification et l'amélioration de la qualité du droit, proposé un amendement pour introduire une réforme de l'article L.611-7¹⁷⁶⁷. Cet amendement a été présenté par M. le Sénateur Yung pendant la séance du 13 décembre 2010¹⁷⁶⁸, et adopté par le Sénat lors de la séance du 14 décembre 2010¹⁷⁶⁹, avant d'être définitivement supprimé par la Commission des lois de l'Assemblée Nationale le 26 janvier 2011¹⁷⁷⁰. La réforme du régime des inventions de salariés semble d'actualité au vu de l'activité législative, mais les intérêts en cause sont tels qu'elle est difficile à mettre en œuvre.

477. Il y a une réelle difficulté aujourd'hui à évoquer sereinement la question de la rémunération des inventeurs. Aussi une intervention législative fixant, même de manière supplétive, un mécanisme que les juges pourraient appliquer paraît souhaitable. Certains

¹⁷⁶⁵ Notamment obligation de négociation annuelle des salaires et autres négociations obligatoires (Ctrav., art. L.2242-1 et s.) sous peine, depuis la loi n°2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail, de suppression de la réduction générale des cotisations dite « Réduction Fillon » et des autres exonérations de cotisations liées à certains territoires (ZRR, ZFU, ZRD, BER). Encore que la circulaire n°DSS/5B/DGT/2009/145 du 29 mai 2009 relative à la mise en œuvre du mécanisme de conditionnalité des allègements de cotisations sociales semble inviter à ne retenir que les hypothèses légalement prévues de désignation d'un délégué syndical : il y est indiqué que ne sont concernées que « *les entreprises où sont désignés un ou plusieurs délégués syndicaux, à savoir celles de 50 salariés et plus disposant d'une section syndicale ou celles de moins de 50 salariés dans lesquelles un syndicat représentatif a désigné un délégué du personnel comme délégué syndical* ».

¹⁷⁶⁶ Proposition de loi n°2288 en faveur de la recherche et de l'innovation salariée, enregistrée à l'Assemblée Nationale le 5 février 2010 et proposition de loi n°524 tendant à réformer le droit des inventions des salariés, enregistrée au Sénat le 4 juin 2010. L'analyse du contenu de ces propositions sera faite de manière approfondie dans le titre II, consacré à l'analyse prospective et aux pistes de réforme, cf. infra n°504 et 507.

¹⁷⁶⁷ Amendement n°131 rectifié, du 9 décembre 2010, introduisant un article après l'article 149, disponible sur http://www.senat.fr/amendements/2010-2011/21/Amdt_131.html.

¹⁷⁶⁸ Compte-rendu disponible sur :

<http://www.senat.fr/seances/s201012/s20101213/s20101213008.html#int828>.

¹⁷⁶⁹ Compte-rendu disponible sur :

<http://www.senat.fr/seances/s201012/s20101214/s20101214039.html#section7039>

¹⁷⁷⁰ E. Blanc, rapport n°3112, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n°3035), modifiée par le Sénat, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit. Rapport de disponible sur : http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r3112.asp#P2905_709559.

évoquent même une refonte globale du système¹⁷⁷¹. Dans le secteur privé, hormis quelques velléités jurisprudentielles d'améliorer la situation des inventeurs salariés, notamment quand l'invention a révélé un fort potentiel industriel et commercial, le système reste globalement faible en terme d'incitation à la création et se réduit presque à néant en terme d'incitation à l'exploitation. Les mesures encourageant l'innovation sont générales et orientées vers les entreprises (mesures fiscales ou sociales comme les exonérations pour les entreprises innovantes ou le crédit d'impôt recherche, dont l'efficacité est toutefois aujourd'hui en partie contestée¹⁷⁷²). C'est donc en qualité d'entrepreneur que l'inventeur est le plus incité à l'exploitation aujourd'hui.

B. Encouragement à l'exploitation

478. Alors que l'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle est silencieux quant à une éventuelle obligation d'exploitation de l'employeur lorsqu'il s'est fait attribuer l'invention, la mise en œuvre de ce texte par le décret d'application évoquant le sort des inventions de certains agents publics, incite clairement les agents publics à la recherche d'un exploitant (1). Par ailleurs, de nombreux dispositifs visent à promouvoir une réelle politique de valorisation de la recherche par l'exploitation des innovations, notamment nées de la recherche publique (2).

1. Incitation des agents publics à rechercher un exploitant

479. **Prime au brevet versée en cas d'exploitation.** Le régime mis en place par les articles R.611-11 et suivants du Code du travail incite les agents à participer activement à la recherche d'un exploitant dans la mesure où la majeure partie (80%) de leur prime au brevet n'est versée qu'en cas de cession de brevet ou de concession de licence à un tiers exploitant l'invention¹⁷⁷³. L'agent a donc tout intérêt à aider son établissement à mettre en place un partenariat avec des industriels susceptibles d'être intéressés. Dans la pratique, on observe que c'est souvent l'agent

¹⁷⁷¹ En ce sens : Privat Vigand, note sous Cass. com. 22 fév. 2005 : Propr. ind. 2005, comm. n°53, souhaitant une réforme du statut des inventions de salariés afin de tout remettre à plat. Dans le même sens, P. Mathély, annales 1998, p.240.

¹⁷⁷² Notamment en ce que le crédit d'impôt recherche est trop instable, et surtout en ce qu'il touche moins les PME que les grandes entreprises : C. Birraux et J.-Y. Le Déaut (Députés), *Rapport sur l'innovation à l'épreuve des peurs et des risques*, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Rapport à l'Assemblée nationale n°4214 et Rapport au Sénat n°286, déposé le 24 janvier 2012, p.111 et s., disponible sur <http://www.senat.fr/rap/r11-286-1/r11-286-11.pdf>

¹⁷⁷³ CPI, art. R.611-14-1, III, al. 2.

lui-même qui cherche un partenaire industriel, ou du moins, dans la plupart des cas, qu'il participe à la prise de contact¹⁷⁷⁴.

480. **Droit de l'agent en l'absence de valorisation par la personne publique.** L'article R.611-12 du Code de la propriété intellectuelle prévoit qu'à défaut de valorisation de l'invention par la personne publique elle-même, l'agent « *peut disposer des droits patrimoniaux attachés à [l'invention], dans les conditions prévues par une convention conclue avec la personne publique* ». Autrement dit, la personne publique qui a vocation à la propriété des inventions créées par ses agents à l'occasion de leurs fonctions, n'a pas d'obligation d'exploitation des inventions ainsi créées. En revanche, à défaut d'exploitation par la personne publique ou par un tiers contractant avec cette personne, l'agent peut demander la propriété de l'invention et tenter de l'exploiter par lui-même ou de trouver un exploitant pour l'invention. Dans le cadre de la valorisation de la recherche, il existe d'ailleurs plusieurs dispositifs permettant à l'agent de créer une entreprise aux fins d'exploiter son invention.

2. Incitation au développement d'entreprises innovantes

481. **Incitation des inventeurs.** Les inventeurs, salariés ou agents publics, peuvent bénéficier de dispositifs les aidant à créer une entreprise pour exploiter par eux-mêmes leurs inventions. Des dispositifs spéciaux ont été mis en place pour inciter la recherche publique, et les agents publics qui y sont affectés, à collaborer avec les entreprises privées (dans le cadre de collaboration de recherche public-privé), à aider à la création d'entreprises privées, via la mise en place de processus d'incubation et d'essaimage, et pour inciter les chercheurs agents publics à créer leur entreprise innovante ou à collaborer personnellement à la création de telles entreprises. Du côté du secteur privé, les dispositifs existants ne sont pas axés sur la création d'entreprise innovante ou sur les inventeurs. On remarque toutefois l'existence du congé création entreprise qui permet au salarié d'obtenir un congé pour reprendre ou créer une entreprise, ce qui lui permet, en cas d'échec, de réintégrer l'entreprise de son employeur¹⁷⁷⁵. Surtout, tout créateur d'une entreprise innovante, quelque soit son statut, peut bénéficier des procédures d'accompagnement et de financement spécialement mises en place¹⁷⁷⁶.

¹⁷⁷⁴ V. P. Gaudrat, *Rapport au commissariat au plan*, préc. Les auteurs du rapport rappellent d'ailleurs qu'il serait parfois utile que les cellules de valorisation interviennent même plus car, parfois, l'agent négocie lui-même le contenu du contrat, ce qui peut poser des difficultés. Depuis ce rapport, la situation semble, en pratique, avoir évolué en ce sens.

¹⁷⁷⁵ Ctrav., art. L.3142-68 et s.

¹⁷⁷⁶ Pour une présentation générale des dispositifs d'accompagnement (incubateur, pépinière d'entreprise,...), des dispositifs de financement (OSEO, prêts à taux zéro,...), des dispositifs fiscaux et sociaux relatifs au

482. **Incitation des personnes publiques.** La valorisation de la recherche, qui est l'un des piliers de la politique de la recherche et du développement technologique, passe par le développement de relations entre les personnes publiques chargées d'une mission de recherche et les entreprises privées¹⁷⁷⁷. De nombreuses dispositions du Code de la recherche, voire du Code de l'Éducation, illustre la prégnance du lien entre le service public de la recherche et les acteurs économiques et industriels. Selon l'article L.112-1 du Code de la recherche par exemple, « *la recherche publique a pour objectifs : a) le développement et le progrès de la recherche dans tous les domaines de la connaissance, b) la valorisation des résultats de la recherche, c) le partage et la diffusion des connaissances scientifiques, c bis) le développement d'une capacité d'expertise ; d) la formation à la recherche et par la recherche* ». Le développement d'une capacité d'expertise relevant du partage et de la diffusion des connaissances scientifiques conforte l'idée que ce partage, comme la valorisation des résultats de la recherche, n'a pas à être gratuit. Lorsqu'un établissement réalise une prestation spécifique pour une entreprise privée, il a droit à une redevance pour service rendu. L'augmentation du financement de la recherche par ces contrats de prestation est d'ailleurs un objectif clairement affiché par la LOLF, au même titre que l'exploitation des brevets d'invention¹⁷⁷⁸. Au-delà de ces contrats avec des entreprises privées, les organismes de recherche ou les universités sont invités à créer des entreprises aux fins de valorisation de la

statut d'entreprise innovante, pour une présentation des crédits impôts-recherche et de leur efficacité, V. C. Birraux et J.-Y. Le Déaut (Députés), *Rapport sur l'innovation à l'épreuve des peurs et des risques*, préc.

¹⁷⁷⁷ Code de la recherche, art. L.111-1, disposant que « *la politique de la recherche et du développement technologique vise à l'accroissement des connaissances, à la valorisation des résultats de la recherche, la diffusion de l'information scientifique et à la promotion du français comme langue scientifique* ». Pour une définition de la valorisation de la recherche, V. rapport d'information fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, sur la valorisation de la recherche dans les Universités, par M. Philippe Adnot, Sénateur, n°341, publié en annexe de la séance du 10 mai 2006, disponible sur www.senat.fr, p.8. Le rapporteur retient trois définitions de la valorisation de la recherche : celle du comité national d'évaluation (moyens de rendre utilisables ou commercialisables les résultats, les connaissances et les compétences de la recherche), celle du rapport de M. Henri Guillaume sur la technologie et l'innovation de 1997 (relations entre les acteurs de la recherche et le monde économique, la valorisation n'est donc pas un processus automatique mais doit être organisée et faire l'objet d'actions concertées) et celle du ministère de l'Éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche (tirer le meilleur parti de l'engagement de l'État en faveur de la recherche en faisant en sorte que la société bénéficie des résultats de cette recherche).

¹⁷⁷⁸ Dans le cadre de la loi organique du 1^{er} août 2001, relative aux lois de finances (LOLF), le programme 150 'Formations supérieures et recherche universitaire' de la mission 'Recherche et enseignement supérieur' prévoit un objectif n°9 'contribuer à l'amélioration de la compétitivité de l'économie nationale par le transfert et la valorisation des résultats de recherche'. A ce titre, ont été mis en place deux indicateurs : l'efficacité de la politique de valorisation, qui est mesurée par la part des ressources procurées par l'exploitation des brevets au sein des financements recherche totaux, et l'intensité des partenariats avec les entreprises privées, qui est mesurée par la part des contrats conclus avec toute autre personne publique ou privée, française ou étrangère, au sein des financements recherche totaux. V. sur ce point, le rapport Adnot, préc., p.47 et s., soulignant la faiblesse de ces taux par rapport à des pays étrangers ayant mené une politique volontariste en la matière mais aussi les limites de ces indicateurs.

recherche ou à aider à la création d'entreprises innovantes. Ainsi, les personnes publiques chargées d'une mission de recherche, qu'il s'agisse d'un établissement à caractère industriel et commercial ou administratif, qu'il s'agisse alors d'un établissement à caractère scientifique et technologique ou d'un établissement à caractère scientifique, culturel et professionnel, ont la possibilité de créer des groupements qui peuvent procéder à la valorisation de la recherche. Certains organismes de recherche et universités ont créé des filiales dont l'objectif est l'exploitation des innovations créées par l'organisme de recherche¹⁷⁷⁹. Les agents de ces personnes publiques ont vocation à être affectés à la gestion de ces groupements¹⁷⁸⁰. La plupart des universités ont mis en place des incubateurs d'entreprise qui accompagnent la création d'entreprises ayant notamment vocation à exploiter les innovations issues des recherches poursuivies par ces établissements.

483. **Incitation des agents publics.** La loi de programme pour la recherche n° 2006-450 du 18 avril 2006¹⁷⁸¹, complétée par la loi n° 2007-148 du 2 février 2007, relative à la modernisation de la fonction publique¹⁷⁸², a revu, complété ou simplifié les différents dispositifs permettant aux chercheurs, enseignants-chercheurs, et plus généralement aux agents publics participant à une mission de service public de la recherche, de participer à des entreprises privées, soit en participant à leur création, soit en apportant un concours scientifique à une entreprise existante et en participant à son capital, soit en participant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance de sociétés anonymes. On notera que la commission de déontologie¹⁷⁸³ est informée et contrôle l'ensemble de ces dispositifs. Selon l'article L.413-1 du Code de la recherche, « *les fonctionnaires civils des services publics et entreprises publiques définis à l'article L.112-2 peuvent être autorisés à participer à titre personnel, en qualité d'associé ou de dirigeant, à la création d'une entreprise dont l'objet est d'assurer, en exécution d'un contrat conclu avec une personne publique ou une entreprise publique, la valorisation des travaux de recherche qu'ils ont réalisés dans l'exercice de leurs fonctions* ». Sont concernés tous les agents concourant aux missions de service public des établissements publics d'enseignement supérieur et des établissements publics de

¹⁷⁷⁹ Tel est le cas des universités d'Aix-Marseille 2, Grenoble 2, Lyon 1, Lyon 3, Nantes, La Rochelle, Valenciennes et des universités de Compiègne et de Picardie qui ont une société commune. V. sur la structuration de la valorisation, rapport Adnot, préc., p.15 et s.

¹⁷⁸⁰ Code de l'éducation, art. L.952-14-1.

¹⁷⁸¹ JO du 19 avril 2006.

¹⁷⁸² JO du 6 février 2007.

¹⁷⁸³ Loi n°93-122 du 29 janv. 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, art. 87.

recherche, ainsi que ceux des entreprises publiques¹⁷⁸⁴. L'autorisation pourra être refusée si elle est susceptible de porter atteinte au fonctionnement normal du service public, à la dignité des fonctions exercées par l'agent ou à l'indépendance et à la neutralité du service, aux intérêts matériels et moraux du service public ou aux conditions d'exercice de la mission d'expertise qu'il exerce¹⁷⁸⁵. Le fonctionnaire cesse toute activité au titre du service public dont il relève¹⁷⁸⁶ et peut alors soit être détaché dans l'entreprise, soit être mis à sa disposition. A la fin de l'autorisation, l'agent choisit soit d'être placé en disponibilité, soit d'être radié, soit d'être réintégré dans son corps d'origine. S'il choisit la réintégration, il doit mettre fin à son activité au sein de l'entreprise dans un délai d'un an, et ne pourra plus qu'être autorisé à apporter son concours scientifique à l'entreprise et conserver une participation maximale de 49% du capital social, donnant droit au maximum à 49% des droits de vote. Il peut aussi rester membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de l'entreprise¹⁷⁸⁷. En cas de concours scientifique à une entreprise préexistante exploitant les résultats de la recherche de l'agent, l'agent conserve son emploi public et assume le plein exercice de ses fonctions¹⁷⁸⁸. Il peut néanmoins, dans des conditions définies par contrat entre l'entreprise et la personne publique, conseiller scientifiquement l'entreprise. Il peut également participer au capital social de l'entreprise à hauteur de 49% du capital social et des droits de vote. Aux fins de transparence, certaines dispositions limitent les droits de l'agent : il ne pourra être associé s'il a, en qualité d'agent public, exercé un contrôle sur cette entreprise ou conclu un contrat entre l'entreprise et le service public de la recherche, il y a moins de cinq ans ; il ne pourra ni diriger l'entreprise, ni occuper une position hiérarchique, ni participer à l'élaboration de contrats entre l'entreprise et la personne publique qui l'emploie. La personne publique est par ailleurs informée des revenus perçus par l'agent. En l'absence de concours scientifique¹⁷⁸⁹, les fonctionnaires ne peuvent participer au capital social qu'à hauteur maximale de 20% du capital et des droits de vote. Leur participation vise ici à favoriser la diffusion des résultats de la recherche publique. Leur rémunération est plafonnée et ne peut consister qu'en des jetons de présence¹⁷⁹⁰. En revanche, l'agent ne peut participer à la négociation d'aucun contrat entre l'entreprise et

¹⁷⁸⁴ Code de la recherche, art. L.112-2.

¹⁷⁸⁵ Code de la recherche, art. L.413-3.

¹⁷⁸⁶ Code de la recherche, art. L.413-4. L'agent peut toutefois, à certaines conditions, continuer à exercer ses fonctions d'enseignement.

¹⁷⁸⁷ Code de la recherche, art. L.413-6.

¹⁷⁸⁸ Code de la recherche, art. L.413-8 et s.

¹⁷⁸⁹ Code de la recherche, art. L.413-12 et s.

¹⁷⁹⁰ Ccom., art. L.225-45 et L.225-83.

l'Administration. La loi favorise donc la prise de participation des agents publics dans les entreprises privées de manière à nouer des liens plus forts entre les administrations en charge de missions de service public de la recherche et les entreprises privées. En revanche, et de manière à garantir l'équilibre des relations et l'absence d'abus, dès lors que l'agent est intéressé à une entreprise, il ne peut plus représenter ni l'entreprise, ni l'Administration dans les relations contractuelles que celles-ci peuvent entretenir entre elles. La possibilité pour l'agent de créer sa propre entreprise l'invite à tenter d'organiser par lui-même l'exploitation de son invention. Sa connaissance scientifique et technique de l'invention sera en effet un avantage indéniable pour l'exploitation. S'il préfère ne pas prendre de risque financier et n'envisage pas de quitter, même temporairement, la fonction publique, l'agent pourra toujours apporter un concours scientifique à l'entreprise partenaire qui souhaitera exploiter l'invention. On voit ici consacrée l'idée d'un apport intellectuel, comme il existait déjà l'apport en industrie. Les dispositifs de détachement ou mise à disposition de l'agent par l'Administration au profit de la société sont encore plus favorables qu'un congé pour la création d'entreprise¹⁷⁹¹, l'agent étant déchargé de ses obligations de service mais conservant son traitement pendant quelques temps¹⁷⁹². Il y a donc ici une réelle attractivité du dispositif, qui est susceptible de nourrir la création d'entreprises innovantes et la mobilité des chercheurs entre le secteur public et le secteur privé. On notera que si le rapport sur la valorisation de la recherche, dirigé par Henri Guillaume, constate les difficultés, et le retard, de la recherche française en terme de valorisation des résultats, sur le terrain de la création d'entreprise, les performances de la France sont très au-dessus de la moyenne¹⁷⁹³. Cela ne paraît pas néanmoins suffisant et il faut trouver d'autres moyens de valorisation de la recherche.

¹⁷⁹¹ Ctrav., art. L.3142-78 et s.

¹⁷⁹² Pour exemple, il est courant qu'une université autorise un enseignant-chercheur à créer son entreprise aux fins d'exploiter son invention. Il est ainsi mis à disposition de cette entreprise pendant trois ans, avec maintien de son traitement à taux plein pendant la première année, à taux dégressif pendant les deux années suivantes. Par ailleurs, l'université met à disposition une partie de ses locaux et de son matériel, pendant ce même laps de temps, gratuitement pendant un an, puis à charge de loyer. On voit ici que l'université intègre au sein de ses missions de service public l'aide à la création d'entreprise innovante, ce qui concourt aussi à la création d'emplois. V. sur ce point, rapport Adnot, préc. p.48, observant que « *la valorisation de la recherche est davantage un investissement dont les retours peuvent, d'une part, se mesurer d'une manière plus pertinente sur le moyen, voire le long terme (un brevet ne « rapporte » pas immédiatement) et d'autre part, être plus diffus : dynamique économique créée, nombre d'emplois induits...* »

¹⁷⁹³ *Rapport sur la valorisation de la recherche*, sous la supervision d'Henri Guillaume, pour le compte de l'inspection générale des finances et de l'inspection générale de l'administration de l'éducation nationale et de la recherche, janv. 2007 p.96. La commission préconise néanmoins un recentrage des moyens et une professionnalisation des incubateurs, pour mettre en place des procédures rigoureuses de créations d'entreprises et faciliter l'accès au financement des start-up de manière à en asseoir réellement la pérennité et la croissance. V. rapport préc., p.177 et s.

CONCLUSION

484. Le modèle industriel tel qu'il a été revu en 1978 a semblé proposer un régime approprié : fondé sur l'analyse du contrat de travail et appliquant les mécanismes classiques du droit du travail, il renouvelait l'analyse propriétaire en proposant un classement « tripartite » des inventions plus efficient, en garantissant la propriété de l'invention à l'employeur, soit par une propriété attribuée *ab initio*, soit en facilitant l'acquisition, tout en garantissant l'existence d'une rémunération spéciale à l'inventeur salarié. Le modèle industriel ne transpose pas pour autant le modèle d'appropriation du travail de manière pure et simple. Des aménagements purement liés au droit de la propriété intellectuelle sont mis en place : sont à ce titre essentiel le principe de créateur personne physique et de droit à la paternité, le principe d'association du créateur au succès de son invention, qui peine toutefois à être mis en œuvre, les partenaires sociaux, les pratiques des employeurs étant circonspectes à cet égard, au moins dans certains secteurs ou grandes entreprises. Si la jurisprudence semble avoir contribué à améliorer les montants des rémunérations supplémentaires dont bénéficient les inventeurs salariés en mettant en exergue le principe d'association au succès de l'invention, au moins dans certains secteurs, la détermination du montant de la rémunération reste délicate à évaluer. Les décisions ne sont pas claires (voire pour la plupart absolument silencieuses) quant aux méthodes appliquées. En revanche, l'augmentation de la rémunération supplémentaire a conduit à rendre quasiment nul les litiges relatifs au classement de l'invention, comme si tout enjeu avait disparu. En effet, le salarié a peu de chances d'obtenir la propriété de l'invention, et semble d'ailleurs s'en désintéresser au profit de la véritable question : celle de la contrepartie financière, c'est-à-dire de la participation au résultat de l'invention. Deux méthodes sont ici employées : résultat prévisible au moment du transfert ; résultat constaté après exploitation. Le dispositif positif prévoit deux modes de transfert distincts et deux modes d'évaluation de la rémunération distincts. On remarque également que la faveur à l'exploitation, au moins dans le secteur public, conduit à associer le plus directement possible le créateur à l'exploitation de son invention. On peut louer le régime actuel d'avoir conduit à supprimer tout enjeu autour de l'attribution de la propriété. Dans une démarche prospective, on peut cependant continuer à réfléchir à une amélioration quant à certains points qui font encore débat et notamment en se demandant si la question du mode de transfert ne devrait pas être unifiée pour centrer le débat sur la question qui intéresse finalement le plus les cocontractants, les modalités de calcul de la rémunération et comment favoriser au mieux l'exploitation de l'invention, notamment en permettant au créateur de celle-ci d'y prendre part. Par ailleurs, alors que les agents publics sont censés être soumis aux dispositions applicables aux salariés de droit privé, on observe que

la transposition du régime n'est pas réelle : les agents publics font bien l'objet de dispositions spéciales, réglementaires, intégrées soit au Code de la propriété intellectuelle soit au statut des agents. Pourtant, l'incitation à la création, à l'innovation, est essentielle. Or les politiques se tournent moins aujourd'hui vers l'incitation des inventeurs à inventer que vers l'incitation à investir et entreprendre. Opérant une sorte de Bayh-Dole Act à la française, les autorités concentrent leurs efforts pour une incitation à l'innovation vers la création d'entreprises innovantes, l'investissement dans la recherche et le développement. On retrouve là le modèle d'appropriation du travail : le travailleur ne bénéficie que d'un droit à rémunération ; certes, ce droit à rémunération est réglementé pour garantir une rémunération minimale mais la propriété est une incitation dirigée vers l'investisseur, vers l'entrepreneur. En conséquence, l'inventeur a intérêt pour tirer le mieux profit de son invention à être entrepreneur et poursuivre lui-même l'exploitation de l'invention, ce qu'une propriété attribuée de plein droit à l'employeur lui interdit actuellement, quand bien même l'employeur ne mettrait en œuvre aucune exploitation. Le salarié inventeur ne pourra mettre en œuvre lui-même l'exploitation qu'en réclamant une licence d'office. La propriété intellectuelle ayant vocation à favoriser l'exploitation, on peut se demander si une piste de réforme ne peut pas consister à favoriser l'exploitation par l'inventeur, quand celui-ci souhaite la mettre en œuvre, alors que l'employeur, lui, ne le souhaite pas.

CONCLUSION DU TITRE I.

485. Ce premier titre de la seconde partie a permis à travers la présentation du droit positif de démontrer l'existence de deux modèles distincts pour l'appropriation des créations subordonnées : le modèle littéraire et artistique, qui est fondé principalement sur les principes du modèle de l'appropriation de la création ; et le modèle industriel, qui est fondé principalement sur les principes du modèle de l'appropriation des fruits du travail.

486. Le modèle littéraire et artistique est fondé sur le principe de propriété initiale du créateur. La propriété joue ici au profit du créateur subordonné son rôle de garantie (de sa liberté, de sa rémunération) et de responsabilisation. Le régime proclame l'indifférence de l'existence d'une relation subordonnée sur la titularité initiale des droits et n'organise pas les conditions du transfert des droits à l'employeur et la « titularité dérivée » de celui-ci. L'acquisition des droits par l'employeur est donc soumise en principe au droit commun de la cession. Ce régime subit toutefois un certain nombre d'exceptions sectorielles, qui n'obéissent pas à une logique cohérente mais démontrent plutôt l'absence de réflexion globale sur la question au vu des divergences quant au fait générateur de la dérogation (genre de l'œuvre, qualité du créateur, qualité de l'employeur), quant aux mécanismes de transferts mis en place (cession automatique, présomption de cession, dévolution, investissement de l'employeur, droit de préférence) ; quant à l'étendue des transferts de droits ou quant aux contreparties dont ils font l'objet.

487. Le modèle industriel est lui fondé sur la propriété initiale de l'employeur. Le droit du travail y joue un rôle organisateur prégnant. Le créateur est subordonné au pouvoir de direction de l'employeur, y compris dans son rapport à l'invention. Le créateur, ici considéré en premier lieu comme un travailleur, est récompensé par un droit à rémunération, quand l'employeur, entrepreneur et investisseur, a vocation à la propriété. On remarque toutefois des atténuations au modèle du fait de la prise en compte des spécificités inhérentes à la propriété intellectuelle (droit à la paternité de l'inventeur, compétences juridictionnelles) et un regain du personnelisme, notamment dans la détermination du quantum de la rémunération, et spécialement pour les agents publics. Par ailleurs, la valorisation du travail créateur, de l'agent public notamment, peut passer par la création d'entreprise, mécanisme particulier de la valorisation du travail, qui prend un sens particulier quand le fruit du travail est un fruit personnel protégé par une propriété non oisive qui a vocation à être exploitée.

488. Deux points peuvent être mis en exergue :

- dans l'un comme dans l'autre modèle, les situations respectives des créateurs salariés de droit privé et des créateurs agents publics sont très distinctes sans pour autant que l'on puisse conclure à un modèle particulier aux agents publics qui transcenderait les genres créatifs. Au contraire, les dispositions révèlent l'application de trois régimes distincts (œuvres de l'esprit originales non logicielles, œuvres logicielles et inventions), qui ne réservent pas tous la même place au personnalisme : autant le modèle industriel est plus empreint de personnalisme pour les agents publics que pour les salariés ; autant le modèle littéraire et artistique connaît plus d'exceptions au personnalisme pour les créateurs agents publics que pour les salariés de droit privé ;
- des principes communs à quasiment l'ensemble des régimes applicables aux créations subordonnées peuvent être dégagés : principe du créateur personne physique, principe de rémunération spéciale due au créateur salarié, principe de rémunération équitable, principe de faveur à l'exploitation, nécessité de sécuriser les exploitations réalisées par l'employeur à l'égard des tiers.

489. Le constat de la réelle diversité des régimes légaux et la mise en évidence de principes communs à tous les régimes ou à la majorité des régimes permet de penser qu'une réconciliation des modèles est possible. Elle pourra *a minima* consister à uniformiser les régimes actuels quant aux mécanismes mis en œuvre, au moins par branche de propriété intellectuelle. L'analyse de ces principes communs et de ce qu'ils révèlent de la problématique de la création subordonnée pourrait également permettre de dégager un socle commun applicable aux différentes branches de la propriété intellectuelle.

490. La prégnance des réflexions sectorielles en la matière invite en revanche à la circonspection quant à la faisabilité d'une réforme mettant en place un régime commun.

TITRE II.

ANALYSE PROSPECTIVE : LA RÉCONCILIATION DES MODÈLES

491. **Limites d'un système unitaire.** Nombreux sont les auteurs¹⁷⁹⁴ qui appellent à une unification des modèles de manière à harmoniser les solutions légales et jurisprudentielles relatives à la titularité des droits sur les créations de salariés. On remarque toutefois qu'un certain nombre d'autres auteurs¹⁷⁹⁵ constatent la différence fondamentale entre les différentes branches de la propriété intellectuelle et, finalement, concluent au maintien des spécificités des régimes. Quelques-uns¹⁷⁹⁶ y voient d'ailleurs une certaine richesse du droit qui, au-delà de l'incohérence apparente et souvent décriée, offre une certaine souplesse et présente une palette de solutions adaptées à chaque objet de droit permettant de poursuivre à la fois les objectifs du droit du travail et de la propriété intellectuelle. Des traits communs peuvent être dégagés derrière la diversité, voire l'opposition fondamentale, des régimes mis en place. Des avantages et des inconvénients peuvent être portés au bilan de chacun de ces régimes. Ceci explique sans doute pourquoi une réforme en profondeur de la matière apparaît pour l'heure difficile¹⁷⁹⁷. L'étude du droit comparé ne permet ni de déterminer de « recettes miracles »¹⁷⁹⁸, ni de

¹⁷⁹⁴ J. M. Mousseron et J. Schmidt, « les créations d'employés », *préc.*, p.273 ; J. M. Mousseron et J. Schmidt, D. 1993, somm. com. p.375 ; J. Raynard, « Propriétés incorporelles un pluriel bien singulier », *Mélanges Burst, Litec*, 1997, p.527 ; V. également les actes du colloque organisé par le CUERPI, le 28 novembre 2003 à Grenoble, « Propriétés intellectuelles : unité ou diversité. A la recherche d'un droit commun des propriétés intellectuelles », spéc. la contribution de J. Raynard, « Créations et inventions de salariés : une divergence irréductible ? », *préc.*, p.13.

¹⁷⁹⁵ P. Sirinelli, obs. in RIDA avr. 1993, p. 197 ; F. Pollaud-Dulian, « Ombre et lumière sur le droit d'auteur des salariés », JCP G 1999, I, 150 ; F. Pollaud-Dulian, « Propriétés intellectuelles et travail salarié », RTD com. 2000, p. 273, P. Gaudrat et G. Massé, *La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création*, *préc.* ; V. enfin le rapport du CSPLA, commission spécialisée portant sur les créations des agents publics, disponible sur <http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/agents%20publics%20-%20rapport.pdf> : « Les droits d'auteur doivent naître sur la tête de la personne physique ayant créé l'œuvre. Le point a été abondamment discuté, il a paru impossible à la commission d'adopter une proposition qui méconnaisse ce principe général, rappelé en dernier lieu par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000 (art.17.2) ».

¹⁷⁹⁶ L. Draï, *Le droit du travail intellectuel*, *préc.* ; G. Boucris-Maitral, *Créations et salariat*, *préc.*

¹⁷⁹⁷ V. notamment en matière de droit d'auteur les diverses tentatives de réforme du régime qui n'ont pas abouti et qui prônaient la mise en place de nouveaux régimes spécifiques, comme si la matière ne pouvait échapper à une certaine casuistique : Rapport P. Sirinelli pour la commission spécialisée du CSPLA portant sur la création des salariés privés, concluant à l'absence de consensus et l'impossibilité de rapprocher les points de vue trop antagonistes des différents représentants des salariés et des secteurs industriels. Le rapport n'est plus disponible en ligne. V. néanmoins pour illustration des difficultés le compte-rendu de la séance plénière du CSPLA en date du 4 octobre 2001, disponible sur <http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/seance%202.pdf> ; R. Hadas-Lebel, rapport au Ministre de la Culture et de la Communication, *Mise en œuvre du droit d'auteur dans le cadre du statut de salarié de droit privé*, Légipresse 2003, n°198, IV, p.10 ; motion adoptée lors des premières Assises de la création salariée, le 20 mai 2003, à l'Assemblée Nationale et la déclaration du 28 novembre 2003 : www.creation-salariee.org/motion.20.05.2003.html ; CSPLA, Commission spécialisée sur les aspects juridiques des œuvres multimédias, Avis 2005-1. V. aussi les deux propositions de lois intervenues en 2010 pour proposer une réforme du droit des inventions de salariés. Cf. infra n°504 et 509.

¹⁷⁹⁸ C. Caron, « L'adaptation du droit d'auteur de la création salariée à l'entreprise », *Légicom* n°29, 2003/1, p.20.

conclure à une solution universelle que seul le droit français paraîtrait ignorer. Au contraire, même s'il est possible d'opérer certains rapprochements¹⁷⁹⁹, les systèmes étrangers semblent tous présenter des solutions différentes. A ce titre, ils représentent une source d'inspiration incontournable¹⁸⁰⁰. Les conventions collectives et la jurisprudence sont certes des sources du droit susceptibles d'apporter les assouplissements nécessaires à l'application d'un texte légal, mais combien de temps faudra-t-il encore attendre la mise en place de ce système particulièrement pertinent. On voit bien l'intérêt de proposer un système unitaire qui engloberait toutes les situations créatives que le droit peut être amené à gérer. Un tel système aurait le mérite de la cohérence et de la simplicité, mais pourrait présenter l'inconvénient de la rigidité. Les deux modèles essentiels, industriel ou littéraire et artistique, sont fondés sur des philosophies distinctes. L'adoption d'un régime unitaire suppose donc, au moins pour l'un des modèles, un changement radical en son principe. Ce système unitaire risque donc d'être difficile à faire accepter pour trop bouleverser les pratiques juridiques et sociales usuelles. Or la crispation des relations sociales n'est ni source de sécurité juridique, ni d'efficacité économique. Ainsi l'abandon pur et simple d'un modèle au profit d'un autre paraît à l'heure actuelle inenvisageable. A tout le moins, un changement de modèle pour l'une des branches de la propriété intellectuelle emportera une adaptation du modèle de l'autre branche.

492. **Méthodologie.** Au-delà des divergences fondamentales entre les deux modèles français, on peut observer une certaine convergence qu'il est encore possible de renforcer. C'est pourquoi à l'unification, nous préférons le terme de « réconciliation » des modèles. En effet, quel que soit le modèle choisi, en droit français ou en droit étranger, on observe que l'efficacité du régime tient surtout à l'équilibre mis en place dans les relations entre le créateur et l'employeur¹⁸⁰¹. C'est donc sur les conditions nécessaires à cet équilibre, tel qu'il apparaît de nos jours en France, eu égard aux revendications des représentants des employeurs et des créateurs, que l'on peut envisager d'ores et déjà de travailler. On notera que les questions posées aujourd'hui par la création subordonnée peuvent être différemment analysées : certaines questions peuvent facilement obtenir une réponse unitaire ; d'autres peuvent être régies par des principes directeurs communs qui pourront néanmoins être diversement mis en œuvre. Aussi apparaît-il nécessaire d'étudier d'abord les conditions nécessaires à la

¹⁷⁹⁹ V. notamment A. Lucas-Schloetter, *les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, Cahiers IRPI, n°5, 2004.

¹⁸⁰⁰ Dans le même sens, A. Lucas-Schloetter, préc., n°263.

¹⁸⁰¹ V. en ce sens, A. Lucas-Schloetter, préc., n°40, à propos de la législation tchèque, citant dans le même sens, A. Dietz, « Tschechische Republik », in A. A. Wandtke (ed.), *Urheberrecht in Mittel- und Osteuropa*, T. 2, Berlin, 2002, p.139, spec. p.141.

réconciliation (chapitre I), puis les formes que pourrait prendre concrètement cette réconciliation (chapitre II).

CHAPITRE I.

LES CONDITIONS DE LA RÉCONCILIATION

493. On a pu observer dans le titre précédent que les deux modèles, littéraire et artistique d'une part, industriel d'autre part, divergeaient par l'importance accordée aux effets de la subordination, notamment au niveau des principes d'acquisition des droits. Ainsi, le premier modèle est, pour l'essentiel, centré sur l'attribution des droits au créateur salarié, l'assouplissement du modèle concerne donc des aménagements des modalités de cession des droits patrimoniaux de droit commun, alors que l'autre modèle fait primer l'acquisition des droits par l'employeur et c'est essentiellement à travers la tentative d'organisation d'un statut d'inventeur salarié que transparaît l'objectif de sauvegarde des intérêts de ce dernier. Les aménagements des modèles, qu'ils soient d'inspiration prétorienne ou légale, tendent en effet à les faire converger vers un compromis entre les droits des créateurs et ceux de l'entreprise, l'un et l'autre modèle semblant finalement suivre des principes généraux conformes tant à la philosophie du droit du travail qu'à celle de la propriété intellectuelle (section I). Une réforme visant à la réconciliation des modèles, l'harmonisation des différents régimes pour rendre le droit positif à la fois plus cohérent et plus efficace, suppose la recherche d'un équilibre entre les différents intérêts en jeu¹⁸⁰². Ceci impose la mise en place de garanties concrètes tant pour l'employeur que pour le salarié (section II).

¹⁸⁰² V. en ce sens, A. Quaedvlieg, « Salaire, profit, propriété intellectuelle. Observations générales sur le droit du travail, le droit de la propriété intellectuelle et le droit des sociétés », *Les cahiers de propriété intellectuelle*, vol. 11, n°3, p.729, spéc. p.733 : « on ne peut éviter de buter contre l'étrange contradiction suivant laquelle l'auteur d'un logiciel a droit à une récompense supplémentaire si ce logiciel est breveté, mais non pas si ce même logiciel n'est protégé que par le droit d'auteur. Se pose alors de façon plus insistante la question de savoir si cette séparation en deux mondes est correcte. Il semble plus utile d'examiner les deux droits – sans ignorer leurs différences et spécificités – sous l'aspect général des objectifs de la propriété intellectuelle ».

SECTION I.

RESPECT DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT

494. L'un et l'autre modèle semblent obéir à des principes généraux du droit, spécifiques à la propriété intellectuelle, spécifiques au droit du travail ou au contraire conformes aux logiques convergentes de ces deux droits. En effet, il ne faudrait pas déduire des principes d'attribution initiale des droits divergents (la mise en exergue dans un modèle de l'analyse travailliste conduit à l'attribution initiale des droits à l'employeur pour les inventions de mission, alors qu'à l'inverse, la mise en exergue du personnalisme conduit à l'attribution initiale des droits à l'auteur d'une œuvre littéraire et artistique) que droit du travail et propriété intellectuelle s'opposent frontalement. Au contraire, ces branches du droit convergent en ce qu'elles organisent un statut protecteur de la personne qui s'engage physiquement, moralement et intellectuellement dans le travail et la création, contre les abus de celui qui détient le pouvoir économique, pouvoir renforcé en cas de salariat par la domination juridique¹⁸⁰³. Ces branches du droit convergent aussi dans la mesure où elles ne sacrifient pas l'intérêt économique à l'intérêt d'un individu, fût-il créateur ou salarié : ces matières visent à favoriser l'exploitation, à permettre le bon fonctionnement de l'entreprise. Plutôt qu'opposer les matières, on préférera distinguer selon que les principes généraux du droit qui ont pu être mis en exergue lors de l'étude des différents régimes de la création salariée, servent à protéger l'intérêt du créateur salarié (I) ou celui de l'entreprise (II).

§ 1. PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT EN FAVEUR DU CRÉATEUR

495. Au-delà de l'inspiration commune, les modèles peuvent se rapprocher par la transposition de certains dispositifs déjà en place et dont il convient de confirmer l'importance. Ainsi, deux principes sont communs à l'un comme à l'autre modèle : le respect de la qualité de créateur (A) et l'association du créateur au succès de sa création (B).

A. Respect de la qualité de créateur

496. L'un et l'autre des modèles relatifs à la création salariée, bien qu'ils divergent sur l'attribution initiale des droits patrimoniaux, reconnaissent que la qualité de créateur ne peut revenir qu'à la personne physique à l'origine de la création et mettent en place un droit à la

¹⁸⁰³ V. sur cette question, A. Supiot, *Critique du droit du travail*, préc.

paternité au profit du créateur. Cette reconnaissance de la qualité de créateur est fondamentale (1) en ce qu'elle implique des conséquences non négligeables en terme de rémunération mais aussi, pour le modèle littéraire et artistique, de respect dû à la création (2). Il importe dès lors, et quel que soit le modèle en cause, de définir strictement la qualité de créateur (3).

1. Nécessité de la qualification

497. **Qualité de créateur et droit à la paternité.** En matière de propriété littéraire et artistique, la qualité d'auteur ne peut revenir qu'à la personne physique qui a conçu et réalisé l'œuvre de l'esprit. Tant et si bien que même lorsque très exceptionnellement, en cas d'œuvre collective, le droit attribue initialement les droits à un autre que le créateur, l'initiateur dispose de l'ensemble des droits de l'auteur, moraux et patrimoniaux, mais non de la qualité d'auteur. La reconnaissance de la qualité d'auteur à la seule personne physique est si fondamentale que le simple fait de reconnaître de manière certaine cette qualité aux agents publics créateurs d'œuvre de l'esprit est apparu comme une « *innovation* » et justifiait d'ores et déjà l'intervention législative sur le sujet¹⁸⁰⁴. Le doute sur la reconnaissance de la qualité d'auteur aux agents publics n'était pas anodin : il est clair que les droits privés peuvent être inopposables à l'Administration¹⁸⁰⁵. Toutefois, il convenait de déterminer l'étendue de cette inopposabilité : s'agissait-il de l'inopposabilité de la qualité d'auteur (inopposabilité du droit à être reconnu auteur) ou de l'inopposabilité de la propriété de l'auteur qui peut s'entendre soit comme l'inopposabilité de la vocation à la titularité initiale des droits d'auteurs, soit comme l'inopposabilité de l'exercice de cette propriété (et notamment inopposabilité du droit d'interdire l'exploitation à l'Administration)¹⁸⁰⁶ ? Le rapport de la commission spécialisée expliquant l'Avis 2001-1 du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique portant sur les créations des agents publics, avis qui a inspiré la loi du 1^{er} août 2006, rappelle que le droit d'auteur ne peut appartenir *ab initio* qu'au créateur personne physique et que ce principe a pu faire l'objet d'un consensus. Il paraissait nécessaire et judicieux de reconnaître la qualité de créateur à l'agent public qui a créé l'œuvre dès lors qu'il a produit une œuvre de l'esprit

¹⁸⁰⁴ A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité*, préc. n°167.

¹⁸⁰⁵ Tribunal des Conflits, 8 fév. 1873, *Blanco* : M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 18^e éd., 2011, n°1, préc.

¹⁸⁰⁶ Comp. notamment C. Blaizot-Hazard, *Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français*, LGDJ, 1991, coll. Bibl. de dr. public, T.159, préf. P. Devolvé, considérant que les agents publics sont privés de leur droit *ab initio* ; J.-E. Schoettl, « L'administration dispose-t-elle d'un droit d'auteur ? », *Revue du droit de l'informatique*, préc., p.6-17 considérant que les droits de l'agent public doivent être paralysés et l'inopposabilité des droits prônée par P. Gaudrat, rapport préc. V. également le rapport précité du CSPLA recensant la diversité des pratiques des Administrations en l'absence de régime légal clair.

originale. Il paraissait également logique de respecter le modèle d'appropriation de la création par la personne physique à l'origine de la création et donc de lui attribuer la propriété initiale des droits d'auteur, la qualité d'agent public et la nécessité de l'exploitation par le service public exigeant en revanche un régime de cession adapté permettant l'exploitation. D'où la mise en place d'un régime particulier d'exercice des droits d'auteur dans la relation entre l'agent public et l'Administration qui l'emploie. La qualité d'agent public ne peut interdire la reconnaissance de la qualité d'auteur, car la qualité d'auteur n'est pas un droit subjectif mais l'expression d'une qualification juridique. On ne peut pas même évoquer une titularité de la qualité d'auteur, qui n'est pas disponible. Certes, la notion d'auteur dans la Convention de Berne est suffisamment floue pour que cette qualité puisse appartenir aussi à l'exploitant, ce qui permet d'ailleurs les ambiguïtés des modèles relevant du *copyright* à ce sujet. On notera donc qu'une modification du droit positif est techniquement possible mais le législateur en choisissant, encore en 2006 à propos des agents publics, une autre voie semble avoir confirmé que seule une personne physique peut être créateur, affirmant ainsi la conception « romantique »¹⁸⁰⁷ de la propriété intellectuelle. Cette réaffirmation constante ne peut être considérée comme anodine et doit permettre de reconnaître que le droit à la paternité et la définition de la qualité d'auteur relèvent des principes généraux qu'il convient de faire respecter.

498. **Paternité et qualité d'inventeur.** Alors même que la propriété industrielle est centrée sur des problématiques plus économiques et qu'elle n'échappe pas à la logique utilitariste, elle ne s'éloigne pas de cette conception romantique : l'importance de la reconnaissance de la qualité d'inventeur à la personne physique est régulièrement mise en avant, aussi bien par les juristes que par les praticiens¹⁸⁰⁸, confirmant ainsi l'importance du droit à la paternité en matière de brevet. La reconnaissance établie par la mention de l'inventeur dans la demande de brevet apparaît une récompense à la fois légitime et nécessaire. La reconnaissance de cette qualité d'inventeur n'est toutefois ni neutre, ni anodine et mérite d'être appréciée le plus strictement possible : d'une part, si chaque participant à la procédure de dépôt de brevet est reconnu comme inventeur, le ou les créateurs ne se sentiront pas reconnus à part entière, la reconnaissance de la qualité d'inventeur perd ici son intérêt psychologique et son effet en terme de gestion des ressources humaines ; d'autre part, juridiquement, la reconnaissance de la qualité d'inventeur implique une reconnaissance patrimoniale, donc un coût pour l'entreprise.

¹⁸⁰⁷ Cf. supra n°358.

¹⁸⁰⁸ Cf. supra. n°461 et s. B. Grehant, « Rémunération des inventeurs salariés : un point de vue industriel », préc. ; V. également les Actes du colloque de 1979, préc.

Par ailleurs, le partage de la qualité de créateur avec des co-inventeurs ou co-auteurs dont l'apport n'était pas créatif pourrait constituer une atteinte au droit à la paternité des inventeurs et auteurs véritables. A ce titre, on peut s'interroger sur la possibilité pour un créateur salarié de contester la qualité de co-créateur d'un de ses collègues ou de son supérieur hiérarchique qui lui aurait été imposée par son supérieur hiérarchique ou son employeur, et ce d'autant plus que la rémunération supplémentaire serait partagée entre les co-créateurs. En pratique, une telle action peut ne pas être aisée à mettre en œuvre pendant le temps de la subordination. La prescription de telles actions doit tenir compte de la spécificité de la situation.

2. Conséquences de la qualification

499. **Qualité de créateur et droit à rémunération.** De la création naît un droit à la propriété, ou du moins un droit à rémunération¹⁸⁰⁹. Ce droit à la propriété appartient en principe au créateur, qui tire la rémunération de ses efforts créateurs de l'exploitation de sa propriété. En cas d'inventions de mission, c'est l'employeur qui bénéficie, à défaut de stipulations contraires, du droit au titre. L'inventeur salarié n'a pas vocation à la propriété mais a droit à une rémunération supplémentaire. Autrement dit, quand bien même le salarié n'aurait pas droit à la propriété de son invention, il dispose d'un droit à rémunération. Il n'est que deux cas où le créateur ne bénéficie d'aucun droit à rémunération particulier l'associant à l'exploitation de sa création, le salaire suffisant à rémunérer à la fois la création et l'exploitation de la création de mission : en cas d'exploitation de la contribution de l'auteur salarié au sein d'une œuvre collective ou d'œuvre logicielle. La rémunération des auteurs agents publics et des journalistes emportent un certain droit d'exploitation au profit de l'employeur. Toutefois, hors le champ défini par les missions du créateur et l'activité normale de l'employeur, toute exploitation doit être autorisée par le créateur subordonné et rémunérée. Il y a ici une résurgence de droit de propriété. Sans doute, ces deux cas devraient-ils être harmonisés avec les autres dispositifs existants. Hormis ces cas spécifiques, la reconnaissance de la qualité de créateur implique un coût pour l'entreprise, il est donc nécessaire de mesurer les conséquences juridiques et financières de cette qualité. Une autre conséquence juridique de cette qualité peut être la reconnaissance de prérogatives morales au créateur.

500. **Qualité de créateur et respect de la création.** On a vu qu'en matière de brevets d'invention, les prérogatives morales attachées à la propriété de l'invention sont des plus réduites, le droit positif adoptant une conception utilitariste favorisant avant tout l'exploitation

¹⁸⁰⁹ Cf. supra n°152 et s.

et opérant une certaine dépersonnalisation de l'objet de la propriété par l'intermédiaire du titre¹⁸¹⁰. Tel n'est pas le cas du droit d'auteur. Dès lors, la reconnaissance de la qualité d'auteur emporte l'attribution de prérogatives morales qui sont personnelles, imprescriptibles et inaliénables. Aussi le transfert des droits d'exploitation de l'œuvre n'emporte-t-il pas complet dessaisissement de l'auteur qui peut toujours contrôler l'exploitation de l'œuvre par le biais du droit de divulgation ou de retrait et repentir, du droit au respect, voire du droit à la paternité. Si ces prérogatives ne peuvent être invoquées dans un but économique sans constituer une fraude, et notamment ne peuvent permettre à l'auteur salarié de sanctionner un refus d'augmentation de sa rémunération par son employeur, il est clair que l'exercice de ces prérogatives n'est pas dépourvu de conséquences économiques pour l'employeur. Outre les dommages et intérêts auxquels il peut être condamné, l'employeur peut voir une partie des marchandises qu'il a produites condamnées au pilon pour attenter au respect de l'œuvre ou ses investissements réduits à néant du fait d'une interdiction de représentation. D'où l'impression de certains employeurs de pouvoir être pris en otage par les salariés. On remarque toutefois que la jurisprudence est plus nuancée. D'abord, elle admet que le droit moral ne s'exerce pas de manière aussi implacable lorsque l'auteur a consenti à des adaptations de son œuvre : le consentement à la modification implique que l'auteur lui-même a renoncé à l'intangibilité de l'œuvre ; il ne saurait ensuite que reprocher une modification dénaturante à l'exploitant¹⁸¹¹. Une telle position est conforme aux principes contractuels. L'obligation d'exécuter de bonne foi les contrats (contrat de travail et contrat de cession de droit), devrait suffire à interdire les éventuels abus du droit moral par le salarié. Par ailleurs, la jurisprudence observe un certain pragmatisme et admet par exemple l'absence de mention du nom de l'auteur sur des œuvres lorsque les circonstances ne le permettent pas¹⁸¹² ou des modifications mineures de l'œuvre nécessitées par l'exploitation¹⁸¹³. Quoi qu'il en soit, l'exploitation non contentieuse des œuvres créées par les salariés impose une certaine coopération entre les parties, coopération qu'il est d'autant moins facile à mettre en place que le nombre d'auteurs sera important. Coopération qui prend fin au moment de la rupture du contrat de travail, quelle que soit la partie qui en est à l'origine. Si le risque contentieux est faible pendant l'exécution du contrat, il augmente en fin

¹⁸¹⁰ Cf. supra n°153.

¹⁸¹¹ Cf. supra n°245 et 265.

¹⁸¹² Pour des illustrations relatives à des œuvres d'arts appliqués, secteur pour lequel la problématique est prégnante : CA Paris, 18 mars 1971, *Ann. propr. ind.* 1971, p. 202, à propos d'une pendulette ; CA Paris, 22 nov. 1983 : D. 1985, somm. p. 10, obs. J.-J. Burst, à propos d'une carrosserie de voiture.

¹⁸¹³ Pour des illustrations relatives à des œuvres d'arts appliqués : CA Paris, 22 nov. 1983 : préc. ; TGI Nancy, 10 sept. 1998 : RIDA janv. 1999, p. 431, à propos d'étiquette de boîte de fromage. V. pour une synthèse sur ce point, C. Caron, « Droit moral ou droits moraux », *Petites Affiches* 2007, n° 244, p. 28.

de contrat, d'où une certaine insécurité pour l'employeur. La multiplication des auteurs multiplie d'autant les risques de contentieux et de situation de blocage, d'autant qu'en matière de droit moral, le juge ne saurait se substituer aux parties et l'opposition d'un seul coauteur peut suffire à interdire l'exploitation de l'œuvre¹⁸¹⁴, ou du moins à nécessiter le recours au juge¹⁸¹⁵. Pour sécuriser les exploitations réalisées par l'Administration dans le cadre des missions de service public, le législateur a mis en place, sous l'influence de l'Administration, un droit de modification de l'œuvre créée par un agent dans l'exercice de ses fonctions, dont la seule limite est l'atteinte à l'honneur et la réputation de l'auteur, ce qui correspond à la définition minimale du droit au respect retenue par la Convention de Berne. Ainsi, ce n'est plus l'œuvre qui est respectée mais l'auteur¹⁸¹⁶. L'intérêt de l'Administration est ici placé au-dessus de l'intérêt général à la préservation du pacte culturel entre l'auteur et son public¹⁸¹⁷ et ne plie que devant l'intérêt privé de l'auteur à voir sa réputation non entachée. Sans pour autant diminuer les risques de conflit, puisqu'il conviendra de déterminer quelles exploitations peuvent constituer une atteinte à l'honneur et à la réputation et comment un auteur peut faire cesser une telle atteinte, ce pouvoir dépasse largement ce qu'une solution contractuelle aurait pu aménager. Ce pouvoir, conféré ici au supérieur hiérarchique, est exorbitant du droit commun et semble consacrer la spécificité de l'exploitation par l'Administration. L'extension de la jurisprudence applicable aux salariés aux agents publics aurait pu simplement être envisagée pour « libérer » l'Administration des contraintes de l'exploitation d'œuvres littéraires

¹⁸¹⁴ CA Paris, 26 sept. 1988 : D. 1988, IR, p. 115 ; TGI Paris, 25 mai 1989 : RIDA janv. 1990, p.353. La jurisprudence rappelle la nécessité de l'accord de l'ensemble des coauteurs pour permettre tout acte d'exploitation, sans distinguer l'exercice du droit de divulgation de celui du droit patrimonial d'exploitation : Cass. civ. 1^{re}, 19 déc. 1983 : Bull. n°304 ; cass. civ. 1^{re}, 4 oct. 1988 : D. 1989, p. 482, note P.-Y. Gautier ; CE, 27 avr. 2011, n°314577, M. Pierre A. : JCP G. 2011 p.977, obs. C. Caron ; *Propr. Intell.* 2011 p.306, obs. J.-M. Brugière. L'action ayant souvent lieu pour interdire l'exploitation par l'exploitant, l'exploitation étant déjà engagée ou sur le point de l'être, c'est tout autant l'absence de divulgation, au sens de la patrimonialisation de l'œuvre et de l'autorisation de communication de l'œuvre au public que l'absence de consentement à l'exploitation qui constituent une atteinte au droit d'auteur, les prérogatives étant ici clairement mêlées.

¹⁸¹⁵ CPI, art. L.113-3, alinéa 3.

¹⁸¹⁶ Cf. supra n°398.

¹⁸¹⁷ On remarquera toutefois l'exception à ce régime prévue pour les agents publics « créateurs autonomes », c'est-à-dire ceux qui créent des œuvres « dont la divulgation n'est soumise, en vertu de leur statut ou des règles qui régissent leurs fonctions, à aucun contrôle préalable de l'autorité hiérarchique » (CPI, art. L.111-1, alinéa 4). L'exercice du droit de divulgation étant libre pour eux, l'intégrité de l'œuvre est également préservée : ces agents disposent d'un droit moral plein et entier. Ils échappent également aux dispositions relatives à la cession des droits patrimoniaux portant sur les œuvres qu'ils créent, même dans l'exercice de leurs fonctions. La préservation de leur droit moral est essentielle à la préservation de leur liberté d'expression et de création. Ces agents sont ceux qui ne sont pas soumis à devoir de réserve et dont l'indépendance est nécessaire. Il s'agit notamment des chercheurs et enseignants-chercheurs, la liberté de la recherche étant constitutionnellement garantie. Cf. supra n°394.

et artistiques. Il n'est en effet pas évident qu'une Administration soit confrontée à des problématiques plus spécifiques que ne l'est un employeur de droit privé qui a également en charge l'exploitation des œuvres : en quoi la nécessité de l'exploitation d'un site internet par une Administration justifie en soi un régime adapté par rapport au régime applicable à un employeur de droit privé. Quelles sont les nécessités du service public qui justifient des limites à l'exercice du droit moral de l'auteur, quand la nécessité de l'exploitation pour un employeur de droit privé ne le justifie pas. Une telle prérogative ne peut être appréciée *in abstracto* et devra au contraire être appréciée très concrètement, au cas par cas, pour rester fidèle à l'esprit du droit d'auteur et aux caractères classiques du droit moral. Si seules les nécessités du service public justifient l'existence d'un droit de modification, celles-ci, exceptionnelles, exorbitantes du droit commun, doivent être appréciées très strictement. Il s'agit de circonstances qui ne peuvent être confondues avec les seules nécessités de l'exploitation qu'un employeur de droit privé pourrait revendiquer, et doivent être justifiées par un intérêt général et la nécessité de l'accès du public à l'information. Si, au contraire, on considère que le droit de l'Administration n'est pas exorbitant du droit commun mais que l'employeur de droit privé bénéficie finalement d'un même pouvoir, issu d'un régime prétorien ou des usages¹⁸¹⁸, la différence de régime légal entre auteurs subordonnés soumis à un régime de droit privé ou agents publics ne semble pas justifiée en soi. La reconnaissance légale du pouvoir de l'employeur de droit privé devrait s'imposer. On peut également se demander si ces problématiques, ces risques, identifiés par l'Administration comme trop contentieux, ne sont pas induits par une admission trop large de la qualité de créateur et de la qualité d'œuvre de l'esprit. La protection de l'auteur est-elle réellement adaptée à la petite monnaie ? L'application d'un droit commun très protecteur à des apports créatifs émiettés, rassemblés au sein d'œuvres plurielles d'arts appliqués, soumises à des contraintes techniques d'effets industriels recherchés, de production industrielle et d'exploitation commerciale de masse, peut paraître finalement une « grosse artillerie » par rapport à la réalité de l'apport créatif. D'où les limites d'une conception trop large de la qualité d'auteur, facilitant l'accès à une protection inadaptée, multipliant les hypothèses de créations plurielles dont on sait qu'elles sont difficiles à gérer, et qu'il conviendrait donc de définir strictement. Là encore, il s'agit de raisonner les praticiens dans l'attribution de la qualité d'auteur et la définition des œuvres de l'esprit originales et de l'apport créatif, tâche qui incombe finalement au juge du fait.

¹⁸¹⁸ La jurisprudence pour admettre les limites au droit moral, notamment en matière d'arts appliqués, se réfère aux usages et aux contraintes techniques ou pratiques de l'exploitation, admettant ainsi que le nom de l'auteur soit cité sur la documentation et les plans mais pas sur l'objet industriel qui fait l'objet même de la communication au public.

3. Nécessité de déterminer des critères de qualification

501. **Nécessité de définir strictement la qualité de créateur.** L'attribution de la qualité d'auteur est délicate : les critères, légaux ou jurisprudentiels, restent insuffisants, ambigus, difficiles à mettre en œuvre¹⁸¹⁹. La qualification emporte donc un certain aléa, notamment en droit d'auteur. Certains¹⁸²⁰ ont été jusqu'à proposer une présomption d'originalité des œuvres. La solution peut être opportune en certaines circonstances. Elle permet de sécuriser les relations : mieux vaut trop de contrat que pas de contrat. Elle comporte toutefois des difficultés : trop de contrat implique des coûts superfétatoires, multiplie les risques de blocage, dilue la récompense et la reconnaissance que la propriété intellectuelle ou la rémunération est censée signifier pour les auteurs et en diminue donc d'autant la dimension incitative. Il en est de même pour les inventeurs : les déclarations de complaisance coûtent cher car elles multiplient le nombre de bénéficiaires de la rémunération, qui, pour ne pas être symbolique, pourra être augmentée ; la déclaration d'un seul salarié en qualité d'inventeur ne signifie pas pour autant diminution de la rémunération due à l'inventeur mais son absence de partage entre coinventeurs¹⁸²¹. Or la reconnaissance de la qualité d'inventeur à un seul des salariés lorsque toute une équipe a travaillé pendant des mois sur un projet et que de nombreuses idées ont fusé et été mises en commun avant d'obtenir un résultat peut être à la fois réductrice et

¹⁸¹⁹ Cf. supra n°132 et s. R. Pépin, « La notion d'inventeur dans le contexte universitaire », *Lex Electronica*, vol. 11 n°3 (Hiver 2007) : <http://www.lex-electronica.org/articles/v11-3/pepin.pdf>. 2 : qui considère dans une recherche universitaire, il y a, en principe, des chercheurs principaux qui n'ont obtenu une subvention pour leur recherche de la part de leur université, d'un organisme gouvernemental ou d'une entreprise privée. Ce sont les « *maîtres d'œuvre de la recherche* », ils sont entourés d'autres professeurs et chercheurs ; de divers étudiants de tous niveaux, rémunérés ou non selon que leur travail de recherche fait partie ou non des exigences d'un cours. Les professeurs appartenant à d'autres universités sont soit associés au projet, soit invités soit en résidence. D'où deux problématiques juridiques : la difficulté d'identifier la personne à qui revient la paternité de l'invention (or cette identification est fondamentale car la correspondance à la réalité conditionne la validité du brevet) et la détermination du statut juridique des membres de l'équipe de recherche vis-à-vis de l'université organisant la recherche.

¹⁸²⁰ G. Vercken, « L'originalité vue par la pratique : vers une reconnaissance de présomptions généralisées d'originalité ? », *Petites Affiches* 2007, n°244, p.17.

¹⁸²¹ CA Paris, 2 décembre 1998 et CA Paris 18 oct. 2000 : PIBD, n°713, III, 51 : l'invention n'étant pas collective, l'entreprise n'est plus fondée à diminuer d'autant le montant du juste prix à verser. Le juste prix n'a pas à être calculé en fonction de la rémunération du salarié mais en fonction des résultats de l'exploitation. S'il n'y a qu'un seul inventeur, le montant du juste prix peut donc être conséquent. En revanche, la société peut invoquer le caractère peu innovant de l'invention, ainsi que les compétences techniques, le savoir-faire et les investissements qui ont servi à la réalisation du produit breveté, ont permis l'exploitation, ce qui a conduit à dégager un chiffre d'affaires important. L'expert évalue le résultat de l'exploitation pour déterminer la valeur de l'invention et propose une répartition de ce résultat en fonction des contributions respectives du salarié inventeur et de la société dans la création et l'exploitation de l'invention. En l'espèce, le salarié trouve la répartition proposée par l'expert (1/3 pour l'inventeur et 2/3 pour la société) trop défavorable. La cour lui octroie finalement 300 000 francs (45.000 euros environ) comme le proposait l'expert.

castratrice¹⁸²². A l'inverse, l'absence de reconnaissance de ceux qui ont spécialement et réellement fait avancer le processus inventif au sein de l'équipe et dont l'apport essentiel a permis d'aboutir à l'invention peut être tout aussi démotivant. Il s'agit ici pour les entreprises de faire la part entre ce qui relève de l'individuel et du collectif, de distinguer les apports individuels au sein du collectif, chaque effort pouvant être récompensé, à sa mesure et selon sa nature. C'est sans doute là tout le rôle d'un manager : savoir créer l'esprit d'équipe et l'émulation collective tout en repérant et valorisant les éléments moteurs qui mèneront l'équipe en avant. Toute sa responsabilité consiste ensuite à déterminer la part de chacun dans le processus créatif. C'est sans doute également là tout le rôle de la politique de rémunération d'une entreprise. Sans dénier l'importance des autres participants au processus inventif, on pourrait tenir compte du « *genius flash* »¹⁸²³, de l'investissement dans l'ensemble du processus inventif, et surtout bien distinguer entre l'invention, le titre et le résultat exploité. Contrairement à l'œuvre de l'esprit dont la forme en elle-même est exploitée, l'invention n'est pas l'objet de la propriété ; mais comme l'œuvre de l'esprit, l'invention se distingue de son support, de la marchandise qui est vendue. L'inventeur se distingue donc de la personne qui a rédigé la demande de brevet et se distingue aussi des personnes qui ont créé le packaging, la forme esthétique de l'invention voire qui ont déterminé quelle application technique de l'invention allait être exploitée lorsque plusieurs applications étaient envisageables. Il n'y a pas de solution miracle : il est nécessaire de définir strictement la qualité de créateur. Les entreprises ne pourront pas échapper à tout risque en la matière. On peut toutefois appeler la jurisprudence à jouer un rôle régulateur, notamment en matière de droit d'auteur : préciser la

¹⁸²² B. Grehant, « Rémunération des inventeurs salariés : un point de vue industriel », préc.

¹⁸²³ J-P Martin, *Droit des inventions de salariés, France, Allemagne, Royaume-Uni, États-Unis, Japon*, 3e éd., Litec, coll. Pratique professionnelle, procédure, 2005, qui considère que la définition de la qualité d'inventeur y compris salarié est une définition technique, fondée sur le « *genius flash* ». Dans le même sens, J.-C. Galloux, critiquant la jurisprudence qui exclut la prise en compte des idées pour déterminer la qualité d'inventeur et confond ainsi droit d'auteur et droit des brevets : J.-C. Galloux note sous TGI Paris, 1er fév. 2006 : *Propri. Intell.* 2006, n°20, p.348 : le TGI considérerait qu'en se limitant à émettre des idées que la société X a matérialisées dans une première esquisse et alors qu'une autre personne a transformé cette esquisse en invention brevetable, le salarié ne peut être considéré comme co-inventeur. « Cette approche, beaucoup inspirée du droit d'auteur, nous semble contestable en matière de brevet. L'invention brevetable est le fruit d'un processus qui s'échelonne de la conceptualisation à la réalisation concrète, comme le reconnaît la jurisprudence lorsque le contrat de travail de l'inventeur ne recouvre pas entièrement cette période. La question n'est pas de savoir si la contribution est en elle-même brevetable, mais si cette contribution était nécessaire pour que l'invention fût réalisée, si le salarié a contribué de manière décisive à celle-ci. Dans cette même logique, il est en revanche parfaitement justifié que les seules recherches d'antériorités et rédaction du brevet soient reconnues comme insuffisantes à reconnaître la qualité de co-inventeur. Pour le calcul de la quote-part pour les autres inventions, le tribunal retient le mécanisme de la part virile en l'absence d'éléments permettant d'attribuer davantage à l'un plutôt qu'à l'autre des co-inventeurs. Il a toutefois estimé à 10% cette quote-part lorsque le salarié ne justifiait que d'une mission d'animation et de coordination et à 55% lorsque le salarié est « l'inventeur principal » ». Contra : B. Grehant, « Rémunération des inventeurs salariés : un point de vue industriel », *Propri. ind.* 2006, études n°13.

notion d'originalité, la qualité d'auteur, énoncer un certain nombre d'indices d'originalité auxquels les entreprises pourraient se référer, exclure les dessins et modèles non originaux, déposés ou non, de la qualification d'œuvre de l'esprit. Certes, il existe déjà des jurisprudences particulièrement éclairantes en la matière. Toutefois, la notion d'originalité paraît « à géométrie variable »¹⁸²⁴. L'entreprise doit-elle dès lors pour contracter retenir une conception stricte ou non de l'originalité ? L'opportunité de sa décision est soumise à l'aléa judiciaire. Cet aléa judiciaire est le fruit de deux tendances jurisprudentielles : d'une part, l'adoption d'une conception objective de l'originalité qui conduit à l'augmentation du champ du droit d'auteur pour protéger des œuvres utilitaires, informationnelles, voire techniques, notamment grâce à la théorie de l'unité de l'art, dans le but légitime de protéger ceux qui ont investi contre les imitateurs ; d'autre part, l'adoption d'une conception subjective de l'originalité, essentiellement dans le domaine de la création esthétique, permettant de distinguer les créateurs des non créateurs dans leur relation avec l'exploitant. Les critères de protection sont donc flous. Peut-être faut-il retourner à une définition plus stricte du champ du droit d'auteur, et notamment moins chercher à étendre la protection du droit d'auteur à des objets que le droit des dessins et modèles pourrait protéger. De la même manière, si l'on peut reconnaître que l'action en contrefaçon est particulièrement efficace, et que son efficacité devrait encore être renforcée, n'y a-t-il pas intérêt à mieux distinguer les champs respectifs du droit de la concurrence et de la propriété intellectuelle ? L'adoption de catégories plus claires exclurait certes quelques objets de la protection propriétaire...

502. **Distinction entre créations.** On peut se demander si de nos jours la théorie de l'unité de l'art est encore opportune. Certains modèles étrangers, et des plus personnalistes, n'hésitent pas à distinguer entre création et quasi-crédation, la petite monnaie étant soumise à un régime spécifique plus souple et plus adapté. En déterminant strictement le champ de la protection, on sécurise les relations : l'exploitant saura avec qui négocier, quand négocier ou que négocier. Il est incité à négocier, à sécuriser son exploitation. Or, aujourd'hui, on ne peut que constater les aménagements légaux et prétoriens au sein même du droit d'auteur favorisant l'exploitation des créations utilitaires ou informationnelles. Peut-être faudra-t-il remettre en cause l'unité d'un régime censé ne pas tenir compte du mérite, du genre et de la destination des œuvres, ce qui reste vrai pour l'accès à la protection, mais moins quant au contenu de la protection¹⁸²⁵. Autrement dit, protéger moins mais mieux, et protéger chaque objet par un régime qui lui est

¹⁸²⁴ Cf. supra n°134 et s.

¹⁸²⁵ V. C. Caron, « Droit moral ou droits moraux ? », préc.

adapté¹⁸²⁶. Protéger moins de créateurs mais les protéger pleinement, c'est aussi leur réserver le droit à rémunération, ce qui devrait permettre de leur assurer une meilleure rémunération. Réservée aux seuls créateurs, l'association des créateurs au succès de la création paraît à la fois plus simple et plus légitime à mettre en œuvre.

B. Association du créateur au succès de sa création

503. La reconnaissance de la qualité de créateur implique dans la plupart des cas un droit à rémunération. Ce droit à rémunération peut prendre différentes formes (rémunération proportionnelle ou forfaitaire, ayant la nature de salaire ou simple prix de vente). Le principe d'association du créateur est intéressant et appliqué dans de nombreuses hypothèses, encore qu'il puisse être diversement mis en œuvre. La rémunération proportionnelle est souvent décriée, il ne faudrait pas pour autant en déduire que toute association du créateur au succès de sa création est impossible.

504. **Principe d'association du créateur au succès de sa création.** Il est deux cas où le principe d'association du créateur au succès de sa création est exclu : la création logicielle salariée et l'exploitation d'une contribution au sein d'une œuvre collective. Dans ces deux cas, la rémunération de la création suffit, peu important ensuite le succès de l'exploitation. En matière d'inventions de mission, sans pour autant conclure au caractère impératif de l'association de l'inventeur au succès de l'invention, l'exclusion pure et simple d'un tel principe ne peut être retenue eu égard aux dispositifs mis en place par certaines conventions collectives et jurisprudences¹⁸²⁷. On notera au contraire que c'est le principe d'une rémunération proportionnelle qui prévaut pour les œuvres littéraires et artistiques, même si des exceptions sont prévues, justifiées avant tout par un certain pragmatisme. La rémunération proportionnelle est aussi de principe en ce qui concerne les créations des agents publics¹⁸²⁸, même si l'on attend les décrets d'application de la loi DADVSI¹⁸²⁹ pour conclure à l'existence d'un principe général de rémunération proportionnelle. Enfin, même le juste prix versé par

¹⁸²⁶ L'assertion vaut pour les œuvres de l'esprit mais aussi pour les inventions. Le modèle personnaliste et le modèle industriel s'appliqueraient pour le premier aux créations et pour le second à la « petite monnaie ».

¹⁸²⁷ Cf. supra n°472 et 435, 434.

¹⁸²⁸ Cf. supra n°408 à propos des logiciels et n°467 et s. à propos des inventions.

¹⁸²⁹ L'ensemble des créations de fonctionnaires étant soumis au principe d'une rémunération proportionnelle, y compris les créations logicielles, les inventions de mission ou les obtentions végétales, il y aurait tout de même un certain paradoxe à ne pas accorder de rémunération proportionnelle aux agents publics créateurs d'œuvre de l'esprit classiques, alors que ces œuvres sont le siège classique de la rémunération proportionnelle.

l'employeur à l'inventeur d'une invention hors mission attribuable, s'il n'est pas proportionnel aux résultats d'exploitation réels, est fixé en fonction des résultats prévisibles de cette exploitation. Le droit à rémunération vise donc non seulement à rémunérer le fait créatif et la cession de droits intervenant entre le créateur et son employeur mais aussi à associer le créateur à l'exploitation de sa création, c'est-à-dire à son succès. Un tel principe est conforme à la nature particulière de la propriété des créations : propriété en action, dont la valeur s'évalue au moment de l'exploitation ; propriété personnelle puisqu'il existe un lien particulier entre l'objet créé et le créateur. Il présente en même temps des avantages tant économiques que stratégiques : le salarié obtient une rémunération fonction de la valeur réelle de sa création, l'employeur ne paie le salarié qu'en fonction de la valeur réelle de la création et ne lui devra pas une rémunération supérieure finalement à la rémunération ; par la rémunération proportionnelle, le créateur est incité à créer et à créer pour le public. L'intérêt du public, du créateur et de l'exploitant peuvent alors converger. Enfin, la solution emporte des avantages comptables et fiscaux : pour l'employeur, les charges sont réparties pendant tout le temps de l'exploitation ; pour le salarié, la rémunération est versée pendant tout le temps de l'exploitation et non la seule année de la création. On notera qu'une des deux propositions de loi visant à la réforme du droit des inventeurs salariés propose d'ailleurs de rendre obligatoire la rémunération proportionnelle quelle que soit la nature de l'invention¹⁸³⁰. Cette proposition de loi rappelle en préambule que le régime applicable aux fonctionnaires, prévoyant un dispositif d'intéressement au succès de la création, a permis aux organismes de recherche public de faire de la propriété intellectuelle un enjeu stratégique de leur politique de valorisation de recherche, ce qui a permis au CNRS par exemple de multiplier par trois le nombre de brevets déposés en dix ans. Elle rappelle également que le système légal actuel s'en remet aux partenaires sociaux, jugés plus aptes à évaluer le mode et le niveau de rémunération pertinent et que, depuis vingt ans, aucune convention collective n'a été actualisée, et qu'à l'exception de l'Institut Pasteur, qui fait figure d'exemple, les entreprises privées, ne mettent quasiment jamais en place d'accord d'entreprise sur ce sujet. Le préambule souligne le risque de fuite des cerveaux, l'iniquité entre les inventeurs relevant du secteur public et du secteur privé. La proposition de loi vise donc à combler les insuffisances de la loi et le silence des dispositions collectives en proposant d'imposer le principe d'une rémunération proportionnelle aux résultats annuels d'exploitation de l'invention ou aux redevances perçues en cas de concession de licence. Cette rémunération serait versée annuellement, pendant tout

¹⁸³⁰ Proposition de loi n°2288 en faveur de la recherche et de l'innovation salariée enregistrée devant l'Assemblée Nationale le 5 février 2010.

le temps de l'exploitation (donc au-delà d'une éventuelle rupture du contrat de travail)¹⁸³¹. Quant au juste prix, afin que son mode de calcul ne devienne pas plus désavantageux que le calcul de la rémunération supplémentaire, ce qui serait illogique au regard des natures réciproques des inventions de mission et hors missions attribuables, il est prévu qu'il puisse être révisé par la commission de conciliation (CNIS) ou le tribunal de grande instance, « *dans le cas d'une exploitation commerciale largement supérieure aux éléments disponibles au moment de la fixation du juste prix* ». Cette proposition de loi fait de la rémunération proportionnelle le « levier » du dispositif qu'elle cherche à rendre plus incitatif. Il est curieux qu'elle n'ait pas été jusqu'à prévoir un principe de rémunération proportionnelle pour la détermination du juste prix. Dans les deux cas, les rémunérations (rémunération supplémentaire et juste prix) doivent tenir compte de la valeur de l'invention et du résultat de son exploitation (direct ou indirect). Plutôt que de prévoir deux mécanismes distincts pour assurer l'équité de la rémunération (rémunération proportionnelle d'une part ; rémunération forfaitaire révisable, d'autre part), dont on peine d'ailleurs à comprendre les raisons, alors que les inventeurs sont dans les deux cas salariés, et que celui qui bénéficie de la garantie d'une rémunération proportionnelle (de droit, l'autre devant agir en révision), est celui qui a créé dans l'exercice de ses fonctions, on peut se demander s'il n'y a pas lieu de consacrer un principe de rémunération proportionnelle pour tout inventeur personne physique, dans ses rapports avec son ayant cause, y compris employeur, comme cela existe en matière de droit d'auteur. Les députés n'ont pas osé aller jusque-là dans leur proposition et ont préféré laisser place à la négociation individuelle pour les inventeurs indépendants et inventeurs salariés créant en dehors de l'exercice de leurs fonctions. Il faut reconnaître qu'une telle proposition pouvait modifier considérablement le régime du droit de brevet, en ce qu'il aurait consacré un droit de l'inventeur à une rémunération, réintroduisant au sein du droit des brevets, un droit sur l'invention et une protection de l'inventeur. Or, tout équitable qu'il soit, le principe de rémunération proportionnelle aux résultats de l'exploitation, tant en droit d'auteur qu'en droit des brevets, n'échappe pas à la critique des exploitants, notamment des employeurs.

505. **Difficultés liées à la rémunération proportionnelle.** La rémunération proportionnelle, en son principe ou telle qu'elle est conçue en droit d'auteur, est vivement critiquée par les entreprises. Sont d'abord invoquées les contraintes qu'implique l'assiette de la

¹⁸³¹ Elle serait par ailleurs soumise à un régime social et fiscal avantageux, notamment en ce qu'elle est qualifiée d'« intéressement » et qu'elle peut être affectée à un plan d'épargne entreprise, au même titre que l'intéressement. On notera que la proposition s'inspire très largement des préconisations de Maître Jean-Paul Martin.

rémunération (le prix public hors taxe), notamment en ce qu'elle impose à l'exploitant d'exiger de ses propres cocontractants une reddition de compte qu'il n'est pas toujours facile d'obtenir, ainsi que les difficultés de diffusion à l'étranger. Certains ont donc suggéré un changement d'assiette de calcul de la rémunération¹⁸³², basée non plus sur le prix public hors taxe mais sur le chiffre d'affaires de l'exploitant. Une telle donnée est en effet immédiatement disponible et n'emporte pas de contraintes vis-à-vis des tiers. Par ailleurs, le chiffre d'affaires représente une assiette objective, contrairement aux bénéfices, qui dépendent notamment de la politique d'amortissement de l'entreprise et de ses choix stratégiques et comptables. Viennent ensuite les critiques relatives au manque de prévisibilité de la rémunération de l'auteur, complexifiant dès lors le calcul des coûts pour l'entreprise, perturbant donc le calcul des marges et la fixation du prix. On observe pourtant dans la pratique nombre d'hypothèses de prix variables entre entreprises, et qu'un prix proportionnel à l'exploitation peut être pris en compte, par exemple pour la distribution. La prévision de coûts variables est gérée comptablement¹⁸³³ pour les impôts, les charges sociales, l'intéressement et la participation des salariés, etc. C'est donc plutôt le principe même de la rémunération proportionnelle qui pose difficulté, l'exploitant n'admettant pas, et ce d'autant moins qu'il est employeur et verse d'ores et déjà un salaire, que le créateur salarié puisse être associé à l'exploitation, le résultat de l'exploitation n'étant pas uniquement le fait du créateur mais bien le fait de toute l'activité de l'entreprise. Il s'agit ici d'une position dogmatique qui s'oppose au modèle actuel qui distingue travail et création, et qui est critiqué pour être lui aussi dogmatique, mais qui correspond au modèle actuel d'appropriation des créations, sur lequel repose la propriété intellectuelle¹⁸³⁴. Il faut par ailleurs noter que l'attribution d'une rémunération proportionnelle ne remet pas en cause l'importance du rôle de l'entreprise dans les résultats d'exploitation. Au contraire, si les créateurs remettaient en cause l'importance du rôle de l'exploitant dans l'exploitation, ils mèneraient eux-mêmes l'exploitation et ne concluraient qu'un contrat de prestation auprès du diffuseur. Tel n'est évidemment pas le cas : la figure de la création d'entreprise, loin de s'essouffler s'amplifie. Par ailleurs, les taux de la rémunération proportionnelle constatés en pratique

¹⁸³² F. Gaullier et G. Vercken, « Rémunération proportionnelle des auteurs : atténuations et remises en cause du principe de l'assiette « prix public hors taxe » », *Propr. Intell.* avr. 2006, p. 155.

¹⁸³³ Le problème de la difficulté d'évaluation du coût de la rémunération proportionnelle est un faux problème qui tient uniquement au fait que l'exploitation s'étale dans le temps, tout comme la rémunération. Le coût de cette rémunération dans la mesure où il est déterminé par avance par une formule mathématique peut toutefois être évalué à l'occasion d'un bilan prévisionnel, être provisionné et calculé à l'occasion de l'établissement des bilans annuels. Ce coût, même variable, peut être intégré dans le calcul du seuil de rentabilité de l'invention, comme l'est tout coût variable.

¹⁸³⁴ Cf. *supra* n°149 et s.

démontrent l'importance relative que les auteurs eux-mêmes accordent à leur prestation. Tant et si bien que nombre d'auteurs sont même favorables au versement d'une rémunération forfaitaire. On notera toutefois que d'autres modalités d'association du créateur au succès de sa création peuvent être mises en place. On peut noter différents exemples intéressants en matière de brevets. On sortirait ainsi de la rémunération proportionnelle honnie pour lui préférer des modalités fondées sur des compléments de rémunération et des augmentations de salaires. Le créateur n'est plus associé au succès d'une création spécifique mais du fait du succès de sa création, obtient une revalorisation de sa rémunération. On sort de la logique de la propriété et du prix de la cession pour lui préférer celle du contrat de travail et la logique statutaire au sein de l'entreprise, ce qui n'est pas sans présenter d'autres contraintes et d'autres aléas. Les créateurs, que la logique statutaire rassure, n'y sont d'ailleurs pas tous défavorables.

506. **Limites temporelles du salariat comme garantie du créateur.** L'émergence d'une création exige des efforts de recherche, scientifique, technique ou industrielle, donc des investissements financiers, matériels et humains¹⁸³⁵. Aussi l'investisseur espère-t-il rentabiliser ses investissements par l'exploitation. S'il renonce à l'exploitation, il n'entend pas nécessairement que d'autres profitent de ces résultats. De son côté, le créateur a, lui aussi, investi dans le projet créatif. Il s'est engagé personnellement si ce n'est dans l'espoir d'une évolution de sa carrière professionnelle, au moins en vue de la diffusion de sa création. L'absence d'exploitation constitue pour lui aussi une absence de retour sur investissement. Certes, le contrat de travail lui a assuré une certaine stabilité et une sécurité d'emploi pendant le temps de la création. Toutefois, lorsque le contrat de travail cesse et que la création n'est pas exploitée, la justification de la compensation du travail créateur par la seule sécurité octroyée pendant le temps de création tombe. On pourra rappeler à titre d'illustration, une étrange affaire jugée par la Cour de cassation¹⁸³⁶. Un investisseur mise sur un créateur dont il fait son associé – minoritaire – et qu'il salarie par ailleurs. Aucun contrat de cession de droits n'est conclu. Le succès n'apparaissant pas assez vite, le créateur est licencié, la société continue d'exploiter les créations. Les créations relevant du domaine de la mode et l'exploitation ne relevant ni d'un contrat d'édition, ni d'un contrat de représentation ou d'un contrat de production audiovisuelle, la Cour de cassation approuve la cour d'appel de n'avoir pas exigé

¹⁸³⁵ Pour reprendre la formulation choisie par le législateur à propos des bases de données : CPI, art. L.341-1.

¹⁸³⁶ Cass. civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, n°05-19294 : RTDcom. 2007, p.363, obs. F. Pollaud-Dulian ; CCE 2007 comm. n°3, note C. Caron ; RIDA janv. 2007, p. 265, note P. Sirinelli ; rejetant le pourvoi contre CA Paris, 4^e ch. A, 16 fév. 2005, n°04/03337 : Juris-Data n°2005-281256 ; RIDA juill. 2005, note A. Kerever. Sur la portée de ces décisions : G. Vercken, « Le formalisme dans les contrats d'auteur : un point après la décision de la Cour de cassation du 21 novembre 2006 » : RIDA janv. 2009, p.5.

d'écrit pour admettre l'existence d'une cession, celle-ci découlant de l'économie générale de la relation : l'associé majoritaire apportait des investissements, l'associé minoritaire apportait sa créativité, les modèles créés ayant vocation à être exploités par la société. La cour n'évoque aucune rémunération du créateur, aucune délimitation de la cession. Du seul fait que l'article L.131-2 du Code de la propriété intellectuelle consacré aux règles de preuve des contrats n'exige pas d'écrit pour la cession des droits patrimoniaux sur les modèles, les conditions de validité de la cession édictée par les articles L.131-3 et suivants semblent évincées. C'est donc tout le droit commun de la cession qui est écarté. Si l'on peut admettre que la validité de la cession ne soit pas subordonnée à l'existence d'un écrit, la cour aurait néanmoins dû exiger la preuve des conditions de la cession. Or elle retient une cession sans délimitation ni temporelle, ni spatiale, le projet étant à long terme et n'évoque aucune contrepartie. Elle se fonde sur l'économie de la relation, qui est moins basée sur le statut de salarié que sur celui d'associé¹⁸³⁷. Et l'économie de la relation, fondant une cession non délimitée dans le temps, le projet ayant été conçu comme un projet « à long terme », peut-elle encore fonder cette « cession » après la perte du statut de salarié et d'associé ? Ne devait-on pas s'interroger sur la limitation de la cession sans contrepartie financière au temps du statut de salarié et d'associé. Car ici la sécurité et le statut social assurés par le contrat de travail comme le paiement du salaire ne durent pas le temps de l'exploitation mais seulement le temps de la création. On peut d'ailleurs s'interroger sur la cause de licenciement du créateur : l'insuffisance des résultats d'exploitation ne peut à elle seule autoriser l'employeur à licencier le salarié pour un motif personnel, il apparaît difficile de déterminer en quoi la faiblesse des

¹⁸³⁷ Les cadres-dirigeants des sociétés américaines sont considérés comme des *alter ego* de leurs compagnies. A ce titre, le droit américain fait application de la fiducie pour expliquer pourquoi les droits de propriété intellectuelle ont vocation à être exercés par la société sans rémunération particulière du créateur. Il y a ici une idée intéressante liée au personnelisme et à la notion de la personnalité. La création est intimement liée à la personnalité du créateur. Le droit prend toutefois en compte la réalité de la relation entre le cadre dirigeant et la société et la relative confusion entre les personnalités de l'inventeur et de la société. Dès lors que l'intérêt juridique est au cœur de la définition de la personnalité morale et que l'intérêt du cadre dirigeant est commun à celui de la société, les personnalités juridiques de la société et de son dirigeant fusionnent : ce qui appartient à l'un appartient à l'autre ; la relation qu'entretiennent la société et le dirigeant justifie l'absence de rémunération, d'autant que le cadre-dirigeant est associé ou rémunéré en fonction des résultats d'exploitation. Ce qui peut se comprendre en ce qui concerne un cadre dirigeant ou un associé, n'est en revanche pas transposable pour un salarié ordinaire. Le salarié ordinaire n'a pas d'intérêt commun avec l'entreprise, si ce n'est la poursuite de l'activité aux fins de conserver son emploi. Il a, au contraire, un intérêt opposé, en tout cas telles que sont conçues les relations de travail aujourd'hui, sauf à reprendre la théorie de l'entreprise du professeur Champaud (cf. supra n°78), qui met en exergue l'idée de collaboration. Si l'entreprise et le créateur salarié ont des intérêts opposés, si l'on ne peut mettre en place un modèle coopératif ou de propriété partagée, comme la copropriété qui a été rejetée pour être trop contraignante, alors l'attribution de la propriété au seul employeur doit être compensée par l'attribution d'un droit à rémunération au profit du créateur, quand bien même celui-ci aurait été payé pour créer.

résultats peut être attribuée au seul salarié ; en ce qui concerne le licenciement économique du seul créateur, la société n'a pas à consulter les représentants du personnel¹⁸³⁸ mais simplement à démontrer des difficultés économiques ou des mutations technologiques impliquant la suppression d'un poste¹⁸³⁹ et à justifier le choix du salarié licencié eu égard aux critères légaux permettant de fixer l'ordre des licenciements¹⁸⁴⁰. On notera que la direction départementale du travail doit en revanche être informée¹⁸⁴¹. Si le licenciement intervient relativement tôt, moins d'un an après l'embauche et après le lancement d'une seule collection comme en l'espèce, et que le succès des créations arrivait tardivement, comment le créateur, dont la seule rémunération est constituée par le salaire, sera-t-il associé au succès de ses créations ? En même temps, l'intérêt collectif des salariés de la société est bien la résolution des difficultés économiques le plus tôt possible pour éviter la condamnation définitive de l'activité de la société. On voit ici une illustration particulièrement claire des difficultés posées par l'association du salarié au succès de ses créations par l'intermédiaire du seul salaire : le paiement du salaire est en partie lié à la volonté de l'employeur, et en toute hypothèse à la durée du contrat de travail.

507. **Autres modalités d'association du créateur au succès de sa création.** Un système fondé sur le versement de primes spécifiques est envisageable. En ce cas, il est possible de prévoir des primes fixes ou variables. Pour une meilleure adaption à la réalité de la valeur de l'invention, qui s'évalue dans le temps, il peut être préférable de prévoir le versement de plusieurs primes, en fonction des actes et exploitations réalisés plutôt que de verser une unique prime. Limiter le paiement de la rémunération supplémentaire à un fait comme le dépôt de brevet ou de dessin ou modèle ou à l'engagement d'une exploitation n'apparaît pas pertinent : dès lors que l'invention appartient à l'employeur *ab initio*, celui-ci peut déterminer souverainement s'il dépose ou non une demande de brevet pour protéger l'invention et s'il exploite ou pas ; la rémunération supplémentaire dépendrait donc de la seule volonté de l'employeur, alors même qu'il y a bien un fait créatif qui mériterait récompense, et en tout cas transfert de droit qui exige compensation financière. La rémunération du fait créatif qui entraîne la propriété de l'employeur est nécessaire mais n'exclut pas pour autant une rémunération en fonction de sa valeur d'exploitation. Si la rémunération du créateur n'est pas

¹⁸³⁸ Ctrav., art. L.1233-5 et L.1233-8, *a contrario*. Ces articles prévoient en effet la consultation du comité d'entreprise et à défaut des délégués du personnel pour les seuls licenciements collectifs.

¹⁸³⁹ Ctrav., art. L.1233-3.

¹⁸⁴⁰ Ctrav., art. L.1233-7.

¹⁸⁴¹ Ctrav., art. L.1233-19.

proportionnelle, elle devrait, au moins pour partie, dépendre de la valeur de la création. Même lorsque l'entreprise instaure un système de primes, dépendant ou indépendant du salaire de l'inventeur, elle peut tenir compte du succès de l'invention¹⁸⁴². Les montants des diverses rémunérations supplémentaires sont parfois moindres mais l'on remarque un effort pour associer l'inventeur à chaque étape du processus d'exploitation de l'invention. Tout acte accompli à propos de l'invention (création, dépôt de brevet en France, dépôt à l'étranger, exploitation, concession de licence, action en contrefaçon, etc.) donne droit à paiement d'une prime à l'inventeur. Celui-ci est donc incité non seulement à créer une invention mais aussi à ce que l'invention soit exploitable, exploitée sur un territoire le plus étendu possible, et même l'inventeur est incité à surveiller les produits concurrents de manière à vérifier qu'il ne s'agit pas de contrefaçon. Ayant la meilleure connaissance technique de l'invention, il est en effet l'une des personnes les plus à même de détecter une éventuelle contrefaçon. Le montant des primes pourrait par ailleurs varier soit en fonction du salaire de l'inventeur, soit, surtout, en fonction de la qualité de l'invention. L'absence de variation de la prime selon l'invention comporte des avantages en terme de gestion des ressources humaines puisqu'elle pose un principe d'égalité des inventeurs : le succès de l'invention n'étant pas principalement inhérent à l'importance et à la difficulté technique de réalisation de l'invention et pouvant par ailleurs, dans une large mesure, dépendre des choix stratégiques de l'entreprise, l'association des inventeurs aux résultats de l'invention peut susciter des conflits entre inventeurs d'inventions aux succès inversement proportionnés à la difficulté technique surmontée par les inventeurs. Une rémunération moindre peut toutefois entraîner une insatisfaction des inventeurs qui n'auront pas l'impression que leur rémunération est équitable. Ce débat renvoie à toute la difficulté à déterminer le salaire d'efficience, apprécié à la fois à un niveau individuel et collectif. La logique serait la même en matière de droit d'auteur. Ici la détermination de la qualité, esthétique par nature, de l'œuvre est délicate. D'où l'intérêt de fixer une prime par exploitation et en fonction du nombre d'exemplaires vendus ou du nombre de représentations ou du public visé par la communication (avec mise en place de paliers). Il y a là une véritable logique de participation du salarié à l'exploitation de l'invention, indépendante des résultats d'exploitation et conservant une dimension salariale. Cette logique de versement de primes forfaitaires est celle qui a été retenue par la seconde proposition de loi intervenue en 2010 et ayant pour objectif d'améliorer le sort des inventeurs salariés¹⁸⁴³. Cette proposition de loi fait

¹⁸⁴² Cf. supra n°462 et 475.

¹⁸⁴³ Proposition de loi n°524 tendant à réformer le droit des inventions des salariés enregistrée au Sénat le 4 juin 2010.

état des résultats d'une enquête réalisée par l'Observatoire de la propriété intellectuelle, auprès de deux cent quatre-vingt entreprises : sur les quatre-vingt-huit ayant répondu, soixante entreprises ont reconnu avoir recours à un système de primes forfaitaires liés à la vie de l'invention ou à un système associant une prime forfaitaire et une rémunération variable, calculée à partir de l'exploitation de l'invention. Par ailleurs, la fourchette moyenne du montant des primes versées s'étale entre 500 et 12.500 euros. Tenant compte de ces données statistiques¹⁸⁴⁴, la proposition de loi envisage donc de rendre obligatoire un tel système en prévoyant le versement de deux primes : une première prime forfaitaire fixe versée obligatoirement dans l'année suivant la déclaration de l'invention, une seconde prime forfaitaire, aléatoire, versée en cas de résultats exceptionnels d'exploitation, ces résultats étant évalués au cours d'un bilan d'exploitation, dans l'année qui suit la remise du bilan d'exploitation, ce bilan devant intervenir dans un délai de cinq à vingt ans après la déclaration de l'invention. Le dispositif reste relativement imprécis et demanderait à être amélioré dans sa rédaction, notamment à propos de l'obligation de bilan d'exploitation, qui reste trop floue quant à son contenu, aux éléments à prendre en considération et au délai à respecter, quant à la prise en considération d'une éventuelle reprise d'exploitation postérieure ou à l'exploitation d'un brevet de dépendance, alors même que ce bilan d'exploitation semble être au cœur du dispositif pour le calcul du montant et du délai de paiement de la deuxième prime. On peut toutefois retenir les principes généraux qu'il promet : distinction bipartite des inventions en inventions de service (qui comprendraient les inventions de mission et hors missions attribuables) et inventions libres ; rémunération « juste » calculée en fonction de la valeur de l'invention, des fonctions du salarié et de la contribution de l'entreprise, « révision » possible de la rémunération versée initialement en cas de résultats substantiels¹⁸⁴⁵ ; reddition de compte de l'employeur via un « bilan d'exploitation ». On notera toutefois que les modalités de calcul de la juste rémunération sont déterminées par voie d'accord d'entreprise ou, à défaut, par le contrat de travail. La proposition de loi tient ici compte du quasi-silence des conventions collectives, et du désintérêt des branches sur cette question. Elle en prend acte et exclut les branches de la négociation pour réserver celle-ci aux accords d'entreprise. Cet ordonnancement est très hétérodoxe du point de vue du droit du travail : si la remise en cause de la hiérarchie des normes traditionnelle en droit du travail conduit sur un certain nombre de point à la mise en exergue de la négociation d'entreprise au détriment des branches et des

¹⁸⁴⁴ On peut toutefois s'interroger sur la manière d'interpréter le silence des près de deux cents entreprises qui n'ont pas souhaité répondre, ce qui représente plus des deux tiers des entreprises interrogées.

¹⁸⁴⁵ Comp. la rémunération versée en cas de bénéfices exceptionnels en droit d'auteur allemand, cf. infra n°569 ou en droits britannique et hollandais des brevets n°605.

sources légales (notamment réglementaires), le mouvement n'a pas été jusqu'à exclure l'application des accords de branches. L'intérêt des accords de branche est par ailleurs très important pour les très petites entreprises. Ici, c'est le contrat de travail qui a seul vocation à pallier l'absence d'accord d'entreprise. Au regard du droit du travail, le contrat de travail a toujours vocation à améliorer les dispositions législatives ou réglementaires, ainsi que le statut collectif. Prise à la lettre, la rédaction de la proposition de loi ne semble ici admettre l'intervention du contrat de travail qu'à défaut d'accord collectif, ce qui impliquerait que le contrat de travail ne pourrait pas améliorer la situation de l'inventeur par rapport à l'accord d'entreprise, les cocontractants n'ayant même plus vocation à négocier. Cette proposition de loi ne semble pas aller jusqu'au bout de sa démarche : elle propose de rendre obligatoire le versement d'une première prime (ce qui est déjà le cas du droit positif), propose d'obliger à ce que cette prime soit calculée en fonction de l'intérêt économique de l'invention et des missions du salarié, propose de compléter cette première prime en cas de résultats substantiels, de manière à rendre la rémunération globale de l'inventeur salarié équitable, sans donner d'indication ni sur les modes de calcul précis de ces primes ni de ce qu'est une rémunération équitable, s'en remettant pour cela à la négociation d'entreprise, ou à défaut à la négociation individuelle. Or sans dispositions réglementaires au moins supplétives de volonté, sans sanction de l'obligation de négocier des accords d'entreprise conformes dans les deux ans autres que la nullité des accords, on peut se demander si une telle réforme pourrait réellement aboutir à un meilleur intéressement des inventeurs, plus incitatif, objectif clairement affiché par ceux qui l'ont déposée, sans pour autant que le dispositif n'augmente le risque de contentieux¹⁸⁴⁶. La discussion d'un tel texte est très sensible car il pose en réalité deux questions polémiques : comment calculer le salaire efficient, c'est-à-dire une rémunération suffisamment incitative à l'égard des salariés mais aussi à l'égard de l'employeur ; et qui doit déterminer le salaire efficient, autrement dit, celui-ci doit-il relever de la liberté individuelle,

¹⁸⁴⁶ V. en ce sens, l'intervention de M. le Sénateur Yung lors de la séance du 14 décembre 2010, présentant son amendement pour réintroduire l'intégralité du dispositif dans la proposition de loi de simplification et amélioration du droit (le Gouvernement n'ayant retenu que le principe d'assimilation des inventions de mission et hors missions attribuables), rappelant le silence des conventions collectives et des accords d'entreprise et évoquant la nécessité d'introduire dans la loi les critères de calcul de la rémunération supplémentaire. Le Garde des Sceaux et le Rapporteur au nom de la commission des lois, suivis en cela par le Sénat qui a rejeté l'amendement n°131 présenté par le Sénateur Yung, ont fait valoir qu'ils considéraient que la détermination des modalités de rémunération ne devait pas relever des dispositions législatives et que le système proposé par le Sénateur Yung emportait des risques de « rigidification » qui ne seraient pas favorables à l'innovation. La proposition de supprimer la distinction des inventions de mission et hors missions attribuables apparaissait en revanche une proposition de simplification du droit bienvenue. La réforme de l'article L.611-7 a finalement été abandonnée en commission mixte, avant le vote définitif de la loi par l'Assemblée Nationale.

collective ou a-t-il vocation à être encadré par des dispositions légales (législatives ou réglementaires) dès lors qu'il relève d'un domaine jugé stratégique d'un point de vue de politique industrielle et économique nationale.

508. **Salaire efficient et intéressement.** Pour contester la pertinence d'un système d'intéressement du salarié à l'exploitation de l'invention, les employeurs invoquent régulièrement le versement d'un salaire qui rémunère déjà le travail créatif et devrait suffire à payer le salarié pour le transfert des droits d'exploitation. Ils évoquent alors les salaires déjà élevés de leurs salariés. On peut s'intéresser à la théorie économique du salaire pour nuancer ces propos. Il existe plusieurs théories du salaire d'efficience¹⁸⁴⁷. Dans l'analyse la plus classique, dite « modèle du tire-au-flanc », l'employeur paie effectivement des salaires hauts pour inciter le salarié à travailler : le salarié insuffisamment productif ayant vocation à être rapidement licencié, le salarié mesurant les coûts liés au licenciement (perte des avantages

¹⁸⁴⁷ Pour une présentation, P. Cahuc et A. Zylberberg, *Economie du travail, La formation des salaires et les déterminants du chômage*, De Boeck Université, Balises, coll. Ouvertures économiques, 1996, qui évaluent la possibilité d'une relation causale positive entre salaire et productivité. V. spéc. p. 180 : « *Au début des années 1980, un certain nombre de contributions (Solow, 1979, Salop, 1979, Weiss, 1980, Calvo, 1979, par exemple), ont commencé à explorer les conséquences d'une relation de ce type. En particulier, il semblait logique qu'elle aboutisse à une situation de chômage involontaire. (...) Cependant, nous montrerons aussi (...) que la portée des théories du salaire d'efficience, en tant qu'explication du chômage involontaire, a été mise en cause. Selon ses détracteurs, les théories du salaire d'efficience reposent sur une représentation trop frustrante des politiques salariales des entreprises. Celles-ci élaborent des stratégies ne se limitant pas à augmenter le salaire pour améliorer l'efficacité des travailleurs. Elles peuvent aussi, par exemple, proposer des primes ou des profils de carrière. L'existence d'un certain volume de chômage involontaire n'est alors plus inéluctable* ». V. aussi p.181 : « *On a pris l'habitude de classer selon quatre catégories les explications possibles d'une relation croissante entre salaire et productivité. La plus populaire d'entre elles repose sur l'idée que les actions des employés sont imparfaitement observées par l'employeur. Dans cette situation, les employés auraient la possibilité de choisir l'intensité de leur travail et l'employeur doit alors imaginer un mécanisme incitatif afin d'atteindre les objectifs qu'il s'est fixés. Une autre explication retient l'idée qu'un chef d'entreprise n'observant qu'imparfaitement les caractéristiques des individus qu'il embauche, pourrait pratiquer une politique de « hauts salaires » afin d'attirer dans son entreprise les meilleurs éléments de la population active. Une troisième raison, plus traditionnelle, revient à postuler qu'une politique de « bas salaires » favorise la rotation de la main d'œuvre et, par voie de conséquence, aura une influence négative sur la productivité du travail à moyen et long terme. Enfin, on désigne par les termes 'd'approche sociologique' tous les travaux supposant que les individus sont sensibles au niveau de leur rémunération, car celui-ci traduirait dans quelle mesure la relation salariale peut être considérée comme équitable* ». Le modèle de Solow est fondé sur « *l'idée que chaque heure travaillée fait partie de l'ensemble des choix d'un employé. (...) Dès l'instant où l'effort devient une variable de décision individuelle, chaque agent va choisir le niveau de celui-ci en fonction des avantages et des inconvénients que cela lui procure. Les éléments pouvant intervenir dans ce choix sont nombreux : il peut s'agir de la valeur du salaire actuel, du plan de carrière proposé, du sentiment de justice ou d'équité qu'engendre telle ou telle politique salariale, voire même de l'atmosphère générale de l'entreprise* » (p.185). Solow propose donc une fonction d'effort variant selon le salaire réel en vigueur dans l'entreprise. V. aussi p. 187 : « *Les modèles dits de rotation de la main d'œuvre se fondent tous sur l'hypothèse que les firmes supportent des coûts importants lorsque certains de leurs employés décident de les quitter. Leur remplacement occasionne des coûts d'embauche et souvent des coûts liés à la formation des nouveaux arrivants. Par conséquent, lorsqu'une entreprise parvient à diminuer le taux de rotation elle augmente ainsi la productivité nette du travail. Une politique de hauts salaires peut permettre d'atteindre ce but, et l'on retrouve alors la relation croissante entre salaire et productivité, caractéristique de la théorie du salaire d'efficience* ». Les auteurs prennent ici l'exemple des modèles de Stiglitz ou de Salop, Carmichael ou Picard.

statutaires procurés par sa présence dans l'entreprise) préfère augmenter sa productivité¹⁸⁴⁸. Appliquée aux créateurs salariés, cette théorie expliquerait que les salariés préfèrent rester dans l'entreprise qui leur assure une stabilité d'emploi, un statut social et une rémunération importante. N'ayant pas intérêt à être licenciés, les salariés ont d'ores et déjà intérêt à créer et à favoriser l'exploitation par l'entreprise¹⁸⁴⁹. Les économistes reconnaissent que la théorie a le mérite d'être simple mais est, aujourd'hui, relativement caricaturale¹⁸⁵⁰ dès lors que les firmes dans leur stratégie de gestion des ressources humaines n'utilisent plus uniquement le salaire de base mais usent d'un véritable arsenal de dispositifs permettant la participation des salariés (non créateurs) aux résultats de l'activité de l'entreprise¹⁸⁵¹. Surtout, une stratégie d'incitation fondée uniquement sur le salaire de base n'est pas pertinente selon les économistes en ce qu'elle emporte nécessairement pour atteindre le salaire d'efficience un effet de rente pour les salariés¹⁸⁵² et en ce qu'elle occulte que le bien-être collectif est aussi un élément incitatif pour

¹⁸⁴⁸ V. P. Cahuc et A. Zylberberg, préc., spéc. p.195 et s. présentant le modèle du tire-au-flanc selon Shapiro et Stiglitz, qui concerne surtout les cas où l'observation des résultats ne peut pas être incontestable : « *dans de nombreuses circonstances, et en particulier dans la fourniture de service, les résultats de l'activité d'un employé ne sont pas vérifiables. En général, il s'avère à la fois impossible de décrire avec suffisamment de précisions l'ensemble des tâches (...) et de certifier sans contestation que le service rendu correspond effectivement à ce qui était attendu* ». Ce modèle consiste à considérer que le tire-au-flanc sera licencié et permet donc une certaine rigidité salariale, avec des salaires assez hauts qui incitent donc les gens à ne pas être tire-au-flanc de manière à garder leur emploi. Toutefois, l'importance des salaires, même dans ce modèle, est à relativiser en pratique, ce que les économistes évoquent eux-mêmes.

¹⁸⁴⁹ Analyse qui explique sans doute pourquoi les conflits, en matière de droit d'auteur, surviennent après rupture du contrat de travail : tant que le statut perdure, le salarié est plus attaché à la préservation de ce statut qu'au respect de ses droits d'auteur, tel n'est plus le cas lorsque le statut salarié disparaît.

¹⁸⁵⁰ V. ainsi P. Cahuc et A. Zylberberg, préc., p.202 : « *les firmes pourraient imaginer d'autres schémas de rémunération, moins frustrés que le versement d'un salaire unique (Yellen, 1984). On peut songer, par exemple, à l'octroi d'un 'bonus' lorsqu'un employé n'est pas repéré à se comporter comme un tire-au-flanc (MacLeod et Malcomson, 1989, Cahuc et Zylberberg, 1994) (...) [or] il y a peu de bonnes raisons pouvant empêcher les firmes de saturer la contrainte de participation* ».

¹⁸⁵¹ Systèmes individuels ou collectifs de primes variables (proportionnelles au chiffre d'affaires réalisé notamment), ou primes fixes attribuées en cas d'atteintes d'objectifs préalablement définis, systèmes collectifs obligatoires ou facultatifs comme l'intéressement, la participation, les primes d'intéressement ou l'épargne salariale.

¹⁸⁵² P. Cahuc et A. Zylberberg, préc., p. 208 et s. Les auteurs expliquent que le modèle du tire-au-flanc conduit à un effet de rente : il faut payer à l'employé un salaire haut tout le temps. Il est donc plus efficace de nuancer ce modèle en ajoutant un principe incitatif. Les auteurs proposent soit le versement d'une caution versée par le salarié au moment de l'embauche et que le salarié ne peut récupérer que s'il travaille correctement (ce modèle économique paraît théorique et impossible à mettre en pratique, au moins en France, où la loi interdit les amendes pécuniaires, où l'employeur assume les risques de l'exploitation ; où la mauvaise exécution du travail ne peut conduire qu'à responsabilité disciplinaire ou licenciement et seulement si cette mauvaise exécution est imputable au salarié) ; soit un modèle où le salaire évolue en fonction de l'ancienneté. Les auteurs considèrent ici qu'il n'y aurait pas d'effet de rente mais simplement évolution du salaire en fonction de l'évolution de l'efficience du salarié. Ce mécanisme est remis en cause si le salaire minimum (salaire plancher exogène) est supérieur au salaire d'efficience à l'embauche car alors l'employeur est obligé de verser plus au salarié en fonction de l'ancienneté, ce qui crée *de facto* un effet de rente, sauf

les salariés les plus productifs qui pourraient être déstabilisés par une politique de licenciement mal comprise¹⁸⁵³. D'où la pertinence économique de la mise en place d'un système d'intéressement pour les salariés non créatifs, système qui a d'autant plus vocation à être adapté au cas particulier des salariés créatifs au regard du concept même de la propriété intellectuelle¹⁸⁵⁴. Par ailleurs, les économistes notent l'importance de « l'approche sociologique » qui démontre à quel point les salariés sont attachés à la notion de salaire équitable¹⁸⁵⁵. Or la détermination de la rémunération équitable due au créateur subordonné

pour l'employeur à verser moins au salarié pendant toute ou partie de la durée du contrat pour combler l'effet de rente initial mais dans ce cas, le salaire versé devient rapidement inférieur au salaire d'efficience et l'employeur perd le salarié. Ces modèles économiques restent très théoriques, ce que reconnaissant MM. Cahuc et Zylberberg, p. 230 : « *les stratégies de gestion des ressources humaines des entreprises sont en réalité extrêmement riches, elles mobilisent un véritable arsenal de mesures hétéroclites. Les promotions, les primes, l'intéressement, les distinctions statutaires, les cercles de qualité, l'investissement en formation et les licenciements, constituent des variables stratégiques couramment utilisées pour optimiser le rendement du travail* ». Pour une description des différentes stratégies des ressources humaines et un point de vue non économique mais sociologique et plus en adéquation avec la pratique, V. B. Gazier, *Les stratégies des ressources humaines*, La découverte, coll. Repères, Paris, 3^e éd. 2004.

¹⁸⁵³ Les raisonnements économiques ici présentés considèrent l'individu comme un être dont la rationalité semble purement économique, et quelque peu théorique. Par ailleurs, ils ne correspondent pas à la réalité juridique française et notamment à l'encadrement du licenciement en France qui restreint le pouvoir de l'employeur et le risque pour le salarié, ce qui remet en partie en cause le modèle proposé.

¹⁸⁵⁴ V. en ce sens également A. Quaadvlieg, « Salaire, profit, propriété intellectuelle. Observations générales sur le droit du travail, le droit de la propriété intellectuelle et le droit des sociétés », *préc.*, spéc. p. 738 : « *L'industrie est encline à considérer la part de l'employé comme un poids mort, comme des frais. Techniquement parlant, ceci n'est pas juste ; ce n'est pas l'employeur qui paie la récompense supplémentaire, mais, pour ainsi dire, le droit exclusif créé par le législateur* » et dont l'employeur acquiert la propriété, pour la part revenant au créateur personne physique.

¹⁸⁵⁵ P. Cahuc et A. Zylberberg, *préc.*, p. 203 : « *L'idée selon laquelle les individus seraient particulièrement attachés à un sentiment d'équité dans le déroulement des transactions, remonte aux travaux d'Adams (1963). Appliquée aux relations de travail au sein d'une entreprise, cette approche signifie qu'un employé attend que son effort soit récompensé par une rémunération perçue comme juste ou équitable. De manière symétrique, l'employeur escompte en échange du salaire que son employé produise un effort perçu comme équitable. Cette conception évoque les travaux de certains anthropologues dans la lignée de Marcel Mauss (1923), elle revient à assimiler de nombreuses relations d'échange se déroulant sur une durée suffisamment longue, à une suite de dons et de contre-dons. Elle a été remise au goût du jour chez les économistes par l'article d'Akerlof (1982). Dans ce dernier, le don d'un employé consiste à dépasser la norme de travail en vigueur, en échange de quoi l'employeur lui verse un salaire supérieur à un salaire dit de 'référence'. On constate, en effet, assez souvent, que de nombreux employés dépassent les normes de travail en vigueur dans leur entreprise et, qu'en même temps, les personnes dont les performances restent en-deça de ces normes ne sont pas systématiquement licenciées. Des faits de cette nature ne peuvent se comprendre à l'aide du modèle néo-classique traditionnel. Pour Akerlof, l'explication doit être recherchée, en partie, du côté de la sociologie. Selon cet auteur, un employé a tendance à développer des 'sentiments' pour son entreprise en général, et pour le groupe le plus restreint au sein duquel il exerce son activité. Il existerait ainsi une relation de nature anthropomorphique entre le salarié, son entreprise et son équipe au sein de l'entreprise. Dans ces conditions, l'employé retire de la satisfaction, c'est-à-dire qu'il augmente son niveau d'utilité, s'il fait 'cadeau' à son entreprise d'un effort supplémentaire. Cette satisfaction est analogue à celle qu'il éprouverait en offrant un présent d'une valeur inhabituelle à un ami ou à un parent. Dans ce cas, l'employeur n'a évidemment pas intérêt à augmenter les normes de travail. De même, si un employé retire de la satisfaction à partir du bien-être des collègues de son groupe, la firme n'a pas non plus nécessairement intérêt à licencier les travailleurs les moins performants ou même à les contrôler plus que les autres* ». Le salarié connaît le salaire moyen dans sa profession, connaît l'échelle des salaires dans son entreprise et le taux de chômage de sa catégorie, ainsi que les perspectives de carrières normales donc peut se fixer une norme de référence. Il attend donc un salaire équitable par rapport à son degré d'investissement. Les travaux de Kahneman, Blinder et Choi démontrent que « *les agents attachaient beaucoup d'importance à ce que les échanges se déroulent d'une manière perçue comme équitable* ».

semble réellement constituer le cœur de la problématique, que ce soit en matière de propriété industrielle ou littéraire et artistique. C'est finalement sur cette question que se cristallisent ou se résolvent les conflits, plutôt que sur la question du principe de l'attribution initiale ou non de la propriété et des modalités de la cession. Deux approches sont alors possibles : soit mettre en place une rémunération proportionnelle ou suffisamment variable ; soit considérer que le salaire de base, éventuellement complété d'un système de primes fixes, couvre la rémunération des créations « normales » et ne rémunérer spécialement que les créations dont l'exploitation conduit à des résultats exceptionnels. Le Professeur Antoon Quaadvlieg limite ainsi la question de la rémunération équitable aux cas exceptionnels où la seule rémunération par le salaire paraîtrait lésionnaire au vu des produits exceptionnels de l'exploitation : *« Si on examine le problème du point de vue de l'équité, il semble qu'elle doit surtout entrer en jeu dans le cas où il existe un décalage inacceptable entre les bénéfices réalisés à l'aide du droit exclusif et la rémunération qu'a reçue l'employé. (...) ce sera [donc] la valeur du droit dans le commerce qui justifiera la récompense, et non son intérêt scientifique ou culturel. On ne peut pas s'attendre à ce que l'employeur se mette à payer une récompense pour une invention ou une œuvre qu'il ne peut rentabiliser, aussi géniale soit-elle. Cela s'ensuit directement de la nature de la propriété intellectuelle. Les droits d'exploitation sont conçus afin de brancher l'auteur et l'inventeur au mécanisme du marché. Il ne vise pas à créer des primes qui ne peuvent prendre leur source dans ce même mécanisme du marché. Le prix du droit est déterminé par le marché. C'est à l'administration ou aux fondations à but non lucratif de gratifier des progrès techniques et culturels pour leur valeur intrinsèque ; ce n'est pas la tâche du droit de la propriété intellectuelle »*¹⁸⁵⁶. Ainsi, pour lui, la cause de la rémunération supplémentaire due au créateur salarié réside moins dans le fait créatif en lui-même et la nature de la création, encore que le caractère personnel de celle-ci puisse ne pas complètement l'évincer¹⁸⁵⁷ que dans le caractère incitatif inhérent à la propriété intellectuelle. La propriété intellectuelle peut en effet être considérée comme une propriété naturelle du créateur, puisqu'il est à l'origine de la création ou comme une récompense, un droit consenti par la société pour inciter à la création. Dans l'une ou l'autre conception, le créateur salarié a vocation à être rémunéré : soit pour rémunérer la création et le transfert de propriété à l'employeur ; soit pour être récompensé pour sa création et être incité à poursuivre son œuvre créatrice. Une insuffisante association du créateur au succès de la création reviendrait à exclure le créateur personne physique du mécanisme incitatif que constitue la propriété intellectuelle, alors que ce

¹⁸⁵⁶ A. Quaadvlieg, « Salaire, profit, propriété intellectuelle. Observations générales sur le droit du travail, le droit de la propriété intellectuelle et le droit des sociétés », *préc.*, spéc. p.735.

¹⁸⁵⁷ *Ibidem*, p.734 : *« Quoiqu'il serait difficile de soutenir qu'un lien direct puisse exister entre la protection de la personnalité et le droit à une récompense supplémentaire, le caractère personnel de la création peut indirectement influencer les considérations de justice et d'utilité »*.

mécanisme incitatif est la raison d'être de la propriété intellectuelle et que le créateur personne physique est un acteur essentiel de la création. Il y aurait donc un paradoxe à ne concevoir le régime incitatif qu'en direction des exploitants employeurs et non des créateurs. La rémunération équitable des créateurs salariés est donc économiquement une nécessité liée à la dimension économique de la propriété intellectuelle. Le Professeur Quaedvlieg rappelle que la propriété intellectuelle est considérée comme un levier incitant à l'innovation et observe, non sans humour, qu'on oublie de considérer qu'une rémunération supplémentaire pourrait avoir le même effet incitatif pour le salarié... « *sans doute, l'idée est que contrairement à l'industrie, l'employé ne pensera pas à réinvestir cette rétribution dans des activités menant à d'autres innovations, mais l'usera à des fins de consommation et à des fins non productives* »¹⁸⁵⁸. Il objecte toutefois que le salarié peut avoir une âme d'entrepreneur (qu'il faut même cultiver cet esprit, voire l'y inciter) et que l'entreprise ne réinvestira pas nécessairement les revenus d'exploitation dans la recherche et le développement. La rémunération supplémentaire des créateurs salariés, si elle n'est pas proportionnelle, devrait au moins avoir vocation à être équitable, et révisable en cas de lésion, c'est-à-dire de succès exceptionnel de la création. L'attachement des salariés au respect de leur droit d'auteur, comme l'augmentation du contentieux en matière de brevet invitent à la prudence dans la mise en œuvre d'une réforme de la rémunération des droits des créateurs salariés. On peut s'interroger sur la pertinence d'une intervention législative ou réglementaire sur le sujet. On peut comprendre le souhait des entreprises de déterminer par elles-mêmes ou par branches quelle méthode de calcul du salaire d'efficiences elles souhaitent adopter, de choisir entre tous les dispositifs incitatifs qui sont à leur disposition. On notera toutefois que l'absence d'harmonisation par le législateur, ou l'absence de régime supplétif de volonté, conduit à des incertitudes en pratique et augmente le risque contentieux, comme on peut l'observer depuis quelques années en droit des brevets. Or le renforcement de la sécurité juridique favorise l'exploitation des créations et l'exploitation est l'autre pilier de la propriété intellectuelle.

§ 2. PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT EN FAVEUR DE L'EXPLOITATION

509. Favoriser l'exploitation, c'est avant tout en assurer la sécurité juridique (A) et l'efficacité économique (B), deux conditions essentielles à sa pérennité, à l'investissement et à la survie de l'activité. Les modèles doivent renforcer la poursuite de ces impératifs.

¹⁸⁵⁸ *Ibidem*, p.737.

A. Sécurité juridique

510. La sécurité juridique est un impératif que l'insuffisance des normes légales et conventionnelles ne garantit pas assez. La contractualisation des relations est donc nécessaire mais pas toujours suffisante, eu égard aux aléas jurisprudentiels.

511. **Impératif de sécurité juridique.** C'est le rôle même du droit d'assurer aux justiciables une certaine sécurité juridique. Cette sécurité juridique exige une certaine stabilité de la règle, une accessibilité à la règle et une prévisibilité de la règle¹⁸⁵⁹. Or, en matière de droit d'auteur comme de droit des brevets, on remarque certaines difficultés. Même si le droit positif est relativement stable dans sa source légale, on observe de nombreux aléas jurisprudentiels. Tel est notamment le cas en matière de droit des brevets en ce qui concerne le calcul de la rémunération supplémentaire due aux inventeurs salariés et le calcul du délai de prescription pour réclamer cette rémunération supplémentaire. Tel est notamment le cas en droit d'auteur en ce qui concerne la qualification d'œuvre collective et les modalités de la cession des droits patrimoniaux. Tel est le cas de la qualification de création : la brevetabilité incertaine des inventions, l'absence de contrôle *a priori* de leur brevetabilité ou de la qualité d'inventeur, comme l'absence de définition précise de la qualité d'œuvre protégeable emportent des difficultés dans les relations entre employeurs et salariés. Comment l'employeur pourra-t-il prendre en compte l'annulation du brevet ou le rejet de l'action en contrefaçon pour défaut d'originalité de l'œuvre dans sa relation à son salarié ? Quelles peuvent être les incidences d'un contentieux, ou simplement d'une situation juridiquement ambiguë, entre l'employeur et son salarié sur les relations avec les tiers, notamment à l'occasion de l'action en contrefaçon ? Par ailleurs, on observe un certain éparpillement des règles, entre les deux modèles principaux de la création salariée, sans qu'on puisse parfois comprendre pourquoi, mais aussi au sein de chacun des modèles, le régime notamment des œuvres créées dans un lien d'engagement de création subordonnée pouvant varier selon la qualité du créateur, le genre de l'œuvre ou les conditions de création ; les régimes applicables aux créations des agents publics semblant presque obéir à des logiques inverses du modèle applicable aux créations des salariés de droit privé. En outre, les projets récents visent encore à promouvoir

¹⁸⁵⁹ V. sur ce point les travaux du groupe de travail de la Cour de cassation (2005) « Incertitude et sécurité juridique », notamment le rapport général de Michel Pinault, Conseiller d'État, disponible sur http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2005_2033/rapport_general_8048.html. V. aussi les rapports du Conseil d'État de 2006 consacrés à ce sujet, disponibles sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000245/0000.pdf>.

des régimes spécifiquement adaptés aux revendications de certains secteurs¹⁸⁶⁰ et risquent d'encore multiplier les difficultés, notamment en cas de télescopage de plusieurs régimes, il conviendra en effet de déterminer quel régime devra prévaloir en cas de pluralité de qualifications possibles. Tel est déjà le cas pour les œuvres de journalistes, qui bénéficient d'un régime spécial alors même que ces œuvres pourraient être qualifiées de contribution à une œuvre collective. Pour l'heure, la contractualisation des relations nous paraît encore indispensable mais ne saurait malheureusement résoudre toutes les difficultés auxquelles les justiciables sont confrontés.

512. **Contractualisation nécessaire des relations.** La contractualisation des relations s'impose en droit d'auteur puisque le contrat de travail est par principe insuffisant à emporter cession de droit. Par ailleurs, l'interdiction de la cession globale des œuvres futures¹⁸⁶¹, d'autant qu'elle est interprétée strictement aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence¹⁸⁶², interdit une cession anticipée de l'ensemble des droits portant sur les œuvres du salarié à venir. Seul le contrat assure donc une sécurité d'exploitation optimale à l'employeur. Cette sécurité emporte toutefois des contraintes puisqu'un contrat doit être conclu pour chaque œuvre créée. Aussi la commission spécialisée du CSPLA sur les aspects des œuvres multimédias a-t-elle pu proposer la remise en cause partielle de l'interdiction de la cession globale des œuvres futures.

513. **Présomption de cession de l'ensemble des droits patrimoniaux sur les œuvres futures.** La commission du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique relative aux aspects juridiques des œuvres multimédia s'est essentiellement penchée sur la titularité des droits portant sur une œuvre multimédia. Pour sortir de la casuistique jurisprudentielle quant à la qualification de l'œuvre multimédia, œuvre audiovisuelle ou logicielle¹⁸⁶³, et la titularité des droits y afférent, qui variait selon que l'œuvre était qualifiée d'œuvre collective ou œuvre de

¹⁸⁶⁰ V. les travaux du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique au sein de la commission sur la les aspects juridiques des œuvres multimédias, préc.

¹⁸⁶¹ CPI, art. L.131-1.

¹⁸⁶² A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité*, préc. n°656 et s. expliquant que le texte ne paraît clair qu'en apparence et démontrant pourquoi le texte doit être interprété strictement.

¹⁸⁶³ Pour une illustration du débat doctrinal et jurisprudentiel, avant l'arrêt de la Cour de cassation adoptant une qualification d'œuvre multimédia V. A. Latreille, *Les mécanismes de réservation et les créations multimédias*, Thèse Paris-Sud 1995 ; C. Hugon, « L'œuvre multimédia, le critère de l'interactivité consacrée par la Cour de cassation », CCE, 2003, étude n°21 ; B. Edelman, « L'œuvre multimédia, un essai de qualification », D. 1995, chro. p. 109 ; F. Sardain, « La qualification logicielle des jeux vidéo : une impasse pour le multimédia », JCP E 2001, p. 312 ; V. également les commentaires relatifs à Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2009 : RTDCom. 2009, p.710, obs. F. Pollaud-Dulian ; CCE 2009, comm. n°76, note C. Caron ; JCP E 2009, p. 328, note E. Treppoz ; Legipresse 2009, II, p.169, note C. Alleaume ; ainsi que P. Gaudrat, « La qualification juridique des jeux vidéo », RTDCom. 2010, p. 319.

collaboration¹⁸⁶⁴, elle a opté pour la mise en place d'un régime spécifique de titularité des droits, basé sur trois principes. Premièrement, la commission propose l'introduction d'une présomption simple de la qualité d'auteur de l'œuvre multimédia. Seuls les contributeurs « *dont l'apport revêt un caractère déterminant pour l'identité de l'œuvre* »¹⁸⁶⁵ ont vocation à bénéficier de la présomption. On vise ici à exclure les contributeurs n'ayant réalisé qu'un apport accessoire à l'œuvre. Cette présomption bénéficie donc aux personnes ayant participé de manière déterminante à l'une des quatre fonctions créatives que la commission a identifiées comme essentielles à la création de l'œuvre multimédia (la réalisation, la création du scénario interactif, la conception graphique, la création de la composition musicale). Le procédé est le même qu'en matière d'œuvre audiovisuelle : on identifie les éléments essentiels à la création de l'œuvre pour présumer de la qualité de coauteur de certaines personnes, de manière à limiter pour elles la charge de la preuve, tout en permettant la démonstration de la réalité du processus créatif dans les cas particuliers. Cette présomption de qualité d'auteur permet de limiter les velléités de revendication de la qualité de coauteurs mais aussi de limiter les risques liés à l'exploitation puisque cette présomption est complétée par une présomption de cession des droits pour les exploitations dans le domaine multimédia et les exploitations hors du domaine du multimédia qui constituent l'accessoire nécessaire de l'exploitation principale. Ainsi, la simple évocation de cette présomption dans un contrat écrit suffit à emporter transfert exclusif des droits à l'exploitant qui prend l'initiative et dirige la création de l'œuvre multimédia. Le contrat doit néanmoins préciser le périmètre de la cession et le montant de la rémunération. Le procédé est à mi-chemin de l'œuvre collective et de l'œuvre de collaboration : on note à la fois la référence à l'exploitant qui prend l'initiative et la direction de la création, qui rappelle l'œuvre collective (la publication, l'initiative et la direction sont en effet la cause de l'attribution initiale des droits à l'exploitant) ; et l'existence d'un transfert de droits, d'une présomption de cession, impliquant le versement d'une rémunération, qui tire plutôt le régime vers le modèle de l'œuvre audiovisuelle. Si la mise en œuvre de la cession semble susceptible d'être simplifiée par ce mécanisme, encore faut-il pour cela que les exigences relatives à la définition du périmètre de la cession et la mention de la rémunération ne reviennent pas à l'application des articles L.131-3 et L.131-4. Mais l'innovation essentielle n'est pas là. L'innovation se situe plutôt dans ce qui est présenté comme un troisième principe, presque accessoire alors qu'il est central : l'exception à l'interdiction de la cession globale des

¹⁸⁶⁴ La qualification, si l'œuvre n'est qualifiée ni d'œuvre audiovisuelle, ni d'œuvre logicielle est de première importance pour la titularité des droits. Elle dépend néanmoins de circonstances factuelles qui exclut une qualification *a priori* et induisent un aléa quant à la qualification retenue par le juge en cas de litige.

¹⁸⁶⁵ CSPLA, Avis 2005-1, p. 5.

œuvres futures. Le troisième rouage du mécanisme suggère en effet que la cession pourrait intervenir pour « *toutes les œuvres que l'auteur est susceptible de réaliser dans le cadre de ses fonctions, sans qu'il soit besoin de le renouveler à l'occasion de chaque œuvre* ». Le mécanisme dépasse donc la production d'une œuvre multimédia pour viser l'engagement de création à exécution successive ne visant pas d'œuvres déterminées. Ainsi, un contrat de travail pourrait prévoir les conditions d'exploitation des œuvres à venir (étendue de la cession, conditions de rémunération) et valoir pour toutes les œuvres créées par l'auteur en exécution de son contrat de travail. Le mécanisme, tout en sauvegardant le principe d'une cession individuelle et d'une négociation individuelle des conditions de la cession, permet de dépasser l'inconvénient d'une négociation œuvre par œuvre. La commission invite néanmoins les organisations professionnelles à adapter le statut de l'œuvre multimédia, notamment par voie de conventions sectorielles. Autrement dit, on invite ici les partenaires sociaux à négocier branche par branche, des standards concernant les conditions d'exploitation (étendue et rémunération). La prévision de conditions de cession pour des œuvres à venir non déterminées semble une fois encore exiger l'intervention de garanties collectives, notamment par le jeu de l'articulation des normes individuelles et collectives. Il semble donc que dès lors que les cessions ne sont pas organisées œuvre par œuvre, ou du moins pour des œuvres déterminées, le collectif s'invite à la table du transfert des droits. En droit des brevets, le régime est allé encore plus loin puisque l'on ne s'intéresse même plus à l'expression du consentement à la cession, seul le consentement de l'employeur, celui qui paie, étant requis. Fort pragmatiquement, le régime focalise sur la question de la rémunération.

514. **Droit de préférence et contrats-cadres définissant les conditions de cession.** La loi du 1^{er} août 2006 a expressément consacré l'existence d'un droit de préférence au profit de la collectivité employeur de l'agent public auteur de l'œuvre de l'esprit à exploiter commercialement. La consécration d'un droit de préférence au profit de l'employeur est souvent proposée¹⁸⁶⁶. Ainsi, le Professeur Pollaud-Dulian considère que « *s'il fallait adapter le droit pour renforcer la sécurité des employeurs, ce dont nous ne sommes toujours pas persuadé, une piste plus équilibrée se trouverait peut-être dans une adaptation de la prohibition de la cession globale des œuvres*

¹⁸⁶⁶ V. F. Pollaud-Dulian, « Ombre et lumière sur le droit d'auteur des salariés », préc. ; le rapport de la commission spécialisée du CSPLA sur les droits des auteurs salariés de droit privé, préc. ; R. Hadas-Lebel, *Rapport au ministre de la Culture et de la Communication, mission sur la mise en œuvre du droit d'auteur dans le cadre du statut de salarié de droit privé*, 2002, disponible sur <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/rapports/hadas-lebel/rapport-hadas2002.pdf>. V. également pour une présentation de ces travaux par leurs auteurs, les contributions de P. Sirinelli et R. Hadas-Lebel in *Le droit d'auteur dans les entreprises de communication*, Actes du Forum Légipresse du jeudi 26 septembre 2002, Legicom, n°29, 2003.

*futures (art. L.131-1) : en s'inspirant de l'idée qui anime l'article L.132-4 en matière d'édition, on pourrait concevoir d'autoriser l'employeur à se faire consentir un droit de préférence d'une durée limitée par ses auteurs salariés sur les œuvres créées dans l'exécution d'une mission créatrice précise. Les conditions de cession resteraient librement négociées, le droit de préférence ne serait envisageable que dans le cas de contrats à durée indéterminée et pour un temps limité (un an renouvelable, par exemple), la levée de l'option pourrait s'opérer sous une forme simplifiée et rapide. De la sorte, le salarié continuerait à être titulaire des droits et l'employeur n'aurait aucun doute sur la possibilité d'acquérir à des conditions fixées d'avance la partie des créations de l'employé qui l'intéresserait »¹⁸⁶⁷. Le droit de préférence est ici un moyen de négocier annuellement les conditions de la cession pour les œuvres créées dans l'année à venir. Les parties ne négocient donc qu'une fois par an et le formalisme de la cession est simplifié. Il y a ici une simplification pratique de la relation mais qui ne dispense pas les parties de toute négociation, celle-ci devant rester le principe. On notera que le droit de préférence de l'employeur, en tout cas sa vocation à exploiter, résulte de l'existence du contrat de travail. L'obligation de loyauté du salarié envers son employeur lui impose de proposer en premier l'exploitation de l'œuvre à son employeur, dès lors que l'exploitation de cette œuvre relève du champ d'activité de l'entreprise, et *a fortiori* si le salarié a une mission de création au sein de l'entreprise. Si l'on distingue le travail et la création, si la propriété initiale des droits sur l'œuvre doit revenir au salarié, si le salaire ne rémunère pas la cession, on ne peut toutefois pas considérer que le salarié, rémunéré par l'entreprise pour créer, peut proposer l'œuvre à qui bon lui semble, et notamment les concurrents directs de son employeur. C'est donc moins l'existence que la portée de ce droit de préférence qui importe. Ainsi certaines propositions de mise en place d'un droit de préférence général et non délimité permettraient en réalité d'organiser une cession des droits sur les œuvres futures de l'auteur salarié, la conclusion d'un pacte de préférence permettant alors de déterminer à l'avance les conditions de cession de toutes les œuvres futures créées pendant la durée du contrat. Au contraire, le système proposé par le Professeur Pollaud-Dulian ne consiste pas à renoncer définitivement à l'interdiction de la cession globale des œuvres futures mais à organiser la négociation de la cession de droits (de manière annuelle) de manière à éviter des répétitions inutiles et formelles. Ainsi, la négociation au lieu d'intervenir œuvre par œuvre, intervient pour un certain nombre d'œuvres, d'un genre déterminé et pour une certaine durée. On peut ainsi imaginer des montages contractuels permettant la conclusion d'un contrat-cadre prévoyant les conditions d'exploitation des œuvres éventuellement créées par le salarié à l'occasion de son contrat de travail, quitte à ce que ces conditions fassent l'objet d'une renégociation régulière. Les cessions des droits*

¹⁸⁶⁷ F. Pollaud-Dulian, « Ombre et lumière sur le droit d'auteur des salariés », préc.

d'exploitation portant sur les œuvres créées par la suite peuvent ainsi intervenir de manière simplifiée. Certaines entreprises de presse avaient mis en place un système un peu comparable, par le biais d'accords collectifs qui déterminaient les conditions générales d'exploitation des œuvres, ratifiées par l'accord individuel de chaque salarié. Il était toutefois curieux que les partenaires sociaux négocient collectivement les conditions de cessions de droits individuels. La sécurité juridique de l'employeur n'est en réalité à ce jour assurée que par la conclusion systématique de contrats déterminant précisément les conditions d'exploitation de l'œuvre et les modes de rémunération de l'auteur, sauf à mettre en place une réforme admettant la négociation collective de conditions générales d'acquisition des droits d'exploitation, intégrant ainsi en droit d'auteur un mécanisme classique du droit du travail.

515. Négociation collective de conditions générales d'acquisition des droits d'exploitation. Le Professeur Gaudrat propose un système proposant le recours non à un pacte de préférence mais à des « conditions générales de cession » négociées collectivement¹⁸⁶⁸. Il propose d'ajouter des dispositions relatives au droit de divulgation et à la cession des droits patrimoniaux de manière à consacrer une offre permanente d'acquisition des droits, une présomption de divulgation de l'œuvre et une cession tacite des droits par remise volontaire de l'œuvre à l'employeur. En effet, il met en exergue le droit de divulgation comme attribut du droit moral permettant à l'auteur non seulement de décider de la communication (et surtout de la non communication) de l'œuvre qu'il considère achevée mais aussi de déterminer les exploitations auxquelles il destine l'œuvre. Contrairement à la doctrine majoritaire, le Professeur Gaudrat considère donc que le droit de divulgation ne s'épuise pas à la première divulgation, il convient donc de déterminer le champ divulgataire. Comme il admet par ailleurs que les conditions de la cession des droits patrimoniaux soient déterminées collectivement, la cession des droits patrimoniaux est réglée tacitement : en l'absence d'opposition de l'auteur aux conditions collectives de cession, la remise de l'œuvre à l'employeur vaut acceptation des conditions collectives de cession. Or, traditionnellement, la doctrine considère que l'exercice des droits patrimoniaux présume de l'exercice du droit de divulgation. Il semble alors logique de s'en remettre à l'accord tacite de l'auteur à la divulgation. La création de l'œuvre faisant l'objet de ses missions au sein de l'entreprise, entreprise dont l'activité consiste à exploiter les œuvres créées en son sein, l'auteur ne saurait interdire l'exploitation de ses œuvres : il engage

¹⁸⁶⁸ P. Gaudrat et G. Massé, *La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création*, préc., synthèse disponible sur <http://www.droitsdauteur.culture.gouv.fr/index-pla.htm>.

sa responsabilité contractuelle¹⁸⁶⁹ s'il refuse de divulguer. L'auteur ayant connaissance de la vocation à l'exploitation de l'œuvre créée par son employeur, le formalisme entre les parties doit être minimal. On peut donc admettre que la remise de l'œuvre commandée à l'employeur vaille divulgation. Les parties étant engagées dans un lien particulier (contrat à exécution successive de longue durée qui implique une collaboration particulière), le salarié a nécessairement connaissance des activités de son entreprise, la divulgation vaut donc pour l'ensemble des activités présentes de l'entreprise et, en l'absence de contestation par l'auteur, pour l'ensemble des exploitations que l'entreprise développera. Le Professeur Gaudrat limite toutefois cette possible extension du champ de la cession aux exploitations mises en place pendant la durée du contrat de travail. En effet, le salarié n'a une parfaite connaissance des activités de l'entreprise à laquelle il collabore qu'à l'occasion de son contrat de travail. La présomption de connaissance des activités de l'entreprise permettant de présumer de l'exercice du droit de divulgation prend donc fin à la résiliation du contrat. Les exploitations nouvelles devront, après la fin du contrat de travail, être expressément autorisées par l'auteur. Pour affermir ces solutions, le Professeur Gaudrat suggère d'ajouter trois alinéas à l'article L.121-2 du Code de la propriété intellectuelle :

« Lorsque la création est réalisée dans les liens d'un contrat, la délivrance volontaire de l'œuvre à son commanditaire est présumée, sauf preuve contraire, valoir exercice du droit de divulgation.

Sauf stipulation contraire, l'étendue de la divulgation (procédé et condition) est présumée couvrir l'activité du cocontractant expressément entrée dans le champ contractuel. Pendant la durée du contrat à exécution successive, l'auteur est réputé agréer tacitement à tout accroissement de l'étendue de la divulgation induite par l'activité de son cocontractant, à moins qu'il n'exprime une volonté contraire.

Après expiration du contrat, le cocontractant ne peut plus étendre la divulgation qu'avec l'accord de l'auteur ».

516. Le Professeur Gaudrat propose aussi de compléter l'article L.131-1 du Code de la propriété intellectuelle afin d'organiser les rapports entre contrats individuels et accords collectifs en matière de cession des droits patrimoniaux. Le Professeur, fidèle aux principes de la propriété littéraire et artistique, maintient en effet l'exigence d'une cession de droits. Il admet en revanche la négociation collective des conditions de la cession limitant ainsi les cas de négociation individuelle. A son idée, les conditions de la cession ont vocation à être négociées collectivement au niveau de la branche ou de l'entreprise. Le contrat de travail peut toutefois prévoir des dispositions plus favorables. La négociation individuelle est donc limitée aux cas des auteurs susceptibles de négocier au moment de l'embauche ou en cours

¹⁸⁶⁹ Le professeur Gaudrat estime que le salarié pourrait même être considéré comme démissionnaire. Au vu de la jurisprudence relative à la résiliation du contrat de travail à l'initiative de l'employeur, on ne saurait souscrire à cette proposition. Ce manquement aux obligations contractuelles pourrait en revanche justifier le licenciement.

d'exécution du contrat des conditions d'exploitation plus favorables. Par ailleurs, en l'absence d'opposition claire et non équivoque (envoi d'un recommandé à l'employeur), le salarié est présumé avoir accepté les « conditions générales d'acquisition des droits » par le simple fait de la divulgation, autrement dit la remise de l'œuvre à l'employeur. La remise de l'œuvre à l'employeur vaut donc consentement au contrat. On notera qu'en cas de désaccord lors de la renégociation des conditions de cession, le Professeur Gaudrat enjoint le salarié à la saisine du conseil des prud'hommes, du tribunal de grande instance ou d'une commission paritaire aux fins de trancher le litige¹⁸⁷⁰. Il propose l'adjonction des alinéas suivants :

« Un contrat de création à exécution successive et à durée indéterminée peut, sans méconnaître l'alinéa 1er, prévoir une offre permanente d'acquisition des droits patrimoniaux sur les œuvres à créer. L'offre doit être assortie des conditions contractuelles requises par l'article L.131-3. Ces conditions générales d'acquisition des droits d'exploitation font l'objet d'une négociation collective par branche.

La transmission du droit patrimonial s'opère, au fur et à mesure de la divulgation des œuvres, sous réserve du respect des dispositions suivantes :

1°) Une entreprise de la branche peut unilatéralement décider d'accorder à ses auteurs des conditions plus favorables que celles négociées collectivement. Sauf stipulations individuelles plus favorables, les conditions générales d'acquisition des droits collectivement négociées s'appliquent à tous les contrats de travail/de création conclus entre les auteurs et l'entreprise ;

2°) Jusqu'à divulgation de l'œuvre l'auteur peut demander à son cocontractant, par lettre recommandée ou tout autre moyen contractuellement accepté, la modification des conditions générales d'acquisition des droits. En cas d'accord du cocontractant sur l'objet de la requête, les parties signent un avenant modifiant les conditions litigieuses. En cas de désaccord, l'auteur a x jours pour saisir le TGI/le Conseil des Prud'hommes (du domicile de l'auteur, du siège social de l'employeur)/la Commission paritaire qui tranchera. Passé ce délai, ou en l'absence de la requête modificatrice précitée, l'auteur est réputé agréer les conditions générales d'acquisition des droits ;

3°) La divulgation a lieu dans les conditions prévues à l'article L.121-2 al. 2. Elle vaut acceptation tacite, ferme et définitive, par l'auteur, de l'offre d'acquisition des droits d'exploitation sur l'œuvre en cause, aux conditions qui résultent de l'alinéa précédent ;

4°) Sous réserve de l'application de l'article L.121-8 al. 2 ou d'une solution différente dans l'accord de branche, l'absence d'exploitation de l'œuvre pendant un délai de x mois/années à compter de sa divulgation entraîne la résolution de plein droit de l'exclusivité dont pouvait être affectée la cession ;

5°) A la fin du contrat de travail, les effets de la cession perdurent à titre non exclusif au bénéfice de l'entreprise, pour la durée et le domaine d'exploitation découlant des conditions générales. Sauf clause plus avantageuse, les conditions financières de cession, applicables à l'auteur à l'expiration de son contrat, sont, pour les exploitations à venir, réputées indexées sur les conditions générales applicables dans l'entreprise.

¹⁸⁷⁰ Il précise toutefois dans le commentaire de cette proposition que le tribunal de grande instance devrait n'être compétent que pour les litiges relatifs à la divulgation de l'œuvre, il réserve en effet à la commission arbitrale le soin d'établir les nouvelles conditions d'exploitation. La compétence du conseil des prud'hommes, non évoquée, s'impose en cas de refus de divulgation dès lors que le professeur considère que la non divulgation de l'œuvre constitue une faute susceptible d'entraîner la rupture du contrat de travail. Le 2° mériterait peut-être de préciser les compétences matérielles réciproques de ces juridictions et instances arbitrales.

L'entreprise ne peut plus jouir de l'exclusivité des droits sur les œuvres créées par le salarié qu'en vertu d'un avenant conclu en fin de salariat sur les œuvres qu'elle retient ou en vertu d'une clause adjointe aux conditions générales et acceptée expressément par le salarié, œuvre par œuvre. »

517. Ce texte, long mais très précis, permet de simplifier la forme de la cession pendant la durée du contrat de travail. Les conditions de la cession sont déterminées soit collectivement (exclusivité, contrepartie financière, durée), soit tacitement (droits cédés, étendue géographique et destination). On voit aussi ici une application forte du principe de faveur : l'accord collectif le plus favorable s'applique (l'accord d'entreprise ne peut déroger que favorablement, les conditions de cession des œuvres relèveraient donc des dispositions non supplétives de volonté des conventions de branche étendues), le contrat de travail peut déroger favorablement. On remarquera que le texte n'est pas inséré à la suite de l'article L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle, comme cela a été le cas des articles relatifs à la cession des droits sur les œuvres des agents publics mais au sein de l'article L.131-1. En effet, selon le Professeur Gaudrat, il s'agit moins de mettre en place une nouvelle exception au droit commun de la cession que de « *clarifier l'interprétation de l'article L.131-1 du CPI sans toucher à sa substance* »¹⁸⁷¹. En effet, les exigences relatives à la cession sont maintenues et il n'y a pas à proprement parler de cession globale des œuvres futures puisque l'auteur peut renégocier les conditions de cession et manifeste son consentement à la cession en remettant l'œuvre à son employeur. On notera toutefois l'abandon du recours à l'écrit pour déterminer l'étendue de la cession¹⁸⁷², ce qui limite le formalisme mais peut poser des difficultés en termes de sécurité juridique. On comprend toutefois l'intérêt du dispositif. Le système ainsi mis en place permet de régler la plupart des cas de création liée : la plupart des salariés se satisferont des conditions d'exploitation prévues collectivement et accepteront les exploitations mises en place par l'employeur. Si le salarié est insatisfait des conditions de cession, il peut signaler son désaccord. Il n'y a donc plus cession tacite, l'employeur n'est plus cessionnaire des droits. L'employeur a donc, comme le salarié, intérêt à négocier : on revient au droit commun de la cession et à la négociation individuelle. Le salarié est toutefois relativement livré à lui-même : il doit dénoncer les conditions générales d'acquisition ou s'opposer aux nouvelles formes d'exploitation envisagées par l'entreprise, cette dénonciation exige au moins l'envoi d'un courrier recommandé. Ce mécanisme repose donc sur la diligence de l'auteur salarié au cours de l'exécution de son contrat de travail. L'auteur salarié était la partie faible au contrat au moment de l'embauche, il n'est pas évident que son pouvoir de négociation évolue au cours du contrat.

¹⁸⁷¹ P. Gaudrat, rapport préc.

¹⁸⁷² Ce que la Cour de cassation admet pour les cessions de droit ne relevant pas d'un contrat nommé à l'article L.131-2, alinéa 1^{er} : Cass. civ. 1^{re}, 21 novembre 2006, préc.

Les inventeurs salariés répugnent à déclarer leur invention par lettre recommandée, comme l'exige la procédure réglementaire, la communication avec l'employeur par voie de courrier recommandé n'étant pas une pratique courante dans les relations de travail. *A fortiori*, la contestation des conditions de cession par lettre recommandée par un auteur qui souhaite rester dans l'entreprise semble utopique. Certes, les professionnels notent une augmentation du contentieux en cours d'exécution du contrat de travail, on ne peut toutefois souhaiter une judiciarisation des relations de travail. Or la réforme proposée par le Professeur Gaudrat, prévoyant un délai de forclusion compté en jours en cas de désaccord sur les nouvelles conditions de cession, incite soit à agir pendant l'exécution du contrat, soit à renoncer à faire valoir ses droits. En outre, l'exemple du droit des brevets nous invite à une certaine circonspection quant au renvoi à la négociation collective sur les questions de propriété intellectuelle. Même si celle-ci paraît l'instrument idéal pour dépasser les difficultés liées au formalisme contractuel, elle n'est pas la panacée. Trop peu de conventions collectives contiennent des dispositions relatives aux inventions de salariés, alors même que de telles dispositions sont nécessaires à l'extension de la convention de branche¹⁸⁷³. Or, à défaut de dispositions collectives, l'employeur et le salarié seront livrés à eux-mêmes et au formalisme de la négociation individuelle qui n'a pas été aménagé. Finalement, cette proposition focalise sur deux questions : la rémunération de l'auteur, puisque le Professeur met en exergue les intérêts de la rémunération proportionnelle, même si elle n'est pas évoquée dans les modifications textuelles, et l'exclusivité de la cession, qui prend fin à la rupture du contrat de travail, qui devient donc l'occasion principale de renégocier les conditions de cession. En effet, le Professeur donne deux garanties fondamentales à l'auteur salarié : le droit à une rémunération proportionnelle en contrepartie des exploitations de l'employeur et la fin de l'exclusivité de l'exploitation au moment de la cessation du contrat de travail. Il convient donc de distinguer deux temps dans l'exécution du contrat de cession des droits d'auteur. D'abord, le temps de l'exploitation pendant l'exécution du contrat de travail : les exploitations sont alors exclusives et les exploitations nouvelles, sous réserve de donner lieu à rémunération, sont possibles, tant que le salarié ne s'y oppose pas. Ensuite, le temps de l'exploitation après la rupture du contrat de travail : l'employeur perd l'exclusivité de l'exploitation, l'auteur retrouvant la possibilité d'exploiter les œuvres créées à l'occasion de son contrat de travail et les exploitations nouvelles ne sont possibles qu'avec l'accord exprès de l'auteur. Aussi l'employeur qui souhaite continuer d'exploiter exclusivement les œuvres créées par son salarié ou qui souhaite s'assurer la possibilité de faire évoluer son activité après la rupture du contrat de travail a intérêt à

¹⁸⁷³ Cf. supra n°433 et s.

négocier avec le salarié au moment de la rupture du contrat de travail une cession exclusive des droits. Le régime proposé est à la croisée des chemins du droit du travail et de la propriété intellectuelle. Favorisant les outils du droit du travail au cours du contrat de travail, il diffère la négociation individuelle au moment de la rupture du contrat, moment propice à la négociation pour le salarié qui, libéré de la subordination, retrouve son pouvoir de négociation. Les parties sont à ce moment-là libres de contracter pour réglementer l'exploitation des œuvres dont l'exploitation a encore une valeur économique et dont l'entreprise entend conserver l'exclusivité. Le contrat de travail constitue donc une sorte de parenthèse temporelle pendant laquelle les mécanismes de propriété littéraire et artistique sont adaptés à la relation à exécution successive. Hormis l'accent mis sur la cession, on constate que ce sont les mécanismes du droit du travail qui prédominent pendant le temps du contrat de travail. Le mécanisme classique en droit de la propriété intellectuelle, qui aboutit au transfert de propriété est la mise en place de cession automatique, solution beaucoup plus radicale, surtout si elle consiste à transférer l'intégralité du monopole d'exploitation et non les seuls droits patrimoniaux nécessaires à l'exploitation par l'employeur.

518. **Mise en place de cessions automatiques ou présomptions de cession.** La mise en place d'un mécanisme légal de cession automatique permet d'assurer la sécurité juridique de l'employeur quant à la propriété de la création et donc de sécuriser l'exploitation. La négociation ou les points de divergence entre l'employeur et le créateur salarié est donc focalisée non plus sur la titularité des droits mais sur la rémunération due au créateur salarié. Un tel régime permet de dédramatiser le conflit et de ne pas « prendre en otage » l'exploitation. Tel est le cas du régime de la production audiovisuelle ou des auteurs agents publics, qui mettent en place pour l'un une présomption de cession, pour l'autre, un droit de préférence et dont la mise en œuvre est très nuancée : ni le producteur, ni la collectivité employeur ne sont dispensés de rédiger un contrat ; en revanche, leur droit est affermi vis-à-vis des tiers¹⁸⁷⁴. En matière de brevet, si l'inventeur n'a pas à consentir à la cession d'une invention hors mission attribuable, le juste prix doit être déterminé contractuellement par les parties. De la même manière, si l'inventeur salarié se voit privé de tout droit sur une invention de mission, en l'absence de convention collective déterminant une méthode de calcul de la rémunération supplémentaire, c'est au contrat que devront s'en remettre les parties. Dès lors qu'un contrat a été conclu, la propriété de l'invention n'est plus contestable. L'employeur assure par ailleurs sa sécurité juridique : le contrat étant soumis au droit commun des

¹⁸⁷⁴ En ce sens, F. Pollaud-Dulian, préc. Cf. supra n°412.

obligations et aucun cas de lésion n'étant légalement prévu en la matière, contrairement au cas de rémunération forfaitaire applicable au droit d'auteur, le salarié ne pourra plus revendiquer de complément de rémunération. L'employeur ne s'expose plus qu'à des actions de droit commun fondées sur un éventuel vice du consentement ou une inexécution. Le droit d'auteur comme le droit des brevets, du moins en l'absence d'intervention des partenaires sociaux, incitent les parties à la négociation, indispensable à la sécurité juridique de l'exploitation et à la paix sociale dans l'entreprise, pendant et après rupture du contrat de travail, dont on sait qu'elle peut intervenir avant la fin de l'exploitation des créations des salariés. Laurent Drai note d'ailleurs qu'à cet égard propriété intellectuelle et droit du travail sont complémentaires puisqu'ils se répondent dans l'utilisation du dialogue social et de la négociation contractuelle comme instrument de régulation des relations de travail¹⁸⁷⁵. Toutefois, toutes les difficultés auxquelles peuvent être confrontés les employeurs et les salariés ne peuvent être contractuellement résolues : le droit moral étant personnel, imprescriptible et inaliénable¹⁸⁷⁶, aucun contrat ne peut garantir l'employeur contre l'action de l'auteur fondée sur le droit moral. Ainsi, aucune renonciation contractuelle à l'exercice du droit à la paternité ou du droit au respect, aucune interdiction d'exercice du droit au retrait ou de repentir, ne pourront être opposées à l'auteur. A cet égard, le contrat qui dispenserait l'employeur de toute autorisation d'exploitation et donc de respecter le droit de divulgation de l'auteur ou l'autorisation de modifier l'œuvre restent insuffisants car le principe de faveur à l'exploitation plie devant les intérêts personnels et culturels protégés par le droit moral¹⁸⁷⁷. Seuls les principes de droit commun des obligations – exécution de bonne foi des contrats, absence de fraude et interdiction de l'abus de droit – pourront donc être invoqués par l'employeur. On notera que le principe d'exécution de bonne foi, particulièrement renforcé par l'obligation générale de loyauté du salarié, tend à sécuriser l'employeur : dès lors que l'employeur a conclu un contrat d'exploitation et exploite conformément aux conditions contractuellement déterminées, l'employeur est relativement protégé contre l'action de son salarié qui ne pourra exciper du droit moral pour revenir sur le champ de la cession. Le salarié qui a accepté une certaine adaptation de l'œuvre aux nécessités de l'exploitation consentie n'est plus protégé que contre les abus de l'employeur, comme l'employeur est protégé contre les abus de son salarié, l'arbitrage de la situation revient dès lors à l'équité et aux usages. Si la sécurité juridique des

¹⁸⁷⁵ L. Drai, *Le droit du travail intellectuel*, préc., n°283 et s., spéc. n°297, 298, 302, 323 et 324.

¹⁸⁷⁶ CPI, art. L.121-1.

¹⁸⁷⁷ Cf. supra n°265.

employeurs passe aujourd'hui par le contrat, l'efficacité économique des modèles est parfois contestée.

B. Efficacité économique

519. Même si la satisfaction des intérêts économiques n'est pas une fin à laquelle le droit doit s'asservir, le droit, et spécialement le droit des affaires ou la propriété intellectuelle qui a un impact économique non négligeable, doit notamment viser à l'efficacité économique des systèmes qu'il met en place. Le droit doit donc tenir compte des réalités économiques que sont l'exigence de rapidité des affaires, l'internationalisation des affaires et l'extension des champs d'exploitation envisageables. L'efficacité économique implique de toujours favoriser l'exploitation, ce qui emporte nécessairement des contraintes, tant pour les salariés que pour les employeurs. Les arbitrages ne sont pas alors aisés.

520. **Rapidité des affaires.** Si la sécurité juridique exige la conclusion d'un contrat, certains employeurs mettent en exergue l'impératif de rapidité des affaires pour critiquer le mécanisme légal : la conclusion d'un contrat oblige à des négociations qui peuvent parfois être longues et ne permettent pas à l'entreprise de se positionner suffisamment tôt sur le marché. En matière d'invention, la date de dépôt de la demande de brevet en particulier est fondamentale puisque c'est à cette date que l'invention constituera une antériorité suffisante à anéantir la nouveauté de l'invention d'un concurrent¹⁸⁷⁸. On remarquera toutefois l'intérêt du dispositif légal à cet égard : lorsque l'invention est déclarée par le salarié à son employeur, l'employeur peut immédiatement accepter le classement proposé par le salarié. S'il s'agit d'une invention de mission ou d'une invention hors mission attribuable, l'employeur pourra alors déposer une demande de brevet sans avoir à démontrer le versement d'une quelconque rémunération de l'inventeur, la rémunération de l'inventeur n'étant pas une condition du dépôt de la demande de brevet. Autrement dit, le temps des négociations de la rémunération de l'inventeur est indépendant du temps de la procédure de dépôt. L'exigence de contractualisation n'est donc pas un frein au dépôt, ni même à l'exploitation. En droit d'auteur, la question est plus compliquée. En effet, si l'exploitation de l'œuvre sous le nom de l'employeur pourra être assurée contre les actes des tiers, l'employeur pouvant, du fait de la présomption de titularité des personnes morales, en l'absence de contestation de la part de l'auteur, agir en contrefaçon contre les tiers sans avoir à justifier de la titularité des droits, la conclusion de sous-contrat est

¹⁸⁷⁸ Cf. supra n°144.

plus compliquée. Les sous-contrats échappent à l'application du droit d'auteur¹⁸⁷⁹. Toutefois, pour être à même d'exécuter ses propres obligations vis-à-vis de l'auteur (exploitation conforme au champ de la cession, paiement de la rémunération proportionnelle, reddition de compte, etc.), l'employeur se trouve obligé d'imposer contractuellement à son partenaire des obligations de même nature (reddition de compte, prévision d'une rémunération suffisante et limitation du champ de la cession à tout le moins). Il ne peut donc s'engager contractuellement vis-à-vis de tiers qu'à la condition de connaître d'ores et déjà le contenu du contrat qui le lie à l'auteur. Par ailleurs, ne bénéficiant pas d'un transfert de propriété automatique ou par manifestation unilatérale de volonté comme c'est le cas pour les inventions, le sous-contrat conclu antérieurement au contrat d'auteur ne serait pas valable. *Nul ne peut céder plus de droit qu'il n'en a lui-même*. Or l'exploitation des œuvres de l'esprit fait souvent l'objet de contrats de distribution, de production, de licences concédées à l'étranger, autrement dit, d'une exploitation partagée entre plusieurs partenaires contractuels, ce qui exige une chaîne de contrats. C'est donc plus en droit d'auteur qu'en droit des brevets que l'impératif de rapidité des affaires peut être remis en cause par l'exigence de contractualisation des relations employeur-créateur. L'internationalisation des affaires conduit aussi à des difficultés à propos des contrats.

521. **Internationalisation des affaires et extension des champs d'exploitation possibles.** S'il est un lieu commun de considérer que la mondialisation, la consommation de masse et l'avènement de la « société de l'information » ont conduit à la multiplication des exploitations envisageables (multiplication des territoires d'exploitation, des modes de diffusion et d'exploitation, des destinations), il est pour autant indéniable que le champ des possibles est aujourd'hui encore en pleine expansion et que régulièrement s'inventent de nouveaux marchés, de nouvelles utilisations des œuvres de l'esprit. En matière de propriété industrielle, l'exploitation peut également concerner l'ensemble du monde ; d'où la nécessité d'étendre la protection au plus grand nombre de pays en multipliant les dépôts. Ces exploitations ont des conséquences non négligeables en terme de coûts et d'investissements mais aussi juridiquement puisqu'elles augmentent d'autant le champ de la cession consentie par l'auteur à l'employeur et la valeur potentielle de la création. Cette augmentation du champ des possibles accentue les risques d'écart entre la valeur prévisible de la création au moment de la signature du contrat et la valeur réelle de la création, constatée après exploitation. Or cette difficulté de prévisibilité des exploitations à venir implique des aléas que le contrat peut gérer

¹⁸⁷⁹ Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1993, préc.

mais, si l'employeur a intérêt à augmenter le champ de la cession, cela augmente d'autant le coût de la cession. Les objets de propriété intellectuelle ne sont en effet pas des propriétés oisives, leur valeur tient de l'exploitation qui en est réellement faite et ne peut donc être évaluée qu'*a posteriori*. L'augmentation du champ de la cession peut potentiellement inverser le rapport de force entre l'employeur et le créateur dans la détermination du montant de la rémunération, notamment forfaitaire. L'employeur prend donc un risque en déterminant à l'avance une rémunération forfaitaire qui pourra s'avérer trop coûteuse eu égard aux exploitations réellement mises en œuvre ou, au contraire, trop faible pour le salarié qui pourra être tenté d'agir pour obtenir un complément de rémunération. A ce titre, la rémunération proportionnelle prévue en droit d'auteur, combinée à une distinction du taux de rémunération selon les modes d'exploitation, notamment en ce qu'elle permet même la cession des droits d'exploitation pour les exploitations non prévisibles au moment de la signature du contrat, a le mérite d'être le mécanisme le plus juste en ce qu'il garantit à l'employeur de ne payer qu'une rémunération à hauteur de la valeur d'exploitation réelle de la création. La possible révision de la rémunération forfaitaire en cas de lésion est aussi une solution, qui permet *a posteriori* de vérifier l'équité de la rémunération qui a été versée *a priori*. Si l'on veut limiter les hypothèses de contentieux et favoriser la paix sociale au sein de l'entreprise, il conviendrait toutefois d'encadrer le régime de la lésion pour que la détermination des cas de lésion et du montant du complément de rémunération à verser puisse ne pas être nécessairement judiciairisée. Enfin, concernant l'internationalisation des exploitations, nombre d'entreprises font valoir leurs difficultés à imposer à leurs cocontractants étrangers des conditions d'exploitation conformes au droit d'auteur français, ce qui peut conduire à une exclusion de fait de la création française du marché mondial¹⁸⁸⁰. Les entreprises réclament donc, en droit d'auteur, une simplification du droit de la cession qui leur permettrait de mieux s'insérer sur les marchés étrangers. On notera toutefois qu'en matière de contrat d'édition, une rémunération forfaitaire est prévue pour les exploitations faites par une entreprise établie à l'étranger, un tel aménagement pourrait être étendu¹⁸⁸¹. Il s'agit ici de faire preuve d'un certain pragmatisme pour favoriser

¹⁸⁸⁰ V.-L. Bénabou, « Quel statut juridique pour le jeu vidéo ? », communication au colloque « Enjeux juridiques de l'industrie du jeu vidéo », 17 novembre 2006, Poitiers (non publiée). V. également Avis 2005-1 du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, préc. à propos du rapport de la commission spécialisée sur les aspects juridiques des œuvres multimédia, p. 1 : « *L'usage de ce droit est actuellement perçu par les studios comme ayant pour eux un "coût" lors de la négociation avec les éditeurs, dans la mesure où il est regardé comme peu favorable à la sécurité des investisseurs. Le Conseil supérieur, en élaborant le présent avis, a donc placé cette donnée au centre de sa réflexion, afin d'éviter que la reconnaissance et la protection des droits des auteurs ne se traduisent par des effets pervers – fuite des investisseurs ou recours à la loi du pays de l'éditeur – dont les auteurs seraient les premières victimes* ».

¹⁸⁸¹ La question serait aussi résolue si l'auteur n'était pas associé au prix public hors taxe mais au chiffre d'affaires de l'exploitant employeur.

l'exploitation des créations françaises à l'étranger. Par ailleurs, le changement d'assiette de la rémunération proportionnelle semble suffire à régler cette difficulté.

522. **Favoriser toujours l'exploitation.** Favoriser l'exploitation, c'est aussi poser la question de l'obligation d'exploiter de l'employeur. En effet, l'un des fondements de la propriété intellectuelle est l'idée qu'elle favorise l'exploitation et que la société entière a intérêt à l'exploitation de la création, technique, littéraire ou artistique car la création enrichit le patrimoine culturel, technique et scientifique. La faveur à l'exploitation dépasse donc le simple intérêt économique des industriels et implique pour eux une certaine responsabilité en termes de divulgation et d'exploitation des créations. Or certains comme le Professeur Mousseron ont été jusqu'à envisager que l'attribution de l'invention donnait le droit de ne pas exercer son droit, c'est-à-dire de ne pas demander le titre¹⁸⁸². On reconnaîtrait donc à l'employeur une maîtrise complète de l'invention permettant à l'employeur de choisir entre le maintien du secret, la publication, la demande de brevet en France et à l'étranger. Selon le Professeur Azéma, *« le droit de l'employeur ne porte en réalité ni sur l'invention ni sur le brevet mais a pour objet le droit d'attribution d'un brevet né ou à naître. Dès lors deux hypothèses sont à envisager : la première est celle dans laquelle la demande de brevet a été déposée ou, a fortiori, le brevet délivré, dans ce cas, le droit à attribution porte sur la demande de brevet ou sur le brevet ; la seconde est celle dans laquelle le brevet n'a pas encore été demandé, dans ce cas, le droit de l'employeur a pour objet la possibilité de demander et d'obtenir un brevet couvrant l'invention. La conséquence en est que plus personne ne possède alors de droit au secret »*¹⁸⁸³. On revient ici à un système de droits concurrents¹⁸⁸⁴ avec une prépondérance accordée à l'employeur. Si celui-ci n'exerce pas son droit au titre, le salarié bénéficie toujours de la possibilité de le faire. Une telle analyse nous semble conforme aux exigences dues à la finalité économique et sociale de la propriété intellectuelle. Des incitations en direction des salariés pourraient être mises en place¹⁸⁸⁵. Si cela correspond à l'objectif du droit des brevets (favoriser

¹⁸⁸² Cf. supra n°268.

¹⁸⁸³ J. Azéma, « Le droit à attribution des inventions mixtes », préc.

¹⁸⁸⁴ Cf. supra n°446.

¹⁸⁸⁵ A défaut, l'entreprise pourrait aussi avoir tendance à breveter systématiquement. Or la systématisation des demandes de brevet n'est pas nécessairement pertinente. Aux États-Unis, on estime par exemple que le fait de récompenser financièrement les salariés en cas de dépôt de brevets incite au dépôt tout azimut. Or cela contribue à l'encombrement des offices par la petite monnaie et n'est donc pas pertinent d'un point de vue macro-économique, d'où l'incitation à multiplier les récompenses et à ne pas focaliser sur le dépôt. On peut aussi envisager d'aider plutôt l'employé à déposer et exploiter lui-même si l'employeur n'a pas l'envie ni les moyens d'exploiter. Nicholas Orkin rappelle la proposition de mettre en place une aide aux personnes n'ayant pas les moyens de déposer, sorte d'aide juridictionnelle pour le dépôt de brevet, qui permet un égal accès au dépôt notamment pour les créateurs d'entreprise... (il cite en exemple une aide financière et un crédit d'impôt reportable sur cinq ou dix ans, ce qui inciterait à déposer même pour l'étranger) : N. Orkin, « The legal rights of the employed inventor in the United States : a labor-management perspective », in J.

la divulgation des innovations techniques de manière à ce qu'elles puissent profiter à tous), la lettre de l'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle impose pourtant une réponse plus nuancée : alors que les autres articles évoquent la propriété du brevet, celui-ci évoque, à propos des inventions de mission, la « propriété de l'invention » qui appartient à l'employeur. Bien sûr, cela implique que c'est à l'employeur de déposer le brevet, donc d'assumer les coûts du dépôt. Mais cela accrédite l'idée que l'invention, qui classiquement ne fait pas l'objet d'une propriété intellectuelle réglementée en dehors du brevet, peut faire l'objet d'une propriété avant même le dépôt¹⁸⁸⁶ et cette propriété appartient à l'employeur qui peut donc la laisser dépérir en renonçant au dépôt. Dès lors, le salarié peut-il déposer en son propre nom, sans le consentement de son employeur ? L'employeur qui a accepté, tacitement ou expressément, le classement de l'invention en invention de mission et qui ne dépose pas, pourra-t-il revendiquer la propriété du brevet déposé par le salarié, alors que lui-même a renoncé volontairement à procéder au dépôt ? La « condamnation » du salarié au secret n'est pas pertinente au regard de l'intérêt général, surtout si l'employeur n'exploite pas l'invention. La loi pourrait être clarifiée sur le sujet. Par ailleurs, l'employé ne peut exercer une activité concurrente de celle de son employeur pendant la durée du contrat de travail sans engager sa responsabilité, contractuelle, la concurrence ainsi exercée pouvant constituer un manque de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail ou une inexécution en cas de violation d'une clause d'exclusivité,¹⁸⁸⁷ ou délictuelle en cas de concurrence déloyale¹⁸⁸⁸. Cette obligation générale de non-concurrence résulte de la nature même du contrat de travail qui engendre à la charge du salarié une obligation de fidélité ou de loyauté¹⁸⁸⁹. Il faudra cependant définir l'étendue de cette obligation de non-concurrence et son articulation avec la liberté du travail, du commerce et de l'industrie. Quand bien même le salarié créerait une entreprise dans le même secteur d'activité que son employeur, exercerait-il une activité concurrente à celle de son employeur en exploitant une

Phillips (ed.), *Employees' inventions, a comparative study*, Fernsway Publications, 1981, p. 152, spéc. p. 163, à propos de U.S. Commerce department study on Industrial Innovation : « *One interesting proposal from the Public Interest Subcommittee was to have the Government provide a pool of sophisticated legal aid for those who cannot afford to protect themselves from patent infringement. It was noted by the Industrial Subcommittee that the expenses in a patent infringement suit often exceed \$250 000 per party, and, therefore, the Public interest proposal seems a good one to aid the individual inventor or the small businessman* ».

¹⁸⁸⁶ Cf. supra n°268.

¹⁸⁸⁷ Si celle-ci est valable, notamment si elle est indispensable à la protection des intérêts de l'entreprise si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché : Cass. soc. 11 juill. 2000 : DS 2000, p. 1141, note J. Mouly. Confirmé par Cass. soc. 24 fév. 2004 : Bull. n°64. V. également P. Waquet, « Pouvoir de direction et liberté des salariés », DS 2000, p.1051.

¹⁸⁸⁸ Cass. com., 8 fév. 1965 : Bull. n°96.

¹⁸⁸⁹ A. Mazeaud, *Droit du travail*, préc., n°442.

invention que l'employeur a délibérément décidé de négliger ? L'employeur ne peut d'ailleurs « *opposer aucune clause d'exclusivité pendant une durée d'un an au salarié qui crée ou reprend une entreprise, même en présence de stipulation contractuelle ou conventionnelle contraire* »¹⁸⁹⁰. En outre, sauf clause de non-concurrence, qui donne droit à contrepartie financière¹⁸⁹¹, le salarié retrouve sa liberté après la rupture de son contrat de travail. C'est aujourd'hui la liberté du travail du salarié qui semble prévaloir. Sa restriction a vocation à être très encadrée, la concurrence déloyale pouvant en revanche être sanctionnée¹⁸⁹². Le salarié pourrait-il obtenir une licence obligatoire lui permettant d'exploiter en cas de carence de l'employeur ? La faveur à l'exploitation devrait conduire à une réponse affirmative, d'autant que le salarié a, plus que tout tiers, vocation à exploiter sa propre invention.

523. **Déterminer l'exploitant adéquat.** Favoriser l'exploitation, c'est ici mettre en place un régime de titularité des droits qui facilite au mieux l'exploitation. Il s'agit donc de déterminer la personne la plus à même d'exploiter pour désigner le titulaire des droits *ab initio* et de simplifier la cession des droits à l'autre partie si, finalement, celle-ci souhaitait mettre en place l'exploitation. On peut s'interroger aussi sur la question de savoir si l'intégralité des utilités de la création doit appartenir au même titulaire *ab initio*. En effet, en droit d'auteur, la cession des droits patrimoniaux est, par principe, délimitée ; aussi précise-t-elle les modes d'exploitation, l'étendue géographique et la durée de l'exploitation envisagée. On peut de la même manière se demander si la propriété de l'employeur a nécessairement vocation à être pleine et entière ou seulement limitée aux exploitations que l'employeur est susceptible de mettre en œuvre. D'un côté, si l'on raisonne en termes de titularité initiale de l'employeur, on devrait admettre que l'employeur a vocation à disposer de l'intégralité du monopole d'exploitation. D'un autre côté, dès lors que la vocation à la propriété de l'employeur est justifiée par des considérations d'opportunité, autrement dit non seulement l'existence (et la cause) du contrat de travail mais aussi le fait que l'employeur semble le plus à même d'organiser l'exploitation, on peut se demander si la propriété de l'employeur n'a pas vocation à se limiter à son champ de compétences. En effet, au-delà de sa sphère habituelle d'activité, il n'est pas nécessairement plus à même d'exploiter. Certes, l'employeur est déjà un entrepreneur, il est toujours plus expérimenté pour lancer une nouvelle activité que le salarié.

¹⁸⁹⁰ Ctrav., art.L.1222-5.

¹⁸⁹¹ Pour une description du régime de la clause de non-concurrence et de la clause de clientèle, J. Pélessier, G. Auzéro et E. Dockès, *Droit du travail*, préc., n°178 et s.

¹⁸⁹² En ce sens, V. J. Pélessier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, préc. n°94, considérant que « *dans une économie de marché* », il est pour le moins étrange que la non-concurrence (à ne pas confondre avec la concurrence déloyale) puisse être ainsi érigée en obligation contractuelle licite ».

On peut toutefois se demander si le salarié ne serait pas parfois plus à même de créer une nouvelle activité¹⁸⁹³, notamment si l'employeur a déjà concentré tous ses investissements sur son activité habituelle ou d'autres marchés. Il ne saurait y avoir que des pétitions de principe en la matière. La faveur à l'exploitation exige à la fois plus de souplesse et de contraintes. Plus de souplesse en ce qu'elle doit permettre que le partenaire qui souhaite exploiter puisse bénéficier des droits sans porter préjudice à l'activité de l'autre ; plus de contraintes en ce que celui qui revendique les droits ne prive pas l'autre de la faculté d'exploiter sans raison. Dès lors il semble intéressant de prévoir les conditions auxquelles le salarié pourrait être amené à exploiter lui-même la création et une obligation d'exploitation à la charge de celui qui revendique les droits. Le Professeur Antoon Quaadvlieg rappelle ainsi que le salariat confère à l'auteur une certaine culture d'entreprise et qu'il peut devenir entrepreneur, il est donc fondamental de lui permettre de profiter de cette possibilité : *« c'est précisément dans ces situations où le travailleur intellectuel est déjà habitué à insuffler sa créativité dans le contexte d'une entreprise et son produit, que la question de savoir si une incitation individuelle pour l'employé est opportune vaudrait d'être sérieusement considérée. La volonté et les possibilités de l'employé d'entrer sur le marché de sa propre initiative ne doivent pas, dans un système optimiste, être rejetées a priori. S'il semble que l'employé est parfois sous-estimé, le contraire peut se produire à l'égard de l'entreprise. Quoique sans doute, toute entreprise moderne soit convaincue de l'importance d'innover, aucune garantie n'existe que les bénéfices du droit exclusif seront efficacement employés à cette fin. C'est une réalité dégrisante que les grandes entreprises peuvent aussi être des colosses bureaucratiques dans lesquels les innovations se trouvent parfois freinées par des circonstances d'un autre ordre »*¹⁸⁹⁴. C'est d'ailleurs aujourd'hui une tendance générale du droit social et économique de mettre en place des dispositifs facilitant le passage du statut de salarié à celui d'entrepreneur. C'est pourquoi une réforme du régime de la création salariée doit être

¹⁸⁹³ V. en ce sens, A. Quaadvlieg, « Salaire, profit, propriété intellectuelle. Observations générales sur le droit du travail, le droit de la propriété intellectuelle et le droit des sociétés », préc., p.729, spéc. p.738, qui considère que le fait pour l'auteur d'être salarié lui confère une certaine culture d'entreprise et qu'il peut devenir entrepreneur, il est donc fondamental de lui permettre de profiter de cette possibilité : *« c'est précisément dans ces situations où le travailleur intellectuel est déjà habitué à insuffler sa créativité dans le contexte d'une entreprise et son produit, que la question de savoir si une incitation individuelle pour l'employé est opportune vaudrait d'être sérieusement considérée. La volonté et les possibilités de l'employé d'entrer sur le marché de sa propre initiative ne doivent pas, dans un système optimiste, être rejetées a priori. S'il semble que l'employé est parfois sous-estimé, le contraire peut se produire à l'égard de l'entreprise. Quoique sans doute, toute entreprise moderne soit convaincue de l'importance d'innover, aucune garantie n'existe que les bénéfices du droit exclusif seront efficacement employés à cette fin. C'est une réalité dégrisante que les grandes entreprises peuvent aussi être des colosses bureaucratiques dans lesquels les innovations se trouvent parfois freinées par des circonstances d'un autre ordre »*.

¹⁸⁹⁴ A. Quaadvlieg, « Salaire, profit, propriété intellectuelle. Observations générales sur le droit du travail, le droit de la propriété intellectuelle et le droit des sociétés », préc., p.729, spéc. p.738.

envisagée dans un sens qui permette de limiter les antagonismes et au contraire d'inciter à la collaboration des parties.

524. L'analyse des grands principes régissant la propriété intellectuelle a permis de mettre en exergue quels étaient les points qui posent le plus difficulté de nos jours. Si l'on a pu déjà envisager quelques solutions faciles à mettre en œuvre, il reste que pour nombre d'entre elles, une réflexion globale préalable est nécessaire. On peut toutefois reconnaître que certaines garanties pourraient facilement être proposées.

SECTION II.

MISE EN PLACE DE GARANTIES

525. Certaines questions peuvent être résolues simplement à l'occasion d'une réforme législative d'ampleur limitée et permettre d'ores et déjà une clarification des régimes. Pour assurer la sécurité juridique de l'exploitation, il conviendrait donc que le législateur se prononce définitivement sur certains sujets qui font l'objet de tergiversations jurisprudentielles, comme la durée de la prescription, ou étende les solutions qu'il a adoptées dans un domaine particulier à l'ensemble de la propriété intellectuelle, comme il l'a fait pour la détermination des juridictions compétentes¹⁸⁹⁵. Ces questions procédurales ne sont pas anodines et l'adoption de solutions communes est un premier pas simple à franchir. Sur d'autres thématiques, comme le rôle de la négociation collective dans la détermination de la rémunération, les régimes adoptent des solutions diverses. Or on remarque que tant les réclamations des praticiens que les réformes du droit du travail ou de la propriété intellectuelle invitent à accorder à ces normes une place plus importante. D'autres questions sont plus polémiques : principe du consentement à l'exploitation, modalités de calcul de la rémunération, obligation d'exploiter, liberté de création du salarié et préservation de son droit moral, etc. Il est pourtant indispensable à une réforme d'ampleur de régler toutes ces questions. Les questions procédurales étant nécessairement liées au fond (nature et composition de la rémunération, nature du transfert des droits, etc.), il apparaît préférable de ne pas les traiter en amont de la discussion, quand bien même la mise en place d'une réforme paraît *a priori* plus simple. Aussi envisagera-t-on d'abord les garanties des libertés de l'employeur et du créateur salarié (I), puis les garanties concernant le calcul de la rémunération (II), pour finir par les garanties procédurales (III).

§ 1. GARANTIE DE LA LIBERTÉ

526. La liberté de création, que la création relève du domaine artistique, scientifique ou technique, relève des libertés fondamentales que le salarié pourrait donc invoquer à l'encontre de l'employeur, dont le pouvoir de direction pourrait être d'autant limité. Ainsi, les créateurs sont-ils placés dans un état de subordination particulièrement relatif. L'entreprise est toutefois

¹⁸⁹⁵ Loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon ; Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ; Loi 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

protégée elle aussi par des droits fondamentaux, au premier titre desquels se trouve la liberté du commerce et de l'industrie, qui comprend la liberté d'entreprendre. Conformément à la méthode particulière applicable aux droits fondamentaux, la conciliation de ces libertés doit être opérée. Mais avant de traiter la conciliation spécifique de la liberté de création et de la liberté d'entreprise (B), nous nous intéresserons à la conciliation des libertés du travail et d'entreprise (A) qui, pour être deux branches issue d'une même racine, n'en peuvent pas moins s'opposer lorsqu'elles servent deux intérêts contradictoires comme le sont parfois les intérêts du salarié et de l'employeur.

A. Conciliation entre liberté du travail et liberté d'entreprise

527. La liberté du travail doit parfois être conciliée avec la liberté d'entreprise. L'un des cas les plus classiques de cette nécessaire conciliation est le cas de la clause de non-concurrence. Doivent ici être conciliés l'intérêt de l'entreprise à ne pas voir des informations confidentielles délivrées à un concurrent par un ancien salarié et l'intérêt du salarié à pouvoir exercer son activité professionnelle et se prévaloir de l'expérience déjà acquise. De la même manière, la liberté du travail du salarié créateur exige que celui-ci puisse se prévaloir de son expérience créative et puisse présenter ses travaux antérieurs à une autre entreprise, et ce malgré la cession de droits éventuellement consentie à son ancien employeur. Par ailleurs, les libertés du travail et d'entreprise exigent tout à la fois la garantie des investissements et de l'exploitation, tant à l'égard du salarié que de son employeur.

528. **Garantie de pouvoir se prévaloir de son expérience et secret de fabrique.** La valeur de la force de travail du salarié créateur est essentiellement évaluée par rapport à son potentiel créatif. La liberté du travail du salarié implique la possibilité de changer d'emploi : le salarié peut mettre fin de manière unilatérale à une relation à durée indéterminée ; le salarié peut sauf clause de non-concurrence travailler pour un nouvel employeur même travaillant dans le même secteur que son ancien employeur. Pour négocier son salaire, le postulant doit pouvoir se prévaloir de ses expériences passées, des tours de mains qu'il a acquis, qui sont devenus inhérents à sa personne et qu'il pourra en tant que tels réutiliser, ainsi que de ses créations précédentes. Il est donc nécessaire d'organiser les conditions dans lesquelles il pourra présenter ses anciennes créations au moment de l'embauche. En matière de brevet, la preuve du potentiel créatif de l'inventeur est assurée par la citation du nom de l'inventeur dans la demande de brevet. Le brevet étant publié, le salarié pourra simplement se prévaloir de son invention, de son contenu et de sa pertinence. On notera donc l'importance de la citation du nom de l'inventeur par l'employeur au sein de la demande de brevet. Si l'invention n'est pas déposée, le nom de l'inventeur n'est pas publié. L'inventeur n'a donc aucune preuve de sa

qualité. On remarquera qu'en l'absence de dépôt, la jurisprudence est *a priori* favorable aux salariés puisque ceux-ci seront libres d'utiliser dans leur nouvelle entreprise le savoir-faire qu'ils ont acquis antérieurement, sous réserve des détournements de secret de fabrique¹⁸⁹⁶. La situation des salariés n'est toutefois pas si simple qu'il y paraît. A moins d'admettre avec le Professeur Azéma que l'invention par un salarié empêche désormais tout droit au secret¹⁸⁹⁷, la protection des secrets de fabrique implique pour le salarié une obligation de secret, quand bien même il serait l'auteur de l'innovation technique. En effet, comme le prévoit la combinaison des articles L.621-1 du Code de la propriété intellectuelle et L.1227-1 du Code du travail constitue un délit le fait pour tout directeur ou salarié de révéler ou tenter de révéler un secret de fabrique¹⁸⁹⁸. Or relèvent notamment du secret de fabrique les procédés brevetables non brevetés et les savoir-faire, dès lors qu'ils sont tenus cachés par l'entreprise¹⁸⁹⁹. Le détournement de secret de fabrique est constitué dès lors que le salarié révèle intentionnellement à son nouvel employeur, voire même à la société qu'il aurait lui-même créée, l'invention non brevetée alors qu'il savait que son ancienne entreprise tenait à ce que le procédé devait rester secret¹⁹⁰⁰. On peut s'interroger sur l'étendue du devoir de secret du salarié. Une telle obligation repose traditionnellement sur l'obligation de loyauté du salarié et sur des dispositions contractuelles spécifiques, de plus en plus courantes. On peut toutefois se demander si, à défaut de directives claires de la part de l'employeur¹⁹⁰¹, le salarié est

¹⁸⁹⁶ CA Paris, 5 mai 2004 : D. 2005, pan. 962, obs. J. Raynard ; PIBD 2004, III, p.636 ; Propr. ind. 2004, comm. n°15, obs. J. Schmidt-Szalewski. V. déjà CA Paris, 23 mars 1982 : D. 1983, IR, p.53, estimant qu'en dehors du détournement de secret de fabrique, les salariés sont libres d'utiliser le savoir-faire qu'ils ont acquis à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions au service de leur ancienne entreprise.

¹⁸⁹⁷ Cf. supra n°446.

¹⁸⁹⁸ Pour une définition, P. Roubier, *Traité*, préc. n°1580. Le secret n'est pas perdu par une révélation aux salariés : Cass. crim. 8 nov. 1920 : S. 1920, I, p.129. Ceux-ci y sont tenus. V. également Cass. crim. 29 mars 1935 : Gaz. Pal. 1935, I, p. 928.

¹⁸⁹⁹ Cass. crim. 19 sept. 2006, n°05-85360 : RTDCom. 2007, p.529n, obs. J.-C. Galloux, rappelant que la machine en cause présentait « une réelle originalité et que la complexité et le degré d'élaboration sont certains au regard des documents fournis et de la technicité mise en œuvre » ; que peu importait le fait qu'une machine semblable soit utilisée par trois autres entreprises, dès lors que le délit de révélation de secret de fabrique est constitué en cas de « divulgation d'un procédé de fabrication connu d'un petit nombre d'industriels et tenu caché à leurs concurrents ». V. également Cass. crim. 20 juin 1973, rejetant pourvoi contre CA Paris, 13 juin 1972 : Annales 1974, p. 85.

¹⁹⁰⁰ Cass. crim. 12 juin 1974, rejetant pourvoi contre CA Paris, 2 fév. 1973 : Annales 1974, p.97 : l'ingénieur connaissait le caractère secret du procédé, qui lui avait en outre été expressément rappelé au moment de son départ de l'entreprise. Tel n'est pas le cas si le procédé a fait l'objet de publications : Cass. crim. 15 avr. 1982, rejetant le pourvoi contre CA Limoges, 1^{er} juill. 1981 : PIBD 1982, III, p.207.

¹⁹⁰¹ Exprimées notamment au sein du règlement intérieur, de notes de service, de compte-rendus de réunions de travail ou d'entretiens annuels, ou de courriers individuels, de clauses du contrat de travail, d'avenants, qui pourraient être rédigés après information de l'employeur de l'innovation par le salarié ou au moment du départ du salarié de l'entreprise.

concrètement tenu au secret¹⁹⁰². L'intention délictueuse exige que le salarié ait conscience du caractère secret du savoir-faire. On peut se demander si la bonne foi contractuelle ne permet pas d'exiger d'un salarié chargé de missions de recherche et rompu aux techniques juridiques de protection des innovations techniques une obligation de secret. Dans le silence du contrat et à défaut d'information par l'employeur, tel n'est peut-être pas le cas des salariés non formés au droit de la propriété intellectuelle. A défaut d'introduction d'une clause de secret dans tous les contrats de travail, l'entreprise pourrait avoir intérêt à engager une politique de formation de ses salariés sur le sujet, ou intégrer cet élément stratégique dans sa politique de communication interne, dans sa démarche qualité ou ses process de production. Reste que l'inventeur salarié d'une invention non déposée ne pourrait, si l'employeur manifestait clairement sa volonté de protéger l'innovation par le secret, se prévaloir auprès de son futur employeur que de la qualité d'inventeur d'une invention qu'il ne peut décrire. On aperçoit ici l'importance de l'interdiction de révélation faite au salarié. Il n'est pas anodin pour la liberté du travail du salarié et sa capacité concrète à trouver un emploi en conformité avec sa formation et ses expériences que le délit de détournement de secret de fabrique soit constitué dès la divulgation de l'information et non au seul cas d'utilisation abusive du secret de fabrique. La liberté du travail cède ici devant la liberté d'entreprise ; l'intérêt de l'entreprise est protégé de manière à lui permettre de conserver son avancée technologique vis-à-vis de ses concurrents quand elle a choisi (et pris le risque de) la protection par le secret plutôt que l'attribution d'un droit privatif en contrepartie de la divulgation. On remarquera donc que, même si l'entreprise a choisi le secret et renoncé au droit privatif, grâce au contrat et à la protection pénale et civile des secrets de fabrique, elle dispose d'une certaine garantie de son monopole de fait sur ses savoir-faire. Cette particulière protection et les contraintes qu'elle impose au salarié justifient que le salarié soit rémunéré en l'absence même de dépôt ou d'exploitation.

529. **Propriété matérielle des collections.** En matière scientifique plus que technique se pose aussi avec acuité la question de la propriété scientifique des collections. Ainsi, la conservation de la collection par l'Université d'origine d'un chercheur qui souhaiterait être muté peut nuire à la poursuite de ses recherches et limiter d'autant sa mobilité professionnelle.

¹⁹⁰² La lecture des jurisprudences précitées démontre qu'il est essentiel de déterminer précisément à quelle condition le salarié est tenu au secret, à quelle condition il est possible de considérer que la société a suffisamment organisé le secret pour être protégée contre la révélation des secrets de fabriques. La cour d'appel de Paris, le 2 février 1973, avait mis en exergue la volonté de secret affichée par l'employeur, la présence de clauses dans le contrat de travail, le filtrage des visiteurs et la compartimentation du travail pour réserver à certains salariés la connaissance complète du procédé de fabrication et en exclure les ouvriers. L'absence de toute stratégie quant à l'organisation du secret, notamment l'absence d'information des salariés quant à leur rôle à cet égard pourrait sans doute se retourner contre l'entreprise.

Les chercheurs sont dès lors conduits à revendiquer la propriété des biens matériels qui constituent leurs outils de recherche et qui leur sont indispensables à la poursuite de leur activité scientifique¹⁹⁰³. Transposée en France, une telle situation juridique est à la croisée d'intérêts majeurs : la liberté du travail du chercheur, le droit de l'Université à défendre ses investissements et la propriété publique des résultats d'une recherche financée en tout ou partie sur fonds publics, la liberté de la recherche et l'intérêt supérieur de la recherche à voir progresser la recherche. L'intérêt particulier du chercheur ne peut que succomber face à l'intérêt général que met en œuvre l'Université en accomplissant ses missions de service public de recherche. La propriété publique est à ce titre justifiée. On peut toutefois se demander quel est le meilleur moyen d'encourager la recherche. Tout dépendra bien sûr de la part prépondérante ou non jouée par un chercheur particulier dans la constitution de la collection et l'exclusivité ou non du travail de ce chercheur sur cette collection. Si la collection est le résultat d'une recherche individuelle, on peut se demander si elle n'a pas vocation à suivre le chercheur, notamment si le chercheur est muté dans une autre université française. La loi Pécresse sur l'autonomie des Universités¹⁹⁰⁴ met en place néanmoins l'autonomie financière et patrimoniale des universités. Même si la loi ne contient pas de dispositions relatives à la valorisation de la recherche, on notera que l'esprit de la loi, loin d'encourager à la mutualisation des résultats de la recherche, incite au contraire à la création de fondations qui pourraient avoir vocation à être les gestionnaires de ces collections. Ces fondations émanant des universités, le chercheur qui ne souhaiterait pas abandonner le résultat de ses recherches en cours, devra renoncer à la mobilité. On notera toutefois que juridiquement ni sa liberté de travail, ni sa mobilité ne sont entravées. Ce sont simplement les circonstances de fait qui ne l'y incitent pas.

530. **Réunion des créations.** On peut s'intéresser à l'éventuel droit de l'auteur de rassembler ses œuvres au sein d'un press-book ou sur un site internet pour assurer la promotion de son travail créatif. Certes, selon l'article L.121-8, alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle, l'auteur bénéficie du « *droit de réunir ses articles et ses discours en recueils et de les publier ou d'en autoriser la publication sous cette forme* ». Toutefois, comme on l'a déjà observé, cet article, bien qu'aujourd'hui intégré au sein du chapitre consacré aux droits moraux de l'auteur, est à la croisée des attributs moraux et patrimoniaux du droit d'auteur¹⁹⁰⁵. Aussi la jurisprudence, certes antérieure à la codification, a-t-elle considéré que le journaliste salarié

¹⁹⁰³ F. Bellivier et C. Noiville, *Contrats et vivant*, préc.

¹⁹⁰⁴ Loi n°2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités.

¹⁹⁰⁵ Cf. supra n°388 et s.

pouvait renoncer au droit de réunir ses œuvres en un recueil à l'occasion d'une cession¹⁹⁰⁶. En outre, à supposer que cette possibilité n'ait pas été écartée par le contrat de cession, le seul acte d'exploitation autorisé est celui de publier ou d'autoriser la publication du recueil. Ainsi, semble être autorisée la reproduction d'exemplaires, par exemple d'un press-book, aux fins de distribution à des futurs employeurs potentiels. Tel n'est pas le cas de la diffusion sur un site internet, qui relève de la représentation. Par ailleurs, on remarquera que le champ d'application de cette disposition est limité aux articles et discours et ne concerne donc pas les créations graphiques, artistiques, musicales et encore moins logicielles. Si l'on ne peut réduire le bénéfice de cette disposition aux seuls journalistes, le genre de l'œuvre est ici fondamental. Il conviendrait à tout le moins, par analogie, d'étendre le champ d'application de la disposition à l'ensemble des genres d'œuvres protégées. Surtout, il serait souhaitable que tout auteur puisse se prévaloir de ses créations antérieures et, à cet effet, puisse représenter ou reproduire ses œuvres aux fins de recherche d'emploi ou de prospection commerciale s'il agit au titre d'indépendant. L'exploitation visée ici n'est pas une exploitation de nature à concurrencer l'ancien employeur et atteindre à sa liberté d'entreprise mais à permettre à l'auteur de faire la démonstration de son potentiel créatif et mettre en œuvre sa propre liberté du travail et d'entreprise. La liberté d'entreprise doit permettre la garantie des investissements et de l'exploitation qu'ils soient consentis et mis en œuvre par le salarié ou l'employeur. A ce titre, il est sans doute nécessaire pour opérer la conciliation de ces libertés de toujours analyser les caractéristiques de l'exploitation en cause, et notamment sa destination¹⁹⁰⁷.

531. **Obligation d'exploitation et liberté d'exploiter.** La singularité des relations entre l'employeur et son salarié devrait être prise en compte pour aboutir, en certaines situations exceptionnelles, à des régimes spécifiques. En effet, lorsque l'employeur a revendiqué la propriété de l'invention, a payé au salarié soit une rémunération supplémentaire, soit un juste prix¹⁹⁰⁸, a procédé au dépôt de l'invention et finalement n'exploite pas, le salarié est privé *de facto* de l'exploitation et de la rémunération de celle-ci alors que celles-ci relèvent de la décision unilatérale de l'employeur. Selon certaines entreprises, il y a ici un intérêt économique à ces dépôts : l'intérêt économique n'est pas pour elles d'exploiter mais d'empêcher les autres de breveter la même invention et de l'exploiter. Autrement dit, les concurrents pour exploiter cette invention devront négocier avec l'entreprise déposante ou engager une procédure de licence obligatoire, qui suppose l'écoulement d'un certain délai (temps de constater l'absence

¹⁹⁰⁶ Civ. 1^{re}, 6 nov. 1979 : D. 1980, IR p.207.

¹⁹⁰⁷ Cf. supra n°269 et s.

¹⁹⁰⁸ A défaut, on peut se demander si le salarié ne pourrait pas revendiquer le droit au titre.

d'exploitation, temps de la procédure), qui permettra à l'entreprise déposante de maintenir son avance technologique et d'asseoir l'exploitation de ses propres produits. Une telle politique est ici contraire à la philosophie de la propriété intellectuelle, qui est conçue comme une incitation à la création. Les licences d'office¹⁹⁰⁹ peuvent permettre d'imposer la mise en œuvre de l'exploitation. Des dispositifs particuliers permettant une rétrocession simplifiée en l'absence d'exploitation pourraient être mis en place dans le cadre de la relation employeur-salarié, si le salarié souhaitait mettre en œuvre lui-même l'exploitation. Une jurisprudence très spécifique est à ce sujet particulièrement intéressante. Ainsi, la cour d'appel de Paris, le 23 janvier 1990¹⁹¹⁰ a eu à juger d'un litige entre l'employeur et son salarié à propos d'une invention hors mission attribuable : la CNIS avait classé l'invention hors mission attribuable, attribué l'invention à la société, ordonné le paiement d'un juste prix à l'inventeur (que les parties doivent déterminer par accord, à défaut la CNIS fera ultérieurement une proposition). En attendant le résultat de la négociation, la CNIS accorde au salarié 50 000 francs à titre de provision. La société dépose donc le brevet, demande une extension pour le Canada, les États-Unis et l'Espagne, seuls pays constructeurs d'avions où des concurrents seraient susceptibles d'être intéressés par le brevet. L'employeur, après étude, prend conscience que le brevet est trop onéreux à mettre en œuvre et propose une rétrocession au salarié pour 100 francs, ce que le salarié accepte. La société continue néanmoins d'accomplir les procédures de dépôt puis demande au salarié le remboursement des frais liés à ces procédures, d'où la saisine des juridictions judiciaires. La cour d'appel comme le tribunal de grande instance ont considéré dans cette espèce que l'entreprise a été propriétaire de l'invention du fait que les parties ont demandé l'*exequatur* de la décision de la CNIS, ce qui vaut accord entre les parties. Ils ont qualifié ensuite la « rétrocession » de cession de brevet à la date d'acceptation par le salarié de la proposition de la société. Ils ont donc rejeté la demande de la société en remboursement des frais de protection du brevet puisque ces frais ont été exposés pour partie à une époque où elle était propriétaire du brevet. Pour les frais exposés postérieurement à la cession de brevet, la cour considère que la société s'est comportée en gérant d'affaires et qu'elle aurait dû rétablir le salarié dans ses droits au plus tôt. Les juridictions rejettent en revanche la demande de dommages et intérêts du salarié considérant que la société avait suffisamment assuré la protection de l'invention en déposant l'invention dans tous les pays à vocation de motoriste d'avion. Aucune négligence ne peut donc être reprochée à l'employeur. Le salarié ne peut non plus reprocher l'absence d'exploitation du brevet à la société dès lors que l'absence

¹⁹⁰⁹1909 CPI, art. L.613-11.

¹⁹¹⁰1910 CA Paris, 23 janv. 1990 : Annales 1990, p. 121.

d'exploitation n'est pas due à son propre fait mais à raison du coût élevé de la mise en service de l'invention, qui l'a conduite à renoncer au brevet. La cour d'appel considère enfin que les 50 000 francs versés par la société au salarié au titre de provision n'ont pas à être restitués et qu'ils valent redevances dues au salarié¹⁹¹¹. Le juste prix dû au salarié ne fait pas l'objet d'une réévaluation puisque la cession initiale a fait l'objet d'une rétrocession : selon les juges, « *il convient à cet égard de rappeler que le prix des droits afférents à ce brevet n'a jamais été évalué, faute d'éléments d'appréciation nécessaires et qu'il devait faire l'objet dans l'année soit d'un accord soit d'une proposition de la CNIS ; que quelques mois après le règlement de cette somme de 50 000 francs la société (...), qui avait aussi engagé des dépenses importantes pour la protection du brevet à l'étranger, renonçait à son droit d'attribution et souhaitait rétrocéder ses droits [au salarié] pour la somme de 100 francs, ce qui démontre à l'évidence, la perte de valeur de ce brevet* ». Il n'est pas non plus réévalué à la baisse et la provision n'a pas à être restituée car la « rétrocession » ne doit pas être un moyen pour l'employeur de faire peser sur le salarié ses choix juridiques et économiques (levée d'option puis rétractation, dépôt de brevet puis non-exploitation). L'enchaînement de mécanismes tels que la cession et la « rétrocession » présente une certaine complexité. Cette jurisprudence a le mérite de pointer la responsabilité de l'employeur dans ses choix, contrepartie du pouvoir exorbitant qui lui est accordé par la loi et lui permet de décider unilatéralement de la propriété de l'invention hors mission attribuable. Le mécanisme de la licence d'office semblerait également pertinent et pourrait être encouragé puisqu'il incite l'employeur à exploiter les inventions exploitables, permet au salarié de revendiquer le droit d'exploiter l'invention qu'il a créée en l'absence d'exploitation par l'employeur, ce qui est conforme au principe de faveur à l'exploitation ; et permet en même temps d'associer l'employeur et le salarié aux résultats de l'exploitation de l'invention à la création de laquelle ils ont tous deux participé. Une obligation d'exploitation permanente et suivie des créations des salariés pourrait également être mise à la charge de l'employeur, comme elle l'est aujourd'hui pour l'éditeur de l'auteur d'une œuvre de l'esprit¹⁹¹². L'absence d'exploitation conduirait ici à la résiliation du contrat, voire au versement de dommages et intérêts. La résiliation du contrat aboutirait à ce que le salarié redevienne propriétaire de la création, dont il pourrait mettre en œuvre l'exploitation. Une telle solution, surtout si elle reposait sur un mécanisme simple d'information¹⁹¹³ permettrait d'encourager les exploitations,

¹⁹¹¹ La cour évoque ici un préjudice dont la nature n'est pas précisée. On peut penser qu'il s'agit de la levée d'option et de l'absence de propriété pendant le temps d'analyse de l'intérêt de l'invention menée par l'employeur.

¹⁹¹² CPI, art. L.132-12. On précisera que cette obligation est appréciée selon les « usages de la profession », ce qui permet de tenir compte de la réalité du potentiel d'exploitation des créations.

¹⁹¹³ En l'absence d'exploitation permanente et suivie par l'employeur, le salarié pourrait exploiter sa création sous réserve d'en informer l'employeur et en l'absence d'opposition de celui-ci, et sous réserve de citer la

de résoudre les difficultés liées à une cession trop large des droits limitant d'autant la liberté du créateur salarié, tout en préservant l'entreprise pendant le temps de l'exploitation qu'elle met elle-même en œuvre et constituerait une véritable conciliation entre liberté du travail et liberté d'entreprise. D'autres conciliations pourraient être mises en œuvre pour préserver les libertés de création et d'entreprise du salarié et de l'employeur.

B. Conciliation entre liberté de création et liberté d'entreprise

532. **Liberté de création et subordination.** L'état de subordination implique nécessairement une certaine renonciation de l'auteur à sa liberté de création dans la mesure où il se doit de respecter les directives de son employeur. Le créateur n'est toutefois pas privé de toute liberté. En effet, à défaut de toute possibilité d'expression personnelle, le salarié ne serait plus qu'un exécutant et la qualité de créateur appartiendrait à un autre, celui qui dirige la main servile¹⁹¹⁴. La subordination n'exclut donc pas la liberté de création et il va falloir au contraire concilier les impératifs liés d'une part à la liberté de création et d'autre part ceux liés à la subordination. D'abord, on peut reconnaître que le créateur a, par l'acceptation du contrat de travail, accepté que ce soit l'employeur qui détermine les missions créatrices qui lui seront confiées. On remarque toutefois que le pouvoir de direction de l'employeur s'exerce dans le respect du contrat de travail. Autrement dit, l'employeur doit respecter la qualification du salarié. Il ne peut lui imposer une mission créatrice qui ne correspondrait pas à son poste, à sa formation ou à son expérience. Si le salarié acceptait de travailler dans un domaine technique, littéraire ou artistique qu'il ne maîtrise pas et en dehors de sa qualification, l'employeur ne saurait lui reprocher son incompétence. Le créateur qui a accepté une mission créatrice dans le cadre d'un contrat de travail a, en revanche, accepté, sauf mention contraire du contrat de travail¹⁹¹⁵, de se soumettre aux directives de l'employeur quant au choix des sujets à traiter, des recherches à mener. De la même manière, le salarié devra se soumettre à l'employeur quant aux conditions dans lesquelles il exerce son activité créatrice. C'est l'employeur, l'investisseur, qui détermine les conditions matérielles du travail créatif. Or les moyens matériels, humains, financiers et temporels mis à la disposition du salarié orientent plus ou moins directement ses recherches techniques ou esthétiques. C'est aussi l'employeur qui détermine les modalités d'exploitation des créations. Or ces modalités d'exploitation déterminent aussi en partie la

première exploitation et le nom de l'employeur. Une condition préalable de mise en demeure d'exploiter ne semble pas pertinente dans un contexte de relation employeur-salarié.

¹⁹¹⁴ Cf. supra n°139.

¹⁹¹⁵ Par exemple en cas de contrat à durée déterminée et de précision dans le motif du contrat d'une mission spécifique (création d'une œuvre ou programme de recherche spécifique).

forme définitive de la création : selon le produit que l'employeur souhaite exploiter, selon les choix stratégiques de l'entreprise, l'invention déposée sera une invention de procédé ou de produit, la recherche des applications techniques d'une découverte scientifique sera orientée en fonction de la spécialité ou des stratégies de l'entreprise ; le format de l'œuvre, la charte graphique à laquelle elle est soumise sont des contraintes que l'auteur devra intégrer. La liberté de création des inventeurs est, elle, garantie par la liberté de la recherche mais celle-ci ne concerne que les chercheurs publics¹⁹¹⁶, qui s'ils doivent tenir compte des moyens de leur université ou de leur organisme de recherche, peuvent déterminer au moins indirectement les priorités de recherche, les chercheurs étant largement impliqués dans les choix scientifiques de l'université. Pour les inventeurs salariés relevant du droit privé, la liberté de création est annihilée par le statut de salarié. On mesure ici l'importance du fait que la liberté de création littéraire et artistique soit rattachée à la liberté d'expression : l'employeur ne peut s'y soustraire définitivement puisqu'il s'agit d'une liberté fondamentale ; les restrictions devront être justifiées par la tâche à accomplir et le but recherché¹⁹¹⁷. C'est à l'aune de ces principes que l'exercice réciproque du droit moral et du pouvoir de direction devront être appréciés.

533. **Droit moral et subordination.** Évoquant le droit moral, nous n'évoquerons que le droit d'auteur, le droit moral de l'inventeur étant réduit à sa portion congrue et n'emportant pas de protection de la liberté de création de l'inventeur. La dimension culturelle du droit moral¹⁹¹⁸ confère à ce droit une supériorité par rapport au pouvoir de direction de l'employeur, droit individuel, et explique pourquoi l'employeur ne saurait imposer à son salarié des modifications de l'œuvre qu'il a créée, la divulgation d'une œuvre inachevée ou lui interdire de revendiquer la paternité de l'œuvre qu'il a créée, ou au contraire d'exercer son droit à l'anonymat ou son droit de retrait ou repentir. L'exercice de ces droits ne peut être limité, la loi n'y prévoit pas de dérogation. Au contraire, elle rappelle le principe d'indifférence de l'existence d'un engagement de création sur l'exercice des droits d'auteur¹⁹¹⁹. A cet égard, la réforme du droit d'auteur des agents publics n'est pas anodine : on comprend bien que l'Administration exécute ses missions de service public dans l'intérêt général et que l'action de l'Administration ne peut être entravée par l'exercice de droits individuels, les limites au droit moral prévues par l'article L.121-7-1 du Code de la propriété intellectuelle étaient-elles pour

¹⁹¹⁶ En ce qu'elle a été reconnue comme étant garantie constitutionnellement par le Conseil Constitutionnel.

¹⁹¹⁷ Crav., art. L.1121-1 : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

¹⁹¹⁸ Cf. supra n°312.

¹⁹¹⁹ CPI, art. L.111-1, al. 3 et 4.

autant indispensable ? Le législateur a reconnu en partie, mais de manière très implicite, le caractère exorbitant des limitations imposées en excluant du champ d'application de la réforme les agents publics autonomes quant à la publication de leurs œuvres¹⁹²⁰. Le droit positif distingue donc désormais entre agents autonomes dans la publication de leurs travaux et agents non autonomes. Ces agents non autonomes sont des agents dont la liberté d'expression est limitée du fait de la nature de leurs fonctions. Tel est le cas des agents soumis à devoir de réserve et plus généralement de ceux pour lesquels l'exercice du droit de divulgation est soumis au contrôle de l'autorité hiérarchique. La loi considère ici clairement que la créativité dans le cadre d'une relation subordonnée peut être soumise au pouvoir de direction du supérieur hiérarchique, qui, du fait du contrôle de la divulgation des œuvres peut disposer du pouvoir de contrôler la forme de l'œuvre et imposer des modifications, sous réserve de l'intérêt du service et de l'atteinte à l'honneur et à la réputation de l'agent¹⁹²¹, ces derniers pouvant être préservés par une communication au public anonyme ou sous le nom d'un autre agent. Pourtant, eu égard au droit supranational, l'exercice de la liberté d'expression peut certes être soumis à formalités, conditions, restrictions ou sanctions et la loi ne peut prendre que les « *mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* »¹⁹²². La limitation de la liberté d'expression des agents publics devrait donc être justifiée par un des impératifs sus-énoncés. L'action administrative en elle-même ne devrait donc pas suffire à justifier les atteintes au droit moral de l'agent constituant une atteinte à sa liberté d'expression. Bien sûr, dans nombre d'hypothèses, les consignes du supérieur sont suivies par l'agent et les parties conviennent ensemble de la forme définitive de l'œuvre. On peut se demander si l'article L.121-7-1 permet réellement de réduire les risques de conflits évoqués par l'Administration pour justifier la nécessité de la réforme, risques non constatés par des contentieux. De telles dispositions peuvent au contraire cristalliser les crispations, d'autant que la différence de traitement selon les catégories d'agents peut être mal perçue. Il semble nécessaire de régler de manière équivalente la situation des salariés et des agents publics. Peut-être serait-il utile de rappeler la nécessité de la préservation de la liberté de la création et celle

¹⁹²⁰ Une exception a été mise en place pour garantir l'indépendance des chercheurs, des magistrats et autres agents publics dont la parole doit être libre et leur garantir la jouissance d'un droit moral plein et entier.

¹⁹²¹ CPI, art. L.121-7-1.

¹⁹²² Convention EDH, art. 10, 2°.

de la liberté d'entreprise en affirmant que l'existence d'un contrat de travail ou le statut d'agent public n'empêche pas de déroger à l'exercice du droit moral mais que l'abus dans l'exercice de ce droit peut faire l'objet d'une sanction disciplinaire. Pour aller plus loin et admettre une divulgation de l'œuvre, en sa forme définie par l'auteur ou en une forme modifiée, par le titulaire du pouvoir de direction ou de l'autorité hiérarchique, il faudrait admettre, comme cela existe pour faciliter la création des œuvres audiovisuelles¹⁹²³, une possibilité d'achèvement de l'œuvre par un tiers sans que l'auteur ne puisse s'y opposer, celui-ci pouvant seulement s'opposer à une divulgation sous son nom. L'exercice du droit de retrait et de repentir pourrait également être limité à la paternité de l'œuvre¹⁹²⁴. L'auteur conserverait en revanche un droit moral plein et entier sur la version divulguée de l'œuvre. Pour être pleinement efficace, l'exercice du droit d'opposition à la divulgation sous son nom du créateur ne doit pas avoir d'incidence sur sa rémunération¹⁹²⁵.

§ 2. GARANTIE DE LA RÉMUNÉRATION

534. La garantie de la rémunération des créateurs passe par la garantie de l'existence de la rémunération mais aussi de son niveau. Or nombreux sont les praticiens et auteurs de doctrine qui appellent à un recours plus important, voire systématique aux normes collectives pour fixer la rémunération des créateurs subordonnés. En effet, la mise en place de règles de calcul communes ou de *minima* de rémunération permet de garantir l'existence d'une rémunération minimale (A). La mise en place de telles normes présente par ailleurs l'avantage d'éviter de multiplier les négociations individuelles, sans pour autant les exclure définitivement. La rémunération des créateurs doit en effet pouvoir être adaptée à la réalité de la valeur de la création, ce que peut garantir le principe d'équité (B).

A. Garantie d'une rémunération minimale

535. **Dépasser la négociation individuelle.** Les propositions doctrinales en matière de droit d'auteur s'accordent à reconnaître la nécessité de simplifier l'expression du consentement de l'auteur à l'exploitation par l'employeur. Si les propositions sont prolixes sur cette question, la question de la rémunération reste, elle, plus délicate, les auteurs renvoyant pour l'essentiel à

¹⁹²³ CPI, art. L.121-5 et L.121-6.

¹⁹²⁴ On notera que la condition actuelle d'indemnisation préalable de l'exploitant suffit déjà aujourd'hui à limiter fortement l'exercice de cette faculté en pratique.

¹⁹²⁵ A défaut, le créateur devra arbitrer entre faire respecter son droit moral ou son droit patrimonial. Il doit pouvoir exiger que son droit d'auteur soit respecté dans ses deux dimensions.

la négociation individuelle ou collective. Or il n'est pas évident que ce renvoi soit suffisant : les auteurs n'ont-ils pas intérêt autant que les employeurs à l'exploitation des œuvres qu'ils ont créées pour lui ? N'est-ce pas justement sur la question de la rémunération de cette exploitation que le bât blesse ? Dispenser les parties de négocier quant aux conditions d'exploitation tout en exigeant la négociation de la rémunération revient à maintenir l'exigence de négociation. Certes, le recours à la négociation collective constitue une avancée : si elle détermine un *minima* de rémunération, elle fixe aussi un standard pour évaluer cette rémunération et fixe en quelque sorte des limites factuelles à la négociation. Par ailleurs, les employeurs sont rompus à la négociation collective, annuelle et obligatoire dans les entreprises où il existe au moins une section syndicale¹⁹²⁶, ou, pour les plus petits, peuvent se remettre aux négociations de branche. La négociation collective présente au moins l'avantage de déplacer la négociation entre l'employeur-exploitant et le créateur-salarié à la négociation entre « partenaires sociaux ». Toutefois, les exemples existants, que ce soit en propriété industrielle ou en droit d'auteur, n'augurent pas d'une solution miracle aux conflits en la matière et à l'éviction de la négociation individuelle¹⁹²⁷. Il est peu probable que les partenaires sociaux, et notamment les représentants des salariés, se saisissent de la problématique des créateurs salariés, à supposer qu'ils les considèrent comme des salariés spécifiques pour lesquels un statut spécifique doit être aménagé, sauf dans les secteurs où les créateurs sont majoritaires au sein de la communauté de salariés, ou fortement et spécifiquement représentés ou pour lesquels les employeurs ont eux-mêmes intérêt à la négociation collective et seront prêts à consentir des contreparties pour ces négociations¹⁹²⁸. On peut d'ailleurs s'interroger sur le niveau pertinent de négociation en la matière¹⁹²⁹. En matière de brevets, la loi renvoie

¹⁹²⁶ Ctrav., art. L.2242-1.

¹⁹²⁷ V. en ce sens, L. Draï, *Le droit du travail intellectuel*, préc. Cf. supra n°167 et s ; 433 et s.

¹⁹²⁸ Comme c'est le cas dans les entreprises de presse, les journalistes étant représentés par leur syndicat ou des sections spécialisées de syndicats traditionnels ; ou dans le secteur de l'audiovisuel par exemple. Dans ces deux secteurs, on remarque que la négociation collective est possible et réellement mise en œuvre.

¹⁹²⁹ Les études des économistes sur les relations entre négociation collective, niveau de salaire, performance économique et chômage laissent à penser que d'un point de vue macro-économique, plus la négociation collective intervient à un niveau élevé et distant de la problématique de l'entreprise, plus elle est pertinente économiquement. On remarquera d'ailleurs que la négociation de la rémunération reste soumise au principe de faveur : en la matière, les négociations interprofessionnelles ou de branche continuent de s'imposer aux entreprises (Ctrav. art. L.2253-3). V. P. Cahuc et A. Zylberberg, *Economie du travail, La formation des salaires et les déterminants du chômage*, préc., spéc. p. 507 et s., analysant la notion de corporatisme telle qu'elle est définie en science politique par Cameron et Crouch et mesurée par l'indice proposé par Bruno et Sachs, « *indice indiquant l'influence des syndicats centralisés de salariés sur la formation des salaires, le degré de coordination des employeurs, le pouvoir des syndicats dans les entreprises et la présence de comités d'entreprise (work councils)* », cette dernière variable [ayant] pour but de prendre en compte le « degré de consensus » entre les employeurs et les salariés ». Bruno et Sachs ont démontré que « les pays caractérisés par un important degré de corporatisme ont aussi les meilleures performances ».

expressément à la négociation collective et impose en principe, pour l'extension des conventions collectives de branche, qu'elles contiennent des dispositions relatives à la rémunération des inventeurs salariés. Au vu des résultats médiocres de cette prescription¹⁹³⁰, le spécialiste de la question des droits des inventeurs salariés propose la mise en place, sur le modèle du secteur public, d'un mode légal de calcul de la rémunération due aux inventeurs salariés¹⁹³¹. Cette rémunération devrait, selon lui, prendre la forme d'un intéressement des inventeurs salariés aux bénéfices d'exploitation de leurs inventions. Il considère que cette rémunération doit relever des anciens articles L.441-1 et suivants du Code du travail (devenus L.3311-1 et suivants) relatifs à l'intéressement des salariés. Il exclut toutefois la limitation le montant global de l'intéressement à 20% des salaires bruts des salariés. En effet, au-delà du mécanisme d'intéressement classique, applicable à tous les salariés de l'entreprise, les inventeurs salariés devraient, d'après Me Martin, faire l'objet d'un intéressement particulier aux résultats d'exploitation de leurs inventions. Cet intéressement spécifique, lié à la qualité d'inventeur, aurait vocation à se superposer à l'intéressement général accordé à l'ensemble des salariés de l'entreprise : le montant de l'intéressement global des inventeurs salariés ne peut donc être limité au maxima de l'intéressement général. Le principe de proportionnalité exclut par ailleurs la prévision d'un maxima à l'association de l'inventeur au succès de sa création. Considérant que cette rémunération doit être assimilée à un intéressement, Me Martin propose qu'elle soit versée annuellement. Toutefois, la cause de cette rémunération n'étant pas la participation du salarié à l'activité de l'entreprise mais l'exploitation de l'invention du salarié

économiques », ce que confirme le classement des pays par corporatisme décroissant qu'ils proposent (Autriche, Allemagne, Pays-bas, Norvège, Suède, Suisse, Danemark, Finlande, Belgique, Japon, Nouvelle Zélande, Royaume-Uni, France, Italie, Australie, Canada, États-Unis). D'autres études démontrent que le degré de corporatisme a une influence négative sur l'inflation. V. également p. 507-508 : « on a souvent avancé l'idée selon laquelle des structures de décisions décentralisées entraîneraient des défauts de coordination. Dans une telle structure, les agents prennent leurs décisions sans être capables d'en mesurer toutes les conséquences car ils négligent les réactions en chaîne de leurs partenaires. Le corporatisme serait alors un moyen de pallier les inconvénients de la décentralisation et d'améliorer les performances économiques. Plus précisément, Bruno et Sachs ont soutenu que les négociations décentralisées conduisent à une surenchère sur les salaires nominaux pouvant être supprimée par une meilleure coordination des décisions individuelles. Ainsi, un syndicat décentralisé qui négocie des salaires nominaux pour les seuls travailleurs qu'il représente ne tient pas compte du fait que des négociations analogues se déroulent dans tous les autres bassins d'emploi et, qu'en définitive, les variations des salaires nominaux vont avoir des conséquences sur le niveau général des prix et donc aussi sur les salaires réels. On aboutit ainsi à un effet cumulatif où toute augmentation de salaire d'un bassin d'emploi se répercute sur le niveau général des prix et induit une augmentation du salaire nominal exigé lors des négociations dans les autres bassins d'emploi. Cette surenchère sur les salaires nominaux résulte d'un défaut de coordination. (...) le corporatisme permet de limiter l'inefficacité de négociations collectives décentralisées grâce à une double coordination, entre les objectifs des firmes et des travailleurs pour ce qui concerne l'investissement, et entre les syndicats pour ce qui concerne les salaires nominaux ».

¹⁹³⁰ Cf. supra n°433 et s.

¹⁹³¹ J.-P. Martin, « Les rémunérations d'inventions de mission du secteur privé : une loi pour réduire les distorsions avec le secteur public », Propr. Ind. 2006, Etudes n°1.

par l'entreprise, cet intéressement serait dû même après le départ du salarié de l'entreprise. On notera enfin que Me Martin soumet ces sommes aux règles applicables à l'intéressement : l'inventeur peut les affecter à un plan d'épargne entreprise et les laisser bloquées pendant cinq ans, leur montant est communiqué annuellement, indépendamment des autres rémunérations ; elles n'ont pas le caractère de salaire au sens de l'article L.242-1 du Code de la sécurité sociale, ni de l'ancien article L.441-6 du Code du travail (devenu L.3315-1). On peut se demander si la comparaison de l'intéressement des inventeurs au succès de leurs inventions avec le mécanisme de l'intéressement est vraiment pertinente. D'abord, l'intéressement est une technique d'association collective de la communauté de salariés aux résultats de l'entreprise. Or l'association au succès de l'invention est nécessairement individuelle et personnelle et liée à la qualité d'inventeur (fait créatif personnel) et non de salarié. Ensuite, l'intéressement associe les salariés en principe au bénéfice de l'entreprise, ou au résultat d'exploitation de l'entreprise, mais pas à l'exploitation d'un produit ou d'un service spécifique. Une association des seuls inventeurs au bénéfice de l'entreprise ne paraîtrait pas légitime. En réalité, lorsque l'on analyse la formule de calcul de l'intéressement proposée par Jean-Paul Martin¹⁹³², on constate qu'il s'agit d'un intéressement individuel, calculé en fonction de la participation personnelle du salarié au processus créatif et en fonction du chiffre d'affaires généré par l'exploitation de l'invention qu'il a créée. Si l'on peut admettre l'intérêt de mettre en place une rémunération supplémentaire au profit des inventeurs salariés, qui pourrait prendre la forme d'une rémunération proportionnelle, celle-ci ne devrait pas pouvoir être assimilée en tant que tel à un mécanisme d'intéressement relevant des articles 3311-1 et suivants du Code du travail. Ceci ne devrait pas empêcher d'appliquer à cette rémunération supplémentaire un régime comparable, notamment quant au versement annuel (après opérations comptables de fin d'exercice), quant à la possibilité d'affecter ces sommes à un plan épargne entreprise ou retraite, quant au régime social et fiscal favorable, qui peut se justifier par le fait que la rémunération supplémentaire est moins ici la rémunération du travail que la contrepartie à un transfert de propriété et qu'il s'agit d'une mesure fiscale et sociale en faveur des efforts en recherche et développement¹⁹³³. Me Martin prévoit que la formule légale serait à adapter en cas de concession de licence ou en l'absence d'exploitation commerciale selon des modalités prévues par un décret en Conseil d'État. Il est important d'observer que pour Jean-Paul Martin cet intéressement spécifique a pour cause l'acte créatif et se distingue d'un intéressement fondé sur la seule qualité de salarié.

¹⁹³² $I = VxLxP$; I représentant l'intéressement, V l'assiette de référence pouvant être le chiffre d'affaires, L le taux de licence et P le coefficient exprimant le taux de participation de l'inventeur à l'invention.

¹⁹³³ Comme il existe des incitations à embaucher des salariés pour le développement des jeunes entreprises innovantes.

Il évoque d'ailleurs à plusieurs reprises le *genius flash* qui seul donne droit à rémunération¹⁹³⁴ et prévient contre les reconnaissances de complaisance de la qualité d'inventeur, qui doit relever d'une définition technique et non de l'honneur ou de la récompense morale. L'acte créatif en matière d'invention est aussi difficile à qualifier qu'en matière littéraire et artistique. Il n'est pas ici de genres d'apports créatifs permettant d'établir une présomption de qualité d'inventeurs. La difficulté ne doit pas nécessairement faire reculer. La qualification n'est-elle pas justement l'art délicat du juriste ? Plutôt que de rémunérer collectivement, et finalement peu, l'ensemble des salariés du secteur R&D, il invite donc à la restriction de l'octroi de la qualité d'inventeurs et la seule mais véritable récompense des créateurs. Quand bien même le consentement à l'exploitation par l'employeur n'est pas ici mis en exergue, l'esprit de cette proposition relève bien de la distinction du travail et de la création. Si Jean-Paul Martin fait appel à des dispositions relevant du droit du travail, il ne se réfère pas aux mécanismes collectifs qui semblent en la matière poser des garanties nécessaires mais encore insuffisantes. Le droit des brevets ayant depuis longtemps prévu le recours à la négociation collective, on doit tenir compte des lacunes que ce système n'a pas comblées pour appréhender une réforme du droit d'auteur. Il semble à ce titre qu'un régime légal au moins supplétif soit nécessaire au bon fonctionnement d'une telle réforme, et qu'il devrait prévoir, par voie réglementaire, soit les modalités de calcul, soit un montant forfaitaire minimum.

536. **Rémunération supplémentaire et statut collectif.** La négociation collective est un outil intéressant en ce qu'elle permet d'adapter à la réalité des situations au sein de chaque branche les modalités de calcul de la rémunération due aux salariés. La négociation collective permet par ailleurs la mise en place de *minima* garantis qu'un créateur au succès confirmé pourra toujours renégocier. Si l'on part du principe que la négociation contractuelle n'est pas le moyen le plus pertinent de mettre en place la rémunération de l'exploitation des créations, alors, il convient de mettre en place des dispositions légales, au moins supplétives de volonté¹⁹³⁵. Il faut en effet remarquer que beaucoup d'entreprises innovantes sont des petites

¹⁹³⁴ J-P Martin, *Droit des inventions de salariés*, préc. ; *contra* note J.-C. Galloux sous TGI Paris, 1^{er} fév. 2006 : *Propri. Intell.* 2006, n°20, p.348 : le tribunal considérerait qu'en se limitant à émettre des idées que la société X a matérialisées dans une première esquisse et alors qu'une autre personne a transformé cette esquisse en invention brevetable, le salarié ne peut être considéré comme co-inventeur. « Cette approche, beaucoup inspirée du droit d'auteur, nous semble contestable en matière de brevet. L'invention brevetable est le fruit d'un processus qui s'échelonne de la conceptualisation à la réalisation concrète, comme le reconnaît la jurisprudence lorsque le contrat de travail de l'inventeur ne recouvre pas entièrement cette période. La question n'est pas de savoir si la contribution est en elle-même brevetable, mais si cette contribution était nécessaire pour que l'invention fût réalisée si le salarié a contribué de manière décisive à celle-ci ».

¹⁹³⁵ Pour une critique de l'influence croissante des employeurs sur la teneur du droit, sur le déséquilibre de fait de la négociation collective et le rappel de l'absence de légitimité démocratique de la négociation collective, ce qui devrait conduire à éviter les cas où la négociation collectives n'est pas encadrée par des dispositions

entreprises qui peuvent être en difficulté pour mettre en place un accord d'entreprise¹⁹³⁶. A défaut de dispositions au sein de la convention nationale de branche, ces entreprises ne pourront que se référer au contrat. Une autre solution peut consister en la négociation d'un accord interprofessionnel. Si elle est négociée collectivement, la rémunération supplémentaire ne devrait plus être considérée comme la contrepartie financière d'une cession mais devrait avoir la nature juridique d'un complément de salaires. La solution la plus simple consistera évidemment à préférer une rémunération supplémentaire forfaitaire, qui pourrait prendre la forme d'un système de versement de primes, dont le montant minimal est fixé par voie réglementaire. Ce système pourrait également être organisé collectivement par branche, quant aux faits générateurs des primes et aux montants minimaux à verser, à la périodicité des versements, en fonction des exploitations prévisibles au niveau de la branche, quitte à prévoir que toutes exploitations non prévues par l'accord collectif fait l'objet du versement d'une prime supplémentaire dont le calcul est déterminé par accord d'entreprise, ou à défaut par décision unilatérale de l'employeur. Ce régime collectif n'exclut évidemment pas la négociation de montants plus importants ou de primes supplémentaires et pourra être adapté en fonction des résultats de l'exploitation des créations, notamment en cas de résultats exceptionnels. Il peut ainsi être utile de mettre en place des mécanismes garantissant une rémunération équitable.

B. Garantie d'une rémunération équitable

537. **Rémunération proportionnelle et rémunération équitable.** La rémunération supplémentaire des inventeurs pourrait vraisemblablement prendre la forme de prime. Cette prime pourrait être forfaitaire, proportionnelle, indexée sur le salaire ou sur les résultats d'exploitation. Elle pourrait aussi varier selon la nature de la création et celle de l'exploitation. L'objectif ici n'est en effet pas de privilégier par principe les créateurs par rapport aux autres catégories de salariés mais de trouver un moyen de mettre en place le principe d'association du créateur au succès de sa création sous une forme équitable et satisfaisante pour les créateurs et

législatives ou réglementaires, V. E. Dockès, « Le pouvoir dans les rapports de travail », préc. Il conclut : « *La prétendue recherche d'adaptation et de souplesse revendiquée par le patronat français, sous des termes à forte connotation égalitaire, comme la « contractualisation » ou « l'autonomie » collective, est une volonté de puissance, une revendication de maîtrise accrue du contenu des règles du droit du travail* ».

¹⁹³⁶ La loi favorise la négociation d'accord d'entreprise en permettant la négociation avec les délégués syndicaux, à défaut, avec les représentants du personnel, à défaut un salarié mandaté. Toutefois, ceci n'est possible que dans les entreprises d'au moins onze salariés. A moins que l'employeur n'accepte la désignation d'un délégué syndical dans une entreprise de moins de onze salariés, ce qui l'obligera ensuite comme toute entreprise comportant des délégués syndicaux, notamment à la négociation annuelle des salaires sous peine de perdre sa réduction générale de cotisations, dite « réduction Fillon ».

les entreprises. Pour que le salarié soit effectivement associé au succès de sa création, deux solutions sont envisageables : soit la rémunération est proportionnelle aux recettes d'exploitation de la création, elle dépendra alors nécessairement du succès de la création ; soit la rémunération est forfaitaire ou proportionnelle au salaire, ou du moins à un autre élément que les résultats de l'exploitation de la création. En cas de rémunération « forfaitaire », celle-ci ne peut être réellement équitable qu'à la condition de pouvoir être réévaluée en cas de disproportion manifeste entre son montant et les résultats d'exploitation de la création. Il importe donc de garantir au créateur salarié une possibilité de révision de la rémunération. La rémunération supplémentaire devrait donc être au moins égale au montant prévu par les dispositions réglementaires, les dispositions des conventions et accords collectifs de travail en vigueur dans la branche ou l'entreprise ou les dispositions plus favorables du contrat de travail. Le montant de la rémunération est conforme à l'équité et aux usages dans la branche. En cas de succès exceptionnel de la création, à défaut d'accord des parties sur un montant équitable, la rémunération supplémentaire fait l'objet d'une révision judiciaire. Au vu de la relation entre les parties, il serait souhaitable d'encourager la conciliation préalable à toute action en justice, mécanisme classique du droit du travail, que la CNIS met en œuvre pour les litiges entre employeurs et inventeurs salariés, et qui relève des garanties procédurales qui pourraient être étendues à tout créateur salarié.

§ 3. GARANTIES PROCÉDURALES

538. Pour assurer la sécurité juridique de l'exploitation des inventions, il paraît pertinent de distinguer clairement les litiges entre le créateur et son employeur des litiges les opposant aux tiers. Les problématiques sont en effet différentes : protection du salarié – et de son droit à rémunération – en ce qui concerne les litiges entre employeurs et salariés ; protection de la création et de son exploitation, en ce qui concerne les litiges avec les tiers. La lutte contre la contrefaçon étant particulièrement importante, on peut s'interroger sur les spécificités procédurales à mettre en œuvre en la matière (A). On notera ensuite que malgré la prégnance du droit du travail dans le modèle industriel, les litiges entre créateurs et exploitants relèvent du tribunal de grande instance, on peut donc s'interroger sur les raisons de cette spécificité et son étendue (B).

A. Protection du créateur et de l'exploitant contre les contrefacteurs

539. **Indifférence des litiges entre l'employeur et le créateur salarié dans les relations avec les tiers.** En ce qui concerne les brevets, c'est le titulaire du brevet qui exerce l'action en contrefaçon¹⁹³⁷. L'employeur qui a déposé la demande de brevet et obtenu le titre de propriété industrielle peut donc défendre l'invention contre les contrefacteurs, peu important par ailleurs l'existence d'un éventuel litige avec le salarié, notamment quant au classement de l'invention ou au *quantum* de la rémunération supplémentaire ou du juste prix. De telles contestations n'ont pas d'incidence sur la propriété du titre. La distinction du titre et de l'invention et l'existence d'un titre dont la propriété est établie par une publication permettent ici d'affermir la protection de l'employeur vis-à-vis des tiers. En matière littéraire et artistique, la présomption de cession dont bénéficie le producteur d'une œuvre audiovisuelle joue ce rôle d'affermissement de la position du producteur vis-à-vis des tiers¹⁹³⁸. Par ailleurs, la jurisprudence a mis en place une présomption de titularité de la personne morale sous le nom de laquelle l'œuvre de l'esprit est divulguée et exploitée¹⁹³⁹ permet également d'affermir le droit de l'employeur : en effet, « *en l'absence de revendication du ou des auteurs, l'exploitation de l'œuvre par une personne morale sous son nom fait présumer, à l'égard des tiers recherchés pour contrefaçon, que cette personne est titulaire sur l'œuvre qu'elle soit, ou non, collective, du droit de propriété incorporelle de l'auteur* »¹⁹⁴⁰. Ainsi, l'exploitation sous le nom de la personne morale, l'absence de revendication de l'auteur contre la personne morale exploitant l'œuvre sous son nom permettent de considérer que cette personne morale est « *présumée titulaire, à l'encontre des tiers poursuivis en contrefaçon, de droits indépendants de la réalité de la cession, comme de la présence de l'auteur aux débats ou du bien fondé de sa revendication personnelle au titre du droit moral [à l'encontre des personnes poursuivies au titre de la contrefaçon par l'exploitant]* »¹⁹⁴¹. Autrement dit, le droit d'agir en contrefaçon pour l'employeur est acquis indépendamment de la preuve de la qualité d'auteur du salarié et de la réalité de la cession des droits patrimoniaux de l'auteur à l'employeur, dans la mesure où il n'existe aucune action de l'auteur salarié à l'encontre de l'employeur. On peut toutefois se demander s'il n'y aurait pas intérêt, même en cas de litige entre l'employeur et l'auteur salarié, à ce qu'une action en contrefaçon qui vise à défendre l'œuvre, dans sa

¹⁹³⁷ CPI, art. L.615-1 et s.

¹⁹³⁸ V. F. Pollaud-Dulian, préc. cf. supra n°412.

¹⁹³⁹ Pour des illustrations jurisprudentielles : Cass. civ. 1^{re}, 22 fév. 2000 : CCE 2001, comm. n°42, note C. Caron ; D. 2001, somm. p.2635, obs. P. Sirinelli ; Cass. crim. 24 fév. 2004 : Bull. n°49 ; Cass. com. 20 juin 2006 : CCE 2006, comm. n°142, note C. Caron. Pour une présentation de la présomption, cf. supra n°260.

¹⁹⁴⁰ Cass. civ. 1^{re}, 22 fév. 2000, préc.

¹⁹⁴¹ Cass. com. 20 juin 2006, préc.

dimension morale et intellectuelle, ou sa valeur économique, puisse être menée par la partie la plus diligente, quelle qu'elle soit, et sans attendre la résolution du litige entre l'employeur et l'auteur salarié. D'un côté, l'absence de garantie de la possibilité d'agir en contrefaçon pour l'employeur en cas de litige avec le salarié l'incite à éviter ou mettre fin au litige. D'un autre côté, on peut douter de la vertu dissuasive de la condition d'absence de revendication par l'auteur : les risques sont limités pour l'employeur, hors le cas de litiges concomitants¹⁹⁴². Et la sauvegarde de la valeur économique de la création intéresse chacune des parties. Par ailleurs, si une réforme était mise en œuvre pour ne pas focaliser le régime sur le transfert de propriété et au contraire, favoriser l'exploitation grâce à une simplification de la cession, le régime de la création salariée serait en droit d'auteur, comme en droit des brevets, centré non plus sur le problème de la propriété et de la titularité des droits mais sur les conditions de la cession (étendue de l'exploitation autorisée et contrepartie financière). En conséquence, la vocation à l'exploitation de l'employeur devrait être affermie vis-à-vis des tiers. L'employeur d'un auteur salarié aurait tout autant vocation à agir en contrefaçon pour protéger l'exploitation de l'œuvre de l'esprit qu'il met en œuvre, y compris en cas de litige sur la rémunération due au salarié, que l'employeur d'un inventeur salarié. L'intérêt des parties converge vers cette action, notamment en ce qu'elle protège l'exploitation, le respect de l'œuvre de l'esprit et sa valeur économique. L'employeur est par ailleurs probablement la partie la plus à même de conduire cette action en termes de moyens, de conseils et d'expérience. Il nous semble donc que l'existence de litiges entre créateurs salariés et exploitants employeurs ne devrait pas pouvoir être opposés aux parties par des tiers pour plus les diviser. C'est à la collaboration plutôt qu'au conflit qu'il faut encourager les employeurs et les salariés, ce que peut permettre également l'aménagement de dispositifs spécifiques, au premier titre desquels l'organisation de procédure de conciliation.

B. Spécificité des litiges entre créateurs et exploitants

540. **Juridiction compétente.** Écartant la spécificité de la relation de travail, le législateur est fortement intervenu pour unifier le contentieux et le confier aux juridictions spécialisées en matière de propriété intellectuelle et évincer les juridictions sociales. Ici le rapport salarial n'emporte pas de dérogation à la compétence des juridictions spécialistes de propriété intellectuelle ; ou plutôt, la spécificité de la question des créations de salariés justifie que ce

¹⁹⁴² Mais même en ce cas, on peut penser que l'intérêt de pouvoir conduire l'action en contrefaçon peut inciter les parties à négocier. On peut aussi s'inquiéter qu'au lieu de faire converger les points de vue, l'existence d'une contrefaçon cristallise les crispations et envenime la situation, au point de compromettre la négociation. C'est ici l'exploitation et la relation employeur-salarié qui peuvent être ici en danger.

contentieux spécial échappe à la compétence des juridictions compétentes pour les litiges nés à l'occasion du travail. La jurisprudence avait depuis longtemps adopté une telle solution en droit des brevets, la loi sur les brevets l'y incitant, ayant déjà prévu au sein de la loi du 2 janvier 1968 la spécialisation des juridictions en matière de brevet. Ainsi, il est vite apparu nécessaire de confier l'intégralité du contentieux à une seule juridiction¹⁹⁴³. Si le contentieux est bien né à l'occasion du travail, ce qui peut justifier la compétence du conseil des prud'hommes, il apparaît également que même s'il n'est sollicité que d'un litige relatif à la rémunération du salarié, le juge pourra avoir à statuer sur le classement de l'invention et sur sa valeur, donc sur la qualification d'invention, sa nouveauté et son caractère inventif, qui sont des éléments relevant plus de la propriété intellectuelle que de la relation de travail. L'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle prévoit d'ailleurs expressément la compétence du tribunal de grande instance pour les litiges relatifs à la rémunération supplémentaire¹⁹⁴⁴ : cette question particulière étant sans doute celle qui relevait le plus du droit du travail, et qui aurait pu à ce titre relever du juge social, *a fortiori*, toute autre question doit relever de la compétence d'un des tribunaux de grande instance compétents en matière de propriété intellectuelle. En matière de droit d'auteur, la jurisprudence n'a pas repris la même analyse et a confié à plusieurs reprises le contentieux aux juridictions sociales¹⁹⁴⁵ : la Cour de cassation a ainsi considéré que *« la contestation portant sur les droits de propriété intellectuelle qui opposait le photographe à son employeur était née à l'occasion du contrat de travail »*, ce qui impliquait nécessairement selon elle la compétence du conseil des prud'hommes¹⁹⁴⁶. Pourtant, en droit d'auteur, plus encore qu'en

¹⁹⁴³ Cass. Soc. 18 fév. 1988 : Bull. n°126, visant ensemble les articles 49 du nouveau code de procédure civile et 68-1 de la loi du 2 janvier 1968 alors applicable (le Code de la propriété intellectuelle n'ayant été adopté que par la loi 1992-597 du 1^{er} juillet 1992), rappelant en chapeau que *« selon ce texte, l'ensemble du contentieux, né de la présente loi, est attribué aux tribunaux de grande instance et aux cours d'appel auxquelles ils sont rattachés, à l'exception des recours formés contre les décrets, arrêtés et autres décisions de nature administrative du ministre chargé de la propriété industrielle, qui relèvent de la juridiction administrative »*, et considérant que dès lors que l'invention était contestée, notamment car l'employeur considérait qu'il y avait des antériorités susceptibles de lui être opposées, *« le contentieux dont elle était saisie était né, au moins en partie, de la loi sur les brevets d'invention et que le litige relevait de la compétence du tribunal de grande instance »*. V. également, CA Versailles 6 oct. 1989 : D.B. 1989, V., 6 ; RTDCom. 1990, p. 199, obs. A. Chavanne et J. Azéma ; qui a considéré que la détermination contentieuse du juste prix relève de la compétence du juge du brevet et non de celle du conseil des prud'hommes. Les professeurs Chavanne et Azéma approuvaient à l'époque la solution car le juste prix est prévu par la loi du brevet, il est donc logique que ce soit le droit des brevets qui soit compétent ; ils notaient qu'il apparaît *« hautement souhaitable de ne pas dépecer ce contentieux et d'en attribuer globalement la connaissance au juge du brevet »*. Dans le même sens, TGI Paris 25 janv. 1989 : PIBD 1989 III, 285 ou DB 1989, IV, 7. V. également J.M. Mousseron et J.-J. Burst, JCP 1990, E, II, 15698, n° 22. V. toutefois, en faveur de la compétence du conseil des prud'hommes : CA Versailles, 23 janvier 1987 : PIBD 1987, III, 152 ; DB 1987, VI, 5.

¹⁹⁴⁴ Une disposition similaire est prévue concernant le juste prix.

¹⁹⁴⁵ Cass. soc., 2 juin 2004 : Bull. n° 155 et Cass. soc., 21 mai 2008 : CCE 2008, comm. 86, et JCP E 2008, p. 1969, notes C. Caron.

¹⁹⁴⁶ Ctrav., art. L.511-1, devenu L.1411-1.

droit des brevets, la compétence du juge social semblait pouvoir être écartée du fait du modèle personnaliste, réticent à l'analyse travailliste, mettant en exergue la propriété et excluant l'incidence de la relation de travail sur le régime de la propriété, ce que certaines juridictions du fond avaient d'ailleurs retenu¹⁹⁴⁷. La loi est donc intervenue pour confier le contentieux des créateurs salariés aux juridictions civiles, d'abord en étendant le principe spécialisation des juridictions aux questions de propriété littéraire et artistique¹⁹⁴⁸ puis, comme cela ne semblait pas suffire, en précisant que ce contentieux relève « *exclusivement* » des tribunaux de grande instance¹⁹⁴⁹. Reste toutefois la question des créateurs agents publics et de la juridiction compétente pour les litiges les opposant à leur employeur. Il ne s'agit pas ici en effet de déterminer quelle est la juridiction civile compétente mais qui est compétent de la juridiction civile ou administrative. L'article L.611-7 dispose que les règles applicables aux inventeurs salariés sont applicables aux agents publics selon les modalités prévues par un décret en Conseil d'État¹⁹⁵⁰. Tel est notamment le cas de la compétence du tribunal de grande instance expressément prévue par cet article¹⁹⁵¹. En droit d'auteur, aucune règle comparable n'existe. Toutefois, le législateur a modifié la formulation de l'article L.331-1 qui évoquait « *toutes les contestations relatives à l'application des dispositions de la première partie du présent code qui relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire sont exclusivement portées devant les tribunaux de grande instance, sans préjudice du droit pour la partie lésée de se pourvoir devant la juridiction répressive dans les termes du droit commun* » pour préférer la formulation suivante : « *Les actions civiles et les demandes relatives à la propriété littéraire et artistique, y compris lorsqu'elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant des tribunaux de grande instance, déterminés par voie*

¹⁹⁴⁷ V. pour illustration, la motivation de TGI Paris, juge de la mise en état, ord. du 23 janv. 2008, inédit, estimant que « *dès lors qu'aucune cession de droits d'auteur licite et acceptée par [le salarié] n'est incluse dans le contrat de travail ayant lié ce dernier à [son employeur], l'exception d'incompétence est rejetée, les demandes n'étant pas formées à l'occasion de l'exécution du contrat de travail* ».

¹⁹⁴⁸ Loi n°2007-544 du 29 octobre 2007, relative à la lutte contre la contrefaçon. Cette loi met en œuvre la nécessaire « *rationalisation des procédures à travers une intensification de la spécialisation juridictionnelle* » indispensable à la lutte contre la contrefaçon : Rapport Gosselin, Rapp. AN n° 178, 2007, qui considère par ailleurs que « *la technicité croissante de ce type de contentieux légitim[e] une professionnalisation accrue des juges* ». V. aussi Sénateur Bêteille, Débats parlementaires, séance du 19 sept. 2007 pour qui la spécialisation des juridictions paraît si importante à « *l'attractivité juridique du territoire français* » et au « *rayonnement de notre droit* » que le Sénat doit en étendre le principe à la propriété littéraire et artistique.

¹⁹⁴⁹ Loi n°2008-776 4 août 2008, relative à la modernisation de l'économie, art. 135.

¹⁹⁵⁰ Qui n'évoque pas la question de la compétence juridictionnelle. A défaut de prévision contraire, la compétence du tribunal de grande instance semble donc s'imposer.

¹⁹⁵¹ Pour illustration, TGI Paris, 3 déc. 1993 : PIBD 1994, III, 141 ; D.B. 1994, I, 4 ; D. 1996, somm. p.18, obs. J.M. Mousseron et J. Schmidt ; CA Paris, 17 déc. 1997 : PIBD 1998, III, p.160 ; D.B. 1998, II, p.3, dont la motivation a été validée par la Cour de cassation (Cass. com. 21 nov. 2000, n°98-12680), qui estime expressément que le contentieux ne relevait pas des juridictions administratives.

réglementaire »¹⁹⁵². Cette formulation est également celle retenue en matière de dessins et modèles. Or le Tribunal des Conflits a contesté la compétence des juridictions administratives en matière de dessins et modèles sur le fondement de l'article L.521-3-1, dont la formulation est similaire¹⁹⁵³. Nombre de commentateurs concluent donc à l'incompétence définitive des juridictions administratives en matière de propriété littéraire et artistique¹⁹⁵⁴. Si l'on comprend la nécessité de la spécialisation des juridictions¹⁹⁵⁵, on notera que l'exclusivité des tribunaux de grande instance ne semble pas aller jusqu'à remettre en cause la compétence des juridictions répressives. Or cette compétence, comme celle des juridictions administratives, pourrait être exclue si l'on entend la modification législative intervenue comme évoquant les actions civiles d'une part, les actions autres que civiles (désignées sous l'expression « autres demandes »), d'autre part. On peut se demander pourquoi le législateur n'a pas alors choisi une terminologie plus claire (« autres actions ») et s'il visait les actions relevant de la compétence des juridictions administratives et/ou répressives. On peut s'interroger sur la pertinence de confier à des juridictions judiciaires des contentieux qui peuvent *a priori* paraître purement administratifs ou exigeant une analyse fondée en droit de la propriété intellectuelle mais surtout en droit administratif. Il conviendrait peut-être d'être ici nuancé et de s'intéresser à la question qui est au cœur du litige. Dans l'affaire qui a conduit le Tribunal des conflits à exclure la compétence des juridictions administratives, le litige opposait le propriétaire d'un modèle, d'une part, à une société commerciale et une commune, qui détenait des modèles contrefaisants fournis par cette société commerciale, d'autre part. L'action était une action en contrefaçon, ce que relève expressément le Tribunal des conflits qui précise : « le législateur a entendu, par dérogation aux principes gouvernant la responsabilité des personnes publiques, faire relever de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire la recherche de la responsabilité des personnes morales de droit public en raison d'une contrefaçon de dessins et modèles qui leur serait imputée ; que, par suite, la mise en jeu de la responsabilité de la commune de XXXX en raison des fautes qu'elle aurait commises en installant, sur une dépendance de la voirie communale, des barrières et potelets en méconnaissance des droits que la Société industrielle d'équipements urbains détiendrait sur un modèle de barrière ressortit également à la compétence de la juridiction

¹⁹⁵² Loi n°2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

¹⁹⁵³ Tribunal des conflits, 2 mai 2011, n° 3770, décision disponible sur http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/publications/lettre-daj/2011/lettre101/c3770.pdf ; commentaire disponible sur http://www.tribunal-conflits.fr/PDF/commentaire_tc_3770.pdf.

¹⁹⁵⁴ C. Caron, note sous CE, 27 avr. 2011, n°314577 : JCP G. 2011, p. 977 ; dans le même sens, mais le regrettant, J.-M. Bruguière, observations, sous CE, 27 avr. 2011, n°314577, M. Pierre A : *Propri. Intell.* 2011 p. 306.

¹⁹⁵⁵ V. toutefois G. Lécuyer, note sous CE, 27 avr. 2011, n°314577 : D. 2011 p. 1945, spéc. sur les limites de l'impératif de spécialisation des juridictions au regard du droit communautaire.

judiciaire »¹⁹⁵⁶. Le litige concerne ici une action en contrefaçon dirigée principalement contre le cocontractant de la commune (donc un litige entre deux personnes privées) et ses conséquences, notamment en termes de responsabilité de la commune, celles-ci dépendant de celle-là. La nécessité de l'unification du contentieux est ici compréhensible et la compétence du juge judiciaire justifiée par le caractère prééminent de la question de la contrefaçon dans le litige. En revanche, en cas de contentieux entre un auteur agent public et son administration, il ne s'agira pas d'évaluer l'indemnisation due à la victime d'une contrefaçon mais de déterminer si l'exploitation est menée ou non dans le cadre d'une mission de service (si oui, le droit d'exploitation est cédé à l'État ; à défaut, l'État ne bénéficie que d'un droit de préférence) ; si les modifications dans la forme de l'œuvre imposées à l'auteur par son supérieur hiérarchique ne constituent pas un abus de droit de la part de ce supérieur, ce qui est apprécié en fonction des missions et du statut de l'agent public ainsi que de l'activité du service auquel l'agent est rattaché, et des règles le régissant. Il ne s'agit clairement pas ici de déterminer si le droit moral de l'auteur est atteint : par principe, les modifications sont autorisées. Seule est appréciée l'existence d'une atteinte ou non au droit à l'honneur ou à la réputation de l'agent, droit extrapatrimonial certes, droit de la personnalité certes, mais qui n'est pas spécifique à la propriété intellectuelle et dont le Conseil d'État peut juger. Quelles seront donc les questions posées : protégeabilité ou non de la création ; création réalisée ou non dans l'exercice des fonctions de l'agent, respect des règles auxquelles il est soumis en sa qualité d'agent public et de celles qui régissent l'organisation, le fonctionnement et l'activité de la personne publique qui l'emploie, intérêt du service, respect de son droit à l'honneur ou à sa réputation, distinction des exploitations commerciales et des exploitations réalisées dans le cadre des missions de service public, donc définition de la mission de service public de la collectivité ou de l'établissement qui l'emploie, mesure strictement nécessaire à l'accomplissement de cette mission, définition du droit de préférence dont bénéficie l'État ou la collectivité employeur, etc. Le contentieux peut ici poser autant de questions relevant du droit de la propriété intellectuelle (originalité de la création et qualité d'auteur) qui pourraient, elles certes, être portées devant les juridictions spécialisées, que de questions relevant du droit administratif, et spécialement du droit du service public et de la fonction publique. Il n'est donc pas évident qu'en la matière la compétence des juridictions administratives ait vécu. Peut-être faudrait-il distinguer. On pourra opposer la compétence des juridictions judiciaires en matière de brevet. Notons toutefois qu'en cas de litiges entre un inventeur agent public et la personne publique qui l'emploie, le contentieux ne portera pas sur la définition des missions de service public de

¹⁹⁵⁶ Tribunal des conflits, 2 mai 2011, préc.

la personne publique, ni sur l'analyse des règles relatives au statut de l'agent ou du service qui l'emploie : le juge pour classer l'invention doit déterminer si l'invention relève des missions de l'agent (a-t-il une mission générale d'invention du fait de son emploi ou a-t-il reçu une instruction spéciale en ce sens) et à défaut, si l'invention a un lien avec l'activité (quelle qu'en soit la nature) de la personne publique qui l'emploie. En ce qui concerne les agents pour lesquels une mission d'invention est prévisible, la rémunération est pour partie forfaitaire (prime de brevet) ; pour partie proportionnelle aux recettes d'exploitation (prime d'intéressement). Les modalités de calcul de ces deux primes sont très précises. Les contentieux soumis au juge des brevets, s'il y en avait, porteraient donc sur la revendication ou la contestation de la qualité d'inventeur, la contestation de la qualité d'invention, ou sur le calcul de la rémunération supplémentaire ou du juste prix dus à un inventeur agent public qui ne figure pas dans la liste réglementaire. Il en va de même du régime applicable aux agents publics créateurs de logiciel. Ces questions pourraient elles relever en premier lieu de la propriété intellectuelle, plutôt que du droit administratif.

541. **Nécessité d'une conciliation.** La conciliation préalable au jugement est un mécanisme spécifique de la procédure prud'homale. Si l'on comprend l'intérêt de réserver le contentieux relatif aux créations de salariés aux tribunaux de grande instance spécialisés plutôt qu'aux juridictions sociales, il serait dommage d'écarter tout mécanisme de conciliation d'une procédure opposant un employeur à son salarié. En matière d'inventions de salariés, si l'une des parties le demande, la CNIS peut être saisie du litige¹⁹⁵⁷. Une commission de conciliation est également prévue pour traiter les litiges entre journalistes et entreprises de presse, ou pour l'application des dispositions relatives au contrat de production audiovisuelle. Sans doute, serait-il pertinent pour éviter les contradictions d'interprétation et traiter uniformément la question de la création subordonnée de ne prévoir qu'une commission commune. Chaque secteur n'a pas vocation à être représenté : il ne s'agit pas ici de représenter l'intérêt bien compris d'une profession ou d'un lobby mais d'opérer une conciliation dans un litige entre particuliers en application de la loi et selon les principes d'éthique et de neutralité. Il serait par ailleurs souhaitable de prévoir un dispositif comparable pour toute création subordonnée, au premier rang desquels les créateurs salariés de droit privé. On peut s'interroger sur la composition et l'étendue des pouvoirs dont pourrait disposer l'institution chargée de la

¹⁹⁵⁷ CPI, art. L.615-21. La composition et les règles de fonctionnement de la CNIS sont prévus par les articles R.615-6 et s. V. pour une présentation générale de son activité : les rapports d'activités publiés par la CNIS en 1984, en 1999 et en 2005 ; M. Mousseron, « La commission nationale des inventions de salariés », *Droit des brevets*, 1994, III, p.27 ; J.-P. Martin, « La compétence de la Commission nationale des inventions de salariés en matière de brevetabilité » JCP G 1984, II, 13844.

conciliation. Doivent-elles être conçues sur le modèle de la conciliation en matière prud'homale ou sur le modèle de la CNIS ? En ce qui concerne la composition, on remarquera que la CNIS, comme le bureau de conciliation, est une institution paritaire composée de représentants des salariés et de représentants des employeurs, ainsi que d'un magistrat de l'ordre judiciaire (comme le juge départiteur en matière prud'homale). La composition de la CNIS est donc proche dans l'esprit de celle du bureau de conciliation. Si une institution commune, compétente pour tous les contentieux relatifs aux créations des salariés et agents publics était créée, et si le nombre de contentieux le justifiait, elle pourrait comporter des sections spécialisées en fonction des secteurs d'activité : au moins en distinguant les questions de propriété industrielle et de propriété littéraire et artistique, ou en distinguant selon les branches, industrielles (chimie-métallurgie), information et communication (audiovisuel, presse, multimédia, informatique) ; ou encore en distinguant selon les statuts publics ou privés des créateurs, la répartition la plus pertinente devant être évaluée en fonction de la réalité des saisines et selon les objectifs poursuivis : harmonisation du traitement des créateurs, inventeurs ou auteurs, au sein d'une même branche, le secteur public pouvant alors être considéré comme un secteur à part entière ou harmonisation du traitement des créateurs par « genre » créatif, peu important alors le statut public ou privé du créateur ou la branche d'activité de l'employeur. La procédure de conciliation doit-elle par ailleurs être obligatoire ou facultative ? L'institution d'un recours préalable obligatoire à la conciliation peut, lorsqu'au moins une des parties ne compte pas concilier, être un contretemps, qui nuit à la rapidité nécessaire des affaires. La conciliation n'en reste pas moins une procédure intéressante et à encourager, surtout en cours d'exécution du contrat de travail, pour éviter que le contentieux n'aboutisse à la rupture définitive de toute relation¹⁹⁵⁸. Le fait de ne pas l'imposer mais de prévoir que le recours à la conciliation dépend de l'initiative d'une des parties semble un compromis intéressant¹⁹⁵⁹ : si aucune des parties ne compte concilier, il est inutile d'augmenter la durée de la procédure ; si, au contraire, l'une des parties est prête à négocier, il lui reviendra, ainsi qu'au conciliateur, de convaincre la partie réticente que leurs points de vue peuvent converger. On peut également remarquer que les audiences de conciliation sont en matière prud'homale publiques, contrairement aux auditions devant la CNIS, dont les décisions ne sont pas non plus publiées. La confidentialité a ici été privilégiée pour sauvegarder le secret des affaires, particulièrement essentiel quand il s'agit de traiter des affaires relatives à

¹⁹⁵⁸ Même si la rupture est le plus souvent consommée au moment de la saisine de la CNIS. En ce sens, J.-P. Martin, *Droit des inventions de salariés*, préc., n°484.

¹⁹⁵⁹ CPI, art. L.615-21.

l'innovation et aux avantages technologiques et concurrentiels d'une entreprise, ou des conditions de rémunération de ses salariés les plus créatifs¹⁹⁶⁰. Maître Jean-Paul Martin observe toutefois que la commission arbitrale allemande publie toutes ses décisions, anonymées, contrairement à la CNIS, ce qui permet aux employeurs et aux salariés de connaître la « jurisprudence » de la commission¹⁹⁶¹. Or la prédictibilité du droit contribue à assurer la sécurité juridique¹⁹⁶². La publication des décisions de la CNIS permettrait d'évaluer en dehors du secret des antichambres des standards de rémunération, auxquels tout employeur pourrait se référer. Les désavantages liés à la publicité d'une décision peuvent d'ailleurs être écartés par les parties elles-mêmes, par une négociation individuelle ou la conclusion de transaction. En cas d'échec de la conciliation, et notamment de désaccord persistant des parties, la saisine des juridictions aboutira de toute façon à une procédure publique. Maître Jean-Paul Martin, analysant les décisions de la CNIS¹⁹⁶³, a pu constater qu'elle avait pu prendre quelques libertés avec les textes : contrairement à la règle selon laquelle l'employeur doit signifier au salarié qu'il exerce son droit d'attribution, la CNIS a pu notamment retenir que valait exercice implicite du droit d'attribution, en l'absence de manifestation expresse de volonté le dépôt d'une demande de brevet par l'employeur, par une société du groupe avec l'accord de l'employeur, la rédaction d'un contrat, un commencement d'exploitation de l'invention. De la même manière, la CNIS a pu s'arroger le droit de juger de la brevetabilité des inventions, ceci afin de déterminer le juste prix. Elle prend donc en compte les antériorités qu'elle trouve pertinente pour diminuer d'autant le juste prix, voire l'anéantir. D'après Jean-Paul Martin, ceci outrepassa les droits que le législateur lui a conférés et il s'interroge sur les moyens dont la CNIS dispose pour réaliser une telle évaluation. Il semble que l'on doive pourtant reconnaître à la CNIS le mérite de régler rapidement, en amont de la phase contentieuse certains conflits qui gardent ainsi une certaine confidentialité. Par ailleurs, les parties non satisfaites ont toujours possibilité de recourir au juge, ce qui garantit la possibilité d'obtenir une solution judiciaire au litige et le respect de leurs droits.

¹⁹⁶⁰ Jean-Paul Martin note d'ailleurs la réticence des employeurs à saisir la CNIS, même si celle-ci est en recul : dans encore 85% des cas, celle-ci est saisie par le salarié (J.-P. Martin, *Droit des inventions de salariés*, préc., n°474).

¹⁹⁶¹ J.-P. Martin, *Droit des inventions de salariés*, préc., n°567 et n°479.

¹⁹⁶² Cf. supra n°511.

¹⁹⁶³ J.-P. Martin, « La compétence de la Commission nationale des inventions de salariés en matière de brevetabilité », préc. ; V. également du même auteur : « Inventions de salariés : bilan de la jurisprudence 2006 », *Propr. ind.* 2007, études n°7.

CONCLUSION.

542. Ce premier chapitre a permis de dégager les principes directeurs ainsi que les garanties que pourrait mettre en œuvre une réforme des différents régimes de création subordonnée de manière à les faire converger vers un socle commun. Ces principes s’inspirent autant du droit du travail que du droit de la propriété intellectuelle qui peuvent se compléter et/ou converger. Paraissent à ce titre essentiel :

- la protection intellectuelle et morale du créateur à travers le respect de la paternité du créateur et de la forme de la création, d’une part ; la garantie de la liberté de création et de la liberté du travail, d’autre part. Le créateur ne peut toutefois pas s’exonérer des sujétions auxquelles il a consenti en acceptant la subordination. A ce titre, il ne saurait notamment abuser de son droit moral pour nuire à l’employeur ou empêcher toute exploitation. Si des limites au droit moral devaient être légalement énoncées, comme cela est le cas pour les agents publics, que ce soit au titre de la faveur à l’exploitation ou du pouvoir de direction de l’employeur, elles devraient être délimitées, justifiées et proportionnées au but recherché.
- l’association du créateur au succès de sa création par une rémunération équitable, qui peut prendre la forme soit d’une rémunération proportionnelle, soit d’une série de rémunérations forfaitaires, révisables en cas de succès exceptionnel de la création. A ce titre, le recours à la négociation collective ou à des standards de rémunération pourrait être utile.
- la sécurité juridique, qui doit assurer la protection juridique de l’exploitation vis-à-vis des tiers, notamment par des présomptions de titularité des droits, mais aussi mettre en place un régime stable, non contentieux, assurant le respect des droits de chacune des parties et la pérennité de leur relation. Les mécanismes exigeants des négociations, surtout individuelles, trop répétées, sont à éviter. La spécialisation des juridictions reconnue nécessaire en matière de propriété intellectuelle implique que le contentieux relatif aux créations subordonnées soit confié aux juridictions judiciaires spécialisées. La spécialité de la relation ne doit pas conduire à priver le salarié de garantie procédurale inhérente à sa qualité de salarié, comme l’est la conciliation. Le souhait de mettre en place un régime qui cherche à éviter le contentieux entre les parties et à maintenir la relation qu’elles entretiennent invite également à la mise en place d’une procédure, au moins facultative, de conciliation. En revanche, la multiplication des commissions de conciliation ne permet pas

d'homogénéiser le traitement juridique des créateurs subordonnés. Une commission commune pourrait être créée.

- l'efficacité économique du régime mis en place implique de favoriser l'exploitation, donc de faciliter l'exploitation par la partie la plus à même de la conduire ou celle qui souhaite la conduire, de viser la rapidité et la fluidité des affaires, dont la sécurité est garantie par la stabilité. A ce titre, il est nécessaire de mettre systématiquement en place des mécanismes adaptés de transferts des droits entre les parties et d'éviter les dispositifs risquant d'entraîner des situations de blocage, au moins pendant le temps d'exécution du contrat de travail. Une obligation d'exploitation permettra d'inciter plus à l'exploitation en permettant à l'autre partie d'obliger à l'exploitation ou de la mettre en œuvre par elle-même. La distinction du travail et de la création devrait permettre la reconnaissance d'un statut fiscal et social particulier pour la rémunération de la création subordonnée. Les reconnaissances de complaisance, la qualification de création pour des apports non créatifs nuisent à l'efficacité des régimes. La distinction du travail et de la création est donc essentielle.

543. Différents mécanismes peuvent être employés à mettre en œuvre ces principes généraux. Il convient d'étudier maintenant quelles pourraient être les formes d'une réconciliation des modèles.

CHAPITRE II.

LES FORMES DE LA RÉCONCILIATION

544. **Pluralité des formes de réconciliation.** Le chapitre précédent a permis de présenter les principes communs aux deux branches de la propriété intellectuelle qui, si leur mise en œuvre était à la fois systématisée et harmonisée, pourraient permettre une convergence des modèles, qui paraît nécessaire à la cohérence de la matière. Au-delà de la mise en exergue de ces principes, on peut envisager une réforme plus profonde des régimes de créations salariées. Ce chapitre est consacré à l'analyse des réformes possibles. Son objectif est d'étudier les techniques susceptibles d'être mises en place. Deux démarches peuvent être envisagées : soit une réforme proposant un régime unitaire pour l'ensemble de la propriété intellectuelle, ce régime devra dès lors réconcilier définitivement les modèles autour de dispositions communes ou similaires (comme cela est en partie le cas par exemple pour les dispositions relatives à la contrefaçon) ; soit une réforme de chacune des branches sur la base des principes communs et garanties précédemment énoncés (les régimes seraient ainsi unifiés par branche ; ils seraient uniformisés entre eux par l'application de principes généraux communs, mais conserveraient les spécificités qui leur sont propres). L'adoption d'un régime unitaire exige de choisir un modèle commun, c'est-à-dire de centrer chacun des régimes (droit d'auteur et droit des brevets) sur un modèle, soit le modèle personnaliste, qui met en avant la propriété du créateur et donc met en place une logique avant tout propriétaire, donc individuelle, excluant les mécanismes du droit du travail, soit le modèle industriel, qui met plus en avant la finalité d'appropriation par l'employeur et propose une logique statutaire, laissant place aux mécanismes de droit du travail. Dans l'une comme dans l'autre des options, il est clair qu'une réforme unitaire implique une réforme profonde de l'un comme de l'autre des régimes de droit positif sur la question des créations de salariés. Si une doctrine nombreuse appelle à l'unité, comme nous l'avons déjà évoqué, il n'est pas évident qu'un régime unitaire puisse permettre de résoudre l'ensemble des difficultés et critiques actuelles. Il pourrait au contraire susciter de fortes oppositions qui nuiraient à la réforme, au moins en ce qu'il serait rapidement accusé de ne pas tenir compte des spécificités sectorielles. Rappelons en effet qu'en droit d'auteur, comme en droit des brevets, il y a une véritable culture sectorielle : les industriels réclament (et obtiennent) l'adaptabilité de la loi à des activités revendiquées comme spécifiques. Dès lors, soit un régime particulier est mis en place (méthodologie du droit d'auteur) ; soit la négociation collective est favorisée (méthodologie du droit des brevets). Même s'il est souvent réclamé, un régime unitaire ne serait donc pas nécessairement moins décrié que les régimes en place. *A priori*, un premier objectif raisonnable pourrait être de remettre de l'ordre au sein de chacun de ces régimes pour unifier les mises en œuvre des principes généraux dégagés au chapitre précédent. Un premier niveau de réforme pourrait donc consister à unifier les différents régimes autour de deux véritables modèles : littéraire et artistique, d'une part ;

industriel, d'autre part. Ces modèles devraient en revanche être soumis aux principes généraux déjà étudiés de manière à organiser leur convergence vers un socle commun. En matière de droit d'auteur, les régimes dérogatoires devraient être revus pour être harmonisés : ils devraient se référer aux mêmes techniques de transfert de droit, supprimer la titularité initiale des personnes morales quitte à mettre en place un transfert automatique des droits, les restrictions ou régimes dérogatoires au droit moral devraient être supprimés, notamment quand ils aboutissent à attribuer le droit moral à une personne morale, quitte à ce que ce soit le concepteur personne physique de l'œuvre collective qui soit reconnu comme auteur, ce qui ne serait pas illogique au vu de son rôle de conception de la forme et de coordination de sa réalisation. En matière de droit des brevets, il semble urgent de mener une réflexion sur la mise en place concrète du principe d'association de l'inventeur au succès de sa création, ce qui réconcilierait les différentes applications de ce régime, application au secteur public et au secteur privé. L'analyse du droit comparé semble démontrer toutefois qu'il est juridiquement possible de mettre en place un régime quasiment unitaire (de simples aménagements suffiraient à tenir compte des spécificités liées aux différences d'objets entre les différentes branches de la propriété intellectuelle). Pour concilier les approches (volonté de réforme unitaire ou volonté d'harmonisation par la mise en place de deux régimes distincts mais convergents), nous proposerons donc deux pistes de réforme : l'une partant du modèle littéraire et artistique ; l'autre partant du modèle industriel. Pour chacune de ces pistes de réforme, nous étudierons la transposabilité du régime à l'autre branche de la propriété intellectuelle, afin de déterminer si une réforme unitaire est techniquement possible.

545. **Propositions de réformes.** Les deux propositions de réformes auront recours à des principes issus du modèle d'appropriation des fruits du travail et de celui de la création. La superposition des activités conduit en effet à la superposition des approches. Ce n'est donc pas au choix de l'un ou de l'autre modèle qu'il faut se résoudre mais c'est la réconciliation des modèles qu'il convient de construire. La prise en compte du modèle de l'appropriation du travail ne devrait pas conduire à l'abandon de tout personnalisme car le personnalisme est inhérent à la propriété de la création et lorsque l'on évoque la question de la titularité des droits sur les créations subordonnées, l'objet de droit est une création, et la propriété une propriété intellectuelle et personnelle. Le régime de la propriété ne doit donc pas être dénaturé par la question de la titularité des droits sur des créations issues d'un processus de création particulier, la création subordonnée. A l'inverse, l'application des principes issus du modèle de l'appropriation de la création ne devrait pas pour autant conduire à l'insécurité juridique, à l'interdiction de l'exploitation ou à la remise en cause de la vocation de l'employeur à

l'exploitation des fruits du travail de son salarié. Certains principes seront donc communs à l'une comme à l'autre option.

546. **Principes communs aux deux modèles de réforme.** Les principes communs aux deux modèles sont ceux qui dérivent directement du régime de la propriété des créations, c'est-à-dire du personnalisme et de la faveur à l'exploitation. Par ailleurs, ils doivent tous les deux tenir compte de l'existence du rapport de travail et de la vocation de l'employeur à exploiter les fruits du travail du travailleur subordonné. L'employeur a en effet vocation à exploiter les créations dont il a eu l'initiative et dont il a assuré la production, notamment en en confiant la création à son salarié ou agent.

547. **Principes liés au personnalisme de la propriété des créations.** Les principes liés au personnalisme sont le principe du créateur personne physique et le caractère dual de la propriété composée d'attributs patrimoniaux mais aussi intellectuels et moraux. L'existence d'attributs intellectuels et moraux, attributs extrapatrimoniaux, imprescriptibles et inaliénables qui ont un lien avec la personnalité du créateur et ne peuvent donc que lui appartenir implique que la propriété naisse sur la tête du créateur. Ce n'est donc qu'à titre dérivé que l'employeur pourra bénéficier de la titularité des droits d'exploitation¹⁹⁶⁴. Par ailleurs, au vu de ses caractères et des intérêts qu'il défend, liberté de création, manifestée à travers la maîtrise de la détermination et de la préservation de la forme de la création, à travers la maîtrise de la divulgation et la reconnaissance de la qualité de créateur, le droit moral ne peut subir d'exception ou d'atténuation. Il n'est pas pour autant un droit arbitraire et ne peut être invoqué par le créateur dans un but distinct de la défense de la création, et notamment dans

¹⁹⁶⁴ Ce principe commun à toutes les législations de droit d'auteur d'Europe continentale a été récemment rappelé par la CJUE, à propos des œuvres audiovisuelles. La CJUE a pour cela évincé l'interprétation de la Convention de Berne permettant d'assimiler le producteur à un auteur : le réalisateur doit être considéré comme l'auteur ou le coauteur de l'œuvre audiovisuelle, ce n'est qu'à titre dérivé que le producteur peut être titulaire des droits sur l'œuvre audiovisuelle. Par ailleurs, cette titularité dérivée, si elle peut être réglementée et faire l'objet notamment d'une présomption de cession, ne peut faire l'objet que d'une présomption simple : le réalisateur audiovisuel doit pouvoir s'opposer contractuellement au transfert automatique des droits et le limiter. La CJUE reconnaît ici, à travers la concordance des dispositions des différentes directives relatives au droit d'auteur, à propos du réalisateur audiovisuel les principes du créateur personne physique, de titularité initiale des droits au profit du créateur et de liberté contractuelle à propos de cessions qui doivent pouvoir être délimitées, ainsi que la nécessité d'assurer une rémunération suffisante à l'auteur. La généralité des termes des considérants 66 à 69, qui fondent le raisonnement de la Cour sur le considérant 9 de la directive 2001/29 et l'article 17, paragraphe 1 de la charte des droits fondamentaux de l'Union, permet par ailleurs de conclure à la transposabilité de cette décision à tout auteur, en ce qui concerne le principe de titularité initiale des droits. Ces principes devraient être reconnus comme principes généraux de l'appropriation des créations. L'adoption d'un régime unitaire au droit d'auteur et au droit des brevets ne peut que s'y conformer. V. CJUE, 9 fév. 2012, aff. C277/10, ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par le Handelsgericht Wien (Autriche).

un but économique ou pour se soustraire aux obligations contractuelles qu'il a par ailleurs contractées. Les principes de la responsabilité contractuelle ou délictuelle ou quasi-délictuelle, la fraude, l'abus de droit, paraissent suffisants pour préserver les droits de l'employeur. Et c'est au juge, plutôt qu'au législateur, qu'il revient d'apprécier concrètement les situations. On remarquera à cet égard que le droit du travail fournit des exemples multiples de cas où il convient de ménager le pouvoir de l'employeur et les libertés individuelles et collectives des salariés. Le législateur n'intervient pas, ou très peu, pour réglementer l'exercice de celles-ci. Au contraire, en la matière, le Code du travail ne rappelle pas l'étendue de la subordination mais la primauté des libertés individuelles : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* »¹⁹⁶⁵. Aussi, par analogie, si le Code de la propriété intellectuelle devait contenir des dispositions à propos du droit moral des créateurs subordonnés, ce devrait être pour en réaffirmer l'importance : « l'existence d'un contrat de commande, de travail ou le statut d'agent public, ou plus généralement d'un engagement de création, quelle qu'en soit la forme contractuelle, n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit moral du créateur ». En cas de litiges entre l'employeur et le créateur à propos de l'exercice du droit moral par le créateur, c'est à l'employeur qu'il doit revenir de démontrer la faute du salarié, de démontrer la fraude dans l'exercice du droit moral et que les sujétions qu'il entendait imposer au créateur sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. A défaut, la sanction doit être considérée comme nulle, et le licenciement s'il a eu lieu, sans cause réelle et sérieuse. La charge de la preuve doit reposer sur l'employeur puisque le principe doit être le respect des libertés individuelles et des droits personnels du salarié. Ces principes doivent valoir également pour les agents publics, l'intérêt du service public ne justifiant pas *a priori* de régime dérogatoire aux libertés individuelles des agents. C'est au juge administratif que doit revenir l'arbitrage de l'intérêt du service public et du respect des libertés individuelles de l'agent en cas de litige entre l'agent et son Administration¹⁹⁶⁶.

548. **Principes liés à la faveur à l'exploitation.** La propriété des créations est aussi une propriété centrée sur l'organisation de l'exploitation et l'incitation à l'exploitation. Aussi le régime de la propriété doit-il servir cet intérêt et permettre d'assurer la sécurité juridique des exploitations par l'employeur. Il convient donc que le régime facilite l'acquisition des droits

¹⁹⁶⁵ Ctrav., art. L.1121-1. Sur cette question du respect des libertés fondamentales et du pouvoir de l'employeur, V. J. Péliissier, G. Auzéro et E. Dockès, *Droit du travail*, préc. n°629 et s.

¹⁹⁶⁶ Les litiges étant rares par ailleurs, ce qui laisse à penser qu'en pratique, les parties sont plus enclines à collaborer que ne le laisse entendre le régime légal.

d'exploitation par l'employeur, l'existence d'une relation durable entre les parties devant être prise en compte pour limiter le formalisme de la cession. C'est sur cette question de la réglementation du transfert des droits que les modèles d'appropriation du travail et de la création peuvent inviter à construire des réponses différentes dans la mesure où les techniques diffèrent selon que l'on considère que les mécanismes doivent être inspirés du seul droit de la propriété, donc de la liberté individuelle et du droit de la cession, ou qu'ils doivent s'inspirer des mécanismes du droit du travail. C'est par ailleurs à travers le prisme de la nature de la propriété, qui a été définie comme une maîtrise de la destination de l'exploitation, et celui de la nature du contrat de travail, défini à partir de la subordination du salarié, que les différents modèles de réforme doivent être conçus.

549. **Précision : création plurale.** Ce chapitre n'abordera pas spécialement la question des créations plurales. En effet, la création plurale n'est pas l'objet essentiel de la thèse et régler la seule question des créations plurales ne réglerait pas définitivement la question des créations subordonnées. Il nous semble en revanche que cette question peut être réglée de manière indirecte par la réforme des droits des créateurs subordonnés. Peu importera alors que la création soit individuelle ou plurale, collective ou de collaboration. L'employeur n'aura plus besoin d'invoquer l'œuvre collective pour justifier de ses droits. Le droit des brevets par exemple ignore quasiment la question de la création plurale aujourd'hui.

550. **Précision terminologique.** Ce chapitre visant à proposer une réforme unitaire, la démarche ne distinguera pas entre salariés de droit privé et agents publics. Les principes dégagés du fait de l'existence du contrat de travail nous semblent pouvoir être appliqués du fait du statut d'agent public, qui implique également une subordination et une vocation de l'Administration à exploiter les fruits du travail de ses agents pour l'exécution de ses missions de service public. La plupart du temps le terme de création subordonnée ou de créateur subordonné a donc été préféré. On remarquera, qu'hormis le cas du droit d'auteur des agents publics non autonomes pour la divulgation de leurs œuvres de l'esprit, ce qui est justifié puisque le législateur a prévu ici une exception au régime de droit commun applicable à une catégorie particulière de créateurs, le législateur décrit le régime applicable aux salariés, qu'il déclare ensuite applicable aux agents publics (notamment dispositions applicables aux inventeurs ou aux auteurs de logiciels). Le décret d'application prévoit ensuite des dispositions spécifiques. De la même manière, nous développerons principalement les pistes de réforme à partir du cas des salariés, considérant que ces réflexions ont vocation à s'appliquer aux agents publics.

551. Nous étudierons donc successivement quels types de réforme pourraient être proposés pour l'adoption d'un régime faisant appel à des mécanismes relevant de l'exercice de la propriété, conformément au modèle littéraire et artistique (section I) et pour l'adoption d'un régime faisant appel à des mécanismes de droit du travail, conformément au modèle industriel (section II). Les sections seront traitées de manière identique et s'intéresseront aussi bien au droit de la propriété littéraire et artistique qu'au droit de brevet afin de déterminer la faisabilité d'une réforme unitaire.

SECTION I.

PISTES DE RÉFORME CENTRÉES SUR LE MODÈLE PERSONNALISTE

552. **Remarque préliminaire relative à l'objet d'un tel régime.** Il a été constaté qu'en droit positif, le travailleur n'avait vocation à la propriété des fruits de son travail qu'à la condition de justifier d'un lien entre les fruits de son travail et sa personnalité¹⁹⁶⁷. Le régime du droit d'auteur met en œuvre, au contraire, un modèle d'appropriation des créations qui pousse le principe de la propriété de l'individu à son paroxysme du fait du caractère très personnel du fruit de la création. Un tel régime ne peut concerner que des objets réellement créatifs, réellement marqués par l'empreinte de la personnalité de leurs créateurs et non un simple investissement personnel du travailleur. C'est en effet la nature de l'objet qui en détermine le régime. Cela explique sans doute pourquoi aujourd'hui le régime du droit d'auteur est contesté : le niveau de protection s'effritant, le critère de l'originalité étant « à géométrie variable » et admettant l'investissement personnel en lieu et place de l'empreinte de personnalité, le régime de la création salariée paraît moins légitime pour les « créations les moins créatives ». Si certains pays ont fait le choix de la distinction entre créations à niveau de protection élevé et petite monnaie et assument donc de les traiter différemment¹⁹⁶⁸, le droit français refuse toute discrimination. Pourtant, un critère de protection « à géométrie variable » pourrait justifier un régime de protection « à géométrie variable » ; autrement dit, justifierait l'adoption d'un régime *sui generis*. Un régime fondé sur la propriété de l'individu ne convient qu'à des objets qui entretiennent un lien fort avec la personnalité de celui qui les a produits. Pour ces objets particuliers, un régime spécifique est toujours justifié, et il faut continuer de les protéger en tant que tels. Les inventions ont-elles vocation à se voir appliquer un régime personnaliste ? Tout dépend de la définition de l'objet du droit des brevets. La distinction du titre et de l'invention a permis de « neutraliser » la question du personnalisme et de l'invention, neutralisant définitivement les revendications des inventeurs : le titre est neutre et justifie l'attribution initiale des droits à un autre que l'inventeur. Si l'on admettait que l'invention, et non plus le titre, doit être l'objet de la propriété intellectuelle, alors la question de la nature de l'invention devrait être posée. Par ailleurs, une telle question renvoie une fois de plus à celle des critères de protection. Plus l'accès à la protection est facilité aux objets non créatifs mais

¹⁹⁶⁷ Cf. supra n°89, n°100 et s.

¹⁹⁶⁸ M. Buydens, *La protection de la quasi-crétation : information, publicité, mode, photographies documentaires et esthétique industrielle*, Larcier, 1993.

ayant fait l'objet d'investissements substantiels, moins le concept d'invention justifie l'adoption d'un régime personnaliste. La prégnance actuelle du critère de l'investissement dans l'accès à la protection et la faveur à l'industrie fondent le régime actuel mais une conception plus personnaliste est envisageable. Une acception plus restrictive de l'invention, objet de propriété intellectuelle, pourrait alors impliquer la mise en place d'un régime personnaliste.

553. **Principes directeurs du régime.** Un tel régime a pour principe essentiel la distinction du travail et de la création, d'où l'attribution initiale des droits au créateur et l'existence d'une cession entre le créateur et l'exploitant sous la forme d'un contrat de droit civil (au même titre qu'un contrat de vente, de louage ou d'entreprise) distinct du contrat de travail. La spécificité de la relation entre employeur et subordonné doit toutefois être prise en compte et justifie un aménagement du droit de la cession. Le contrat de travail implique en effet une relation privilégiée entre l'employeur et le salarié, qui a vocation à se doubler d'une relation exploitant – auteur. L'employeur étant un industriel susceptible d'exploiter la création déjà en lien avec l'auteur, il a naturellement vocation à devenir le partenaire de l'auteur dans la mise en œuvre de l'exploitation de l'œuvre créée. Cette « vocation naturelle à l'exploitation » ne figure pas expressément dans la loi sur le droit d'auteur. Le régime pourrait être complété en ce sens, par exemple par la mise en place expresse d'un droit de préférence¹⁹⁶⁹. Le principe de la propriété dérivée de l'employeur ne se discutant pas, reste la négociation des conditions de la cession. La rapidité des affaires peut exiger que la cession ne soit pas soumise à des formes trop contraignantes. Sur le fond, la conclusion du contrat d'exploitation doit néanmoins rester soumise à l'expression d'un consentement à propos de l'objet et de sa contrepartie. Toute cession devrait en effet faire l'objet d'une contrepartie : le paiement d'un prix. Or le salaire ne devrait pas pouvoir constituer le paiement de ce prix. Le salaire rémunère le travail, la subordination et la vocation à la propriété dérivée de l'employeur ; le prix rémunère la cession effective des droits sur l'œuvre réellement créée et acceptée par l'employeur. Un tel dispositif implique que la rémunération de la cession soit qualifiée de prix et non de salaire, échappant à ce titre aux cotisations sociales spécifiques aux salaires¹⁹⁷⁰. La distinction du travail et de la création oblige à un raisonnement création par création car elle distingue l'activité du créateur salarié du fruit de cette activité. La cession des droits sur des créations ainsi individualisées devrait conduire au paiement de prix individualisés. Ce sont toutes ces questions qu'une réforme devrait aborder et tenter de régler. Il est utile pour ce faire d'étudier les mécanismes

¹⁹⁶⁹ P. Gaudrat, rapport préc. ; F. Pollaud-Dulian, « Ombre et lumière sur le droit d'auteur des salariés », préc.

¹⁹⁷⁰ Cf. supra n°535 et s.

mis en place dans les systèmes étrangers ayant adopté un régime de titularité fondé sur un tel modèle (I) avant de proposer une réforme du droit français (II)

§ 1. EXEMPLES ÉTRANGERS

554. S'il y a presque autant de régimes de propriété intellectuelle différents qu'il y a d'États, on peut remarquer quelques grandes orientations et distinguer les législations étrangères selon qu'elles se concentrent sur les aménagements de la cession, la garantie de la rémunération ou de l'exploitation. Ces législations varient aussi par les équilibres qu'elles cherchent à mettre en place entre droits de l'employeur et droits des salariés. La diversité tient donc plus aux différentes combinaisons des techniques juridiques qu'à la multitude de techniques. On étudiera dans un premier temps les mécanismes étrangers relevant du droit d'auteur (A) et, dans un second temps, ceux relevant du droit des brevets (B).

A. En droit d'auteur

555. **Recherche d'un équilibre.** L'étude des législations étrangères démontre qu'il n'y a pas de solution miracle, pas de régime parfait en matière de création salariée¹⁹⁷¹. Loin de trouver dans cette analyse, une solution universelle qui s'imposerait avec flagrance, on découvre de nombreux aménagements possibles qui contribuent à la variété des régimes existants. On peut néanmoins remarquer quelques grandes tendances, la première étant la recherche d'un équilibre respectant les droits de l'employeur comme du salarié. Loin d'être manichéistes, les législations jouent généralement de contrepoints pour atténuer le principe qu'elles mettent en exergue. Ainsi, selon la législation tchèque, l'employeur peut exercer les droits en son nom et pour son propre compte sans avoir à négocier avec le salarié¹⁹⁷². Le salaire suffit en principe à rémunérer la jouissance des droits par l'employeur. Le salarié a toutefois droit à une rémunération supplémentaire équitable si le salaire est disproportionné par rapport aux résultats d'exploitation. Par ailleurs, la législation tchèque prend bien en considération le caractère *intuitu personae* de la relation entre l'employeur et le salarié. Le droit d'exploitation est lié à la personne de l'employeur et le salarié doit donc autoriser toutes les « sous-cessions ». De la même manière, en cas de dissolution de la société employeur, l'auteur retrouve la titularité de ses droits (mais pas après rupture du contrat de travail). Enfin,

¹⁹⁷¹ A. Lucas-Schloetter, *Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, Cahiers IRPI, n°5, 2004.

¹⁹⁷² La qualification du transfert est controversée en doctrine, qui semble majoritairement retenir toutefois la qualification de cession légale des droits. V. A. Lucas-Schloetter, *Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, préc. p.21.

favorisant avant tout l'exploitation, la législation tchèque prévoit la possibilité pour l'auteur salarié d'obtenir une licence en l'absence d'exploitation par l'employeur. Cette fine combinaison de mécanismes favorables pour les uns à l'employeur pour d'autres au salarié conduit Agnès Lucas-Schloetter à considérer que « *dans l'ensemble, si la réglementation tchèque de la création salariée semble au premier abord aller dans le sens des intérêts de l'employeur (qui acquiert une position très forte dans ses relations avec les tiers), elle apparaît finalement assez équilibrée, dans la mesure où des contre-pouvoirs sont prévus dans les relations entre l'auteur et l'employeur* »¹⁹⁷³. La plupart des législations étrangères cherchent ainsi à mettre en place un équilibre en favorisant l'obtention des droits par l'employeur, tout en apportant des garanties au salarié. On a ici recensé les différentes garanties au profit de l'employeur ou du salarié mises en place par les législations étrangères, qui intéressent tant la forme de la cession (1), que ses limites (2) ou les garanties en matière de rémunération (3).

1. Formes de la cession

556. Il existe différents aménagements relatifs à la forme de la cession : les législations les plus radicales ont mis en place une cession tacite, une cession légale ou une présomption de cession ; d'autres ont choisi une solution médiane et acceptent la cession des œuvres futures ou prévoient des exceptions au droit commun de la cession ; le moindre aménagement consiste à rappeler l'exigence de bonne foi dans les relations contractuelles.

557. **Silence de la loi et cession tacite.** Dans le silence de la loi, la cession tacite des droits à l'employeur est admise en droit suisse et en droit italien. En droit suisse, l'existence du contrat de travail suffit à emporter transfert des droits sur les œuvres « de service » à l'employeur¹⁹⁷⁴. Il s'agit d'une création « de mission », au sens du droit des brevets français, le fait générateur du transfert de droit étant la création dans le cadre des fonctions qu'exerce le salarié au sein de l'entreprise. Le législateur italien a de la même manière préféré laisser à la jurisprudence le soin de définir le régime de la création salariée. La doctrine estime majoritairement qu'à défaut de prévisions contractuelles spécifiques, il convient de se référer

¹⁹⁷³ A. Lucas-Schloetter, *Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, préc., p.18.

¹⁹⁷⁴ I. Cherpillod, *Le droit d'auteur en Suisse, Précis et guide pratique*, Cedidac, n°3, 1986, p.80 : « *l'employé crée dans l'exercice de son activité au service de l'employeur et conformément à ses obligations contractuelles. Il n'est cependant pas nécessaire que l'employé ait été engagé spécifiquement pour créer une ou plusieurs œuvres : une œuvre est dite « de service » lorsqu'elle est en lien étroit avec les obligations de l'employé (y compris celles qui découlent de sa fonction). Un tel lien peut exceptionnellement exister même si l'œuvre n'a pas été accomplie pendant le temps de travail et au lieu de travail. Toutefois, de telles circonstances constituent un indice en défaveur de l'existence d'une œuvre de service* ».

au principe d'exécution du contrat de bonne foi ; elle en déduit donc le transfert des droits d'exploitation à l'employeur pour l'exercice des activités normales de l'entreprise¹⁹⁷⁵.

558. **Présomption de cession et cession légale.** Il ressort de l'étude d'Agnès Lucas-Schloetter que la plupart des législateurs des pays d'Europe continentale ont mis en place un mécanisme de présomption de cession ou de cession légale, on notera toutefois que ceux qui ont opté pour une *cessio legis*, l'ont souvent assortie de la faculté de prévision contractuelle contraire. Ces cessions légales n'ont donc pas plus de force contraignante qu'une présomption de cession¹⁹⁷⁶. Par ailleurs, si « *on peut distinguer entre [les lois nationales] qui instituent une simple présomption et celles qui consacrent une véritable cession, [il faut garder] à l'esprit que la différence d'intensité entre ces deux institutions (cession légale et simple présomption) peut être atténuée, voire inversée, en fonction de l'étendue des prérogatives concernées : une présomption de cession des droits patrimoniaux en général peut avoir des effets plus larges qu'une véritable cession ordonnée certes par la loi, mais qui ne vise que le mode d'utilisation nécessaire à l'employeur et se réfère éventuellement aussi à la finalité du contrat de travail ou à la commune intention des parties* »¹⁹⁷⁷. De la même manière, la loi hongroise en exigeant le consentement de l'auteur à la publication, semble exclure l'existence d'une présomption de cession ou d'une cession légale. Toutefois, dès lors que la remise de l'œuvre constitue une manifestation de volonté suffisante pour les œuvres dont la création est une obligation issue du contrat de travail, l'exigence de cession revient en pratique à une présomption de cession¹⁹⁷⁸. La loi portugaise n'a pas mis en place de présomption de cession et s'en remet aux parties. Toutefois, une combinaison de présomptions de titularité supplétives de volonté permet, dans le silence des contrats, de déterminer la titularité des droits. Ainsi, l'œuvre divulguée sous le nom de l'auteur lui appartient, sauf disposition contractuelle contraire, et l'employeur n'est présumé être titulaire des droits que pour les œuvres divulguées sous son seul nom. Si l'intention du législateur est louable en soi puisque ces présomptions en cascade désignent systématiquement un titulaire de droits, Agnès Lucas-Schloetter critique un tel système qui fait dépendre « *la titularité des droits d'exploitation sur l'œuvre de service (...) du respect du droit à la paternité de l'auteur salarié* »¹⁹⁷⁹ par l'employeur ou de la possibilité matérielle d'indiquer le nom de l'auteur sur l'œuvre. Plutôt qu'une cession légale, certains législateurs ont préféré s'en remettre à la volonté des parties. Pour éviter les contraintes d'une négociation œuvre par œuvre, ils ont aménagé

¹⁹⁷⁵ A. Lucas-Schloetter, *Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, préc., p.40.

¹⁹⁷⁶ A. Lucas-Schloetter, *Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, préc., p.19

¹⁹⁷⁷ A. Lucas-Schloetter, *Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, préc., p.10.

¹⁹⁷⁸ A. Lucas-Schloetter, *Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, préc., p.12.

¹⁹⁷⁹ A. Lucas-Schloetter, *Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, préc., p.29

l'interdiction de la cession globale des œuvres futures, courante dans les législations d'Europe continentale.

559. **Aménagement de l'interdiction de la cession globale des œuvres futures.** Dans les législations espagnole, allemande et polonaise¹⁹⁸⁰, le principe d'interdiction de la cession globale des œuvres futures ne s'applique pas à la relation salariée puisque le contrat de travail a justement vocation à structurer une relation à durée indéterminée entre un créateur qui crée pour le compte et sous l'autorité d'autrui et la personne qui organise la création et l'exploitation des œuvres ainsi créées. En droit allemand, l'éviction de l'interdiction de la cession globale des œuvres futures conduit par ailleurs à écarter la règle permettant à celui qui a cédé ses droits sur ses œuvres futures de dénoncer ce contrat au bout de cinq ans. La doctrine allemande considère qu'il serait en effet « *contradictoire de pouvoir mettre fin à l'obligation de concéder des droits d'utilisation, résultant du contrat de travail, alors que ce dernier subsiste* »¹⁹⁸¹. On notera toutefois l'originalité du mécanisme qui aurait permis d'obliger l'autre partie à renégocier les conditions de la cession sans avoir pour autant à menacer le cocontractant d'une rupture définitive des relations contractuelles. Un tel mécanisme favorise la renégociation régulière des conditions de la cession sans pour autant obliger à une négociation œuvre par œuvre, surtout lorsque le contexte de l'exploitation n'a pas changé. On peut se demander si cette faculté de dénonciation ne devrait pas être simplement suspendue pendant le temps du contrat de travail. D'autres législations admettent, elles, la cession des œuvres à créer dans un temps donné¹⁹⁸². La loi belge, elle, a non seulement admis la cession des droits à l'occasion de la signature du contrat de travail¹⁹⁸³ mais aussi facilité cette cession en dispensant les parties de préciser expressément les conditions de la cession.

¹⁹⁸⁰ V. A. Lucas-Schloetter, *Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, préc. p.72 : « en Espagne, l'article 43 alinéa 3 de la loi sur le droit d'auteur dispose qu'est « nulle la cession des droits d'exploitation relatifs à l'ensemble des œuvres que l'auteur pourra créer à l'avenir ». Or l'on peut considérer que la condition n'est pas remplie dans le cas de la création salariée, dans la mesure où l'auteur peut toujours se libérer des liens de son contrat de travail, de sorte que la cession consentie à l'employeur ne porte pas sur « l'ensemble » des œuvres qu'il est susceptible de créer à l'avenir. De même en Pologne, la loi sur le droit d'auteur prévoit la nullité de « tout contrat concernant toutes les œuvres, ou toutes les œuvres d'un genre déterminé, d'un même créateur, devant être créées dans l'avenir ». Or la doctrine polonaise considère que la disposition ne fait pas obstacle à la cession des droits à l'employeur sur toutes les œuvres que l'auteur sera amené à créer dans le cadre de son contrat de travail ».

¹⁹⁸¹ R. Krasser, « Urheberrecht in Arbeits-, Dienst- und Auftragsverhältnissen », in *Mélanges Schrickler, Urhebervertragsrecht*, 1995, ed. Beck, p.93, cité in A. Lucas-Schloetter, *Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, préc. p.73.

¹⁹⁸² Tel est le cas par exemple de la législation portugaise qui admet la cession des droits portant sur les œuvres à créer dans un délai de dix ans.

¹⁹⁸³ Le droit belge admet la cession des droits portant sur des œuvres futures dès lors que ces œuvres sont limitées en genre et en durée. Cette disposition n'a pas vocation à s'appliquer en cas de relation salariée.

560. **Exceptions au droit commun de la cession.** Considérant que « *les œuvres réalisées en exécution d'un contrat d'emploi doivent pouvoir être acquises et exploitées par l'employeur ou l'administration publique sans entraves excessives* »¹⁹⁸⁴, le droit belge réduit conséquemment le droit des auteurs salariés¹⁹⁸⁵. Certes, la cession des droits d'auteur du salarié n'est pas légale et ne saurait être implicite : elle doit être mentionnée dans le contrat de travail et ne vaut que pour les œuvres créées en exécution du contrat de travail. Toutefois, la clause de cession n'a pas à préciser les termes de la cession, le droit belge dispensant les parties d'une telle négociation¹⁹⁸⁶ et renvoyant aux partenaires sociaux le soin de négocier les limites de la cession.

561. L'analyse des systèmes étrangers démontre la diversité des mécanismes de transfert des droits d'exploitation : cession implicite, cession légale, présomption de cession, présomption de titularité, cession des œuvres futures créées à l'occasion du contrat de travail. Ces mécanismes s'ils sont à distinguer du point de vue de la technique juridique ne permettent pas pour autant de classer les législations comme étant plus ou moins favorables à l'employeur ou au salarié. En effet, l'analyse démontre que c'est moins le mécanisme qui importe que l'étendue ou les limites de la cession. A ce titre, un certain nombre de ces législations, loin d'organiser un transfert pur et simple de l'intégralité des droits d'exploitation à l'employeur, proposent des dispositifs intéressants, qui démontrent que le principe de vocation de l'employeur aux fruits du travail de son salarié est apprécié avec nuances, et dans les seules limites du contrat de travail.

¹⁹⁸⁴ A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Bruxelles, 1995, ed. Larcier, p.174.

¹⁹⁸⁵ Selon l'article 3§3 de la loi belge du 30 juin 1994, « *lorsque des œuvres sont créées par un auteur en exécution d'un contrat de travail ou d'un statut, les droits patrimoniaux peuvent être cédés à l'employeur pour autant que la cession des droits soit expressément prévue et que la création de l'œuvre entre dans le champ du contrat ou du statut. Lorsque des œuvres sont créées par un auteur en exécution d'un contrat de commande, les droits patrimoniaux peuvent être cédés à celui qui a passé la commande pour autant que l'activité de ce dernier relève de l'industrie non culturelle ou de la publicité, que l'œuvre soit destinée à cette activité et que la cession des droits soit expressément prévue. Dans ces cas, le § 1^{er}, alinéas 4 à 6 [prévision pour chaque mode d'exploitation d'une rémunération, de l'étendue et de la durée de la cession, obligation d'exploiter conformément aux usages honnêtes de la profession, nullité des cessions pour des modes d'exploitation non inconnus], et le § 2 [limitation en durée et genre de la cession des droits patrimoniaux sur les œuvres futures] ne s'appliquent pas. La clause qui confère au cessionnaire d'un droit d'auteur le droit d'exploiter l'œuvre sous une forme inconnue à la date du contrat ou de l'engagement sous statut doit être expresse et stipuler une participation au profit généré par cette exploitation. Des accords collectifs peuvent déterminer l'étendue et les modalités du transfert* ».

¹⁹⁸⁶ Sauf à ce que le salarié autorise une exploitation sous forme inconnue à la date du contrat et que le contrat prévoit une participation du salarié au profit généré par cette exploitation. Hors la création sous lien d'engagement, une telle stipulation serait nulle, de nullité absolue.

2. Limites de la cession

562. Divers principes ont pu être mis en place par les législateurs étrangers pour limiter l'étendue de la cession des droits d'exploitation à l'employeur, appliquant ici le principe de cession délimitée des droits patrimoniaux, principe fondamental du droit d'auteur continental consacré en droit français par l'article L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle. On compte parmi les limites les plus courantes : la limitation de la cession dans le temps, la cession finalisée, l'obligation d'exploiter, la conservation de certains droits d'exploitation par l'auteur.

563. **Cession limitée dans le temps.** Un certain nombre de législations prévoient une limitation dans le temps de la cession des droits d'exploitation à l'employeur, illustrant le principe de délimitation temporelle de la cession. La loi lituanienne¹⁹⁸⁷ prévoit une cession légale des droits à l'employeur mais la limite à une durée de cinq ans. La loi slovène¹⁹⁸⁸ institue une présomption de cession exclusive des droits à l'employeur pour une durée de dix ans à compter de l'achèvement de l'œuvre. La loi roumaine¹⁹⁸⁹ exige une cession expresse des droits par le salarié, qui doit être délimitée en durée¹⁹⁹⁰. Passé ce délai, les droits patrimoniaux reviennent à l'auteur. L'introduction d'une limite temporelle à la cession est intéressante dans la mesure où nombreuses sont les œuvres qui ont une durée de vie limitée. Tel est le cas des œuvres d'actualités, au premier titre desquels les articles ou les photographies de presse, ou des œuvres de modes. Mais c'est aussi le cas d'autres œuvres relevant de genres *a priori* plus atemporels, secteur littéraire, musical ou cinématographique, où l'on observe l'obsolescence rapide des œuvres. La combinaison d'un mécanisme de transfert automatique ou simplifié des droits d'exploitation à l'employeur et d'une limite temporelle à cette cession permet de concilier les intérêts de l'employeur et de l'auteur. En effet, le transfert automatique des droits pendant une durée limitée permet à l'employeur de couvrir les exploitations « ordinaires » des créations de ses salariés. La plupart des œuvres ne feront l'objet que d'une exploitation de courte durée ou, au-delà d'un certain délai, ne seront jamais – ou peu probablement – exploitées. En revanche, si une création connaissait un succès particulier amenant l'employeur à envisager une exploitation au-delà des limites temporelles de la cession, les conditions de la cession pour la poursuite de l'exploitation devront être négociées avec le salarié. Or, si le

¹⁹⁸⁷ Loi du 18 mai 1999, art. 9. V. A. Lucas-Schloetter, *Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, préc., p.16.

¹⁹⁸⁸ Loi du 30 mars 1978, modifiée par loi du 11 avril 1990, art. 101.

¹⁹⁸⁹ Loi du 14 mars 1996, art. 44.

¹⁹⁹⁰ A défaut de prévision contractuelle, les droits sont cédés pour seulement trois ans après la remise de l'œuvre.

salarié est toujours ici subordonné à l'employeur, la propriété et le succès de la création rééquilibre le rapport de force au moment de la négociation. Il en est de même en cas de nouvelle exploitation de l'œuvre, distincte de la première, telle la réédition, l'exploitation au sein d'archives ou à titre de rétrospective. L'employeur qui souhaite multiplier les exploitations de l'œuvre ou du moins s'en préserver la possibilité doit alors négocier une cession de droits spécifique. Un autre moyen de limiter la cession en fonction de l'exploitation faite par l'employeur consiste à limiter la cession en fonction de la finalité du contrat.

564. **Cession finalisée.** L'une des plus importantes des garanties accordées à l'auteur par le droit allemand¹⁹⁹¹ est le principe de cession finalisée. Si le contrat de travail peut prévoir la cession des droits à l'employeur sans tomber sous le coup de l'interdiction de la cession globale des œuvres futures, cette cession doit, en contrepartie, être limitée à la finalité du contrat de travail. Le Professeur Cherpillod définit la théorie de la finalité comme un « *principe (...) général, selon lequel en matière de transfert de droits d'auteur, le cédant ne transfère pas plus de droits que ne l'exige le but visé par le contrat, lorsqu'il existe un doute sur l'étendue des droits cédés (...). L'idée à la base de cette théorie est que l'auteur doit recevoir une rémunération pour chaque forme d'exploitation de son œuvre ; ainsi, lorsqu'il existe un doute sur l'étendue de la cession consentie par l'auteur, on doit admettre que le cocontractant acquiert les prérogatives nécessaires à l'exploitation qui était visée, mais non les autres (qui devront le cas échéant faire l'objet d'une cession et d'une rémunération distincte)* »¹⁹⁹². Par exemple, « *sauf convention contraire, l'éditeur n'acquiert le droit de publier qu'une seule édition, le droit de traduction demeurant à l'auteur* »¹⁹⁹³. Il en est de même de la publication d'un article dans un seul journal. Il est donc essentiel de définir le but du contrat et de le définir de manière « *objective* » : « *s'il existe un doute quant à l'étendue de la cession, on examine objectivement quels sont les droits qui doivent le cas échéant être concédés compte tenu du but du contrat ; ainsi, le cocontractant se verra non seulement reconnaître les droits qui lui ont été expressément concédés, mais aussi ceux qui lui sont nécessaires en égard au but du contrat. Mais si un droit n'est ni expressément concédé, ni nécessaire à l'achèvement du but du contrat, on doit alors admettre, dans le doute, que l'auteur en reste titulaire* »¹⁹⁹⁴. Le Professeur Cherpillod note qu'il n'y a pas d'exception au droit commun des contrats d'auteur pour les œuvres des employés. Toutefois, la cession peut être tacite, d'où l'importance de la théorie de la finalité, même si la

¹⁹⁹¹ Il en est de même en droit suisse. C'est d'ailleurs sur le principe de cession finalisée que le professeur Cherpillod fonde la nécessité de limiter la cession dans le temps et dans l'espace : I. Cherpillod, « Titularité et transfert des droits », in *La nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur*, F. Marchetto (dir.), ceditac, n°26, 1994, p.69, spéc. p.108

¹⁹⁹² I. Cherpillod, « titularité et transfert des droits », préc., spéc. p.95.

¹⁹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁹⁴ *Ibidem*, p.98.

doctrine suisse considère qu'elle doit être opposée à l'employeur d'une manière assouplie¹⁹⁹⁵. En l'absence de but précisé dans le contrat de travail, il conviendra donc de se référer à l'activité de l'entreprise. Nombreux sont les législateurs à avoir mis en place le principe de cession finalisée. Tel est notamment le cas des lois allemande, suisse, polonaise, slovaque, bulgare, croate, grecque et espagnole. Les régimes mis en place varient néanmoins. Certaines lois mettent en place une cession légale finalisée¹⁹⁹⁶ mais admettent que l'employeur puisse se faire céder l'ensemble des droits patrimoniaux par contrat¹⁹⁹⁷. En effet, « *cette règle permet à l'auteur toute autre utilisation de son œuvre en dehors du but de son contrat de travail* »¹⁹⁹⁸. Ainsi, si l'employeur souhaite une cession exclusive des droits et interdire toute autre exploitation à l'auteur, il doit se faire céder l'ensemble des utilités de l'œuvre, autrement dit obtenir la cession du monopole d'exploitation à travers une cession « délimitée » prévoyant l'ensemble des exploitations possibles, et soumise au droit commun de la cession. Ce mécanisme permet là-encore de distinguer selon les créations : dans la plupart des cas, l'employeur exploite les créations dans les limites de son activité habituelle et selon les standards de cette activité, il n'a en réalité besoin d'obtenir une cession « complète » que pour les créations qui présentent un

¹⁹⁹⁵ I. Cherpillod, « titularité et transfert des droits », préc. p.107 : « *une partie de la doctrine relève à juste titre que la théorie de la finalité ne doit pas être appliquée trop restrictivement au détriment de l'employeur, car le but d'un contrat de travail implique en lui-même que le résultat de l'activité du travailleur puisse être largement exploité par l'employeur ; ainsi, ce dernier devrait même selon certains se voir reconnaître la titularité de tous les droits patrimoniaux portant sur les œuvres de service dont le caractère artistique est pratiquement inexistant ('petites monnaies', catalogues, modes d'emploi, etc.) mais aussi sur les œuvres dont les formes d'exploitation ne sont guère dissociables (dessins publicitaires, photographies, produits de l'art appliqué à l'industrie, par exemple)* ». On notera qu'en droit suisse, la rémunération peut toujours être forfaitaire. Le paiement du salaire peut donc suffire. Dans ce système peu favorable à l'auteur, tout dépend de ce que les juges vont considérer comme étant des activités indissociables ou comme les suites normales de l'exploitation...

¹⁹⁹⁶ Cession légale ou cession implicite. V. A. Lucas-Schloetter, *Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, préc., p.37, qui commente la loi slovaque du 5 déc. 1997, modifiée le 6 juin 2000 et explique comment, en l'absence de dispositions spécifiques à la création salariée dans la loi, les principes de droit commun s'appliquent à la cession entre l'employeur et le salarié : « *cette « cession » implicite, dont la loi ne dit mot mais qui est évoquée dans les travaux préparatoires, intervient au plus tard avec la remise de l'œuvre à l'employeur, mais le plus souvent dès la conclusion du contrat de travail. Son étendue est déterminée, dans le silence du contrat de travail et des conventions collectives, en fonction du but que l'œuvre est appelée à remplir, ce qui n'est qu'une application de la théorie dite de la cession finalisée (Zweckübertragungstheorie) consacrée à l'article 31 alinéa 5 de la loi sur le droit d'auteur. Seuls sont donc transmis à l'employeur les droits dont celui-ci a besoin pour l'utilisation de l'œuvre dans le cadre de l'entreprise en égard au but du contrat de travail* ».

¹⁹⁹⁷ C'est le cas de la loi polonaise du 4 février 1994. V. A. Lucas-Schloetter, *Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, préc., p.10 et 11. V. aussi la loi espagnole du 11 novembre 1987, art. 51 al. 1. V. A. Lucas-Schloetter, *Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, préc., p.26, qui considère que cela n'interdit pas l'exploitation de nouveaux produits ou l'élargissement à de nouveaux modes d'exploitation, sinon cela empêcherait toute innovation. En revanche, il faut impérativement un écrit pour une exploitation plus importante, notamment exclusive

¹⁹⁹⁸ G. Koumantos, « La nouvelle loi hellénique sur le droit d'auteur et les droit voisins », *RIDA* janv. 1994, n°159, p.231.

intérêt exceptionnel et pour lesquelles des exploitations inhabituelles peuvent être envisagées. Il peut paraître raisonnable que le législateur prévoit un dispositif couvrant les exploitations « ordinaires » entrant dans le champ d'activité normale de l'entreprise, afin de faciliter l'exploitation des œuvres à exploitation ordinaire mais que l'exploitation des œuvres présentant un intérêt exceptionnel soit soumise à une négociation contractuelle spécifique avec le salarié. Certaines législations, pour protéger le salarié, imposent la cession finalisée et rejettent une cession globale des œuvres futures : le contrat de travail et les conventions collectives ne peuvent étendre le champ de la cession au-delà du champ habituel d'activité de l'entreprise¹⁹⁹⁹. On comprend que si ces législations admettent que l'employeur est un exploitant privilégié qui bénéficie d'un assouplissement des conditions de cession traditionnelles, elles ne lui accordent pas une propriété pleine et entière sur l'œuvre créée dans un rapport de subordination. Si l'employeur a l'occasion de développer une exploitation au-delà de sa sphère traditionnelle d'activité, notamment du fait du retentissement de certaines œuvres créées dans son entreprise, il doit faire profiter le salarié de cet essor : la garantie de la rémunération se trouve alors dans l'obligation de négocier les conditions de cette nouvelle exploitation. Le mécanisme paraît équilibré. On peut toutefois se demander comment se définit la sphère habituelle d'activité de l'employeur²⁰⁰⁰. Le Professeur Dietz considère insuffisants les principes d'interprétation des contrats et de limite de la cession : « *ce genre de*

¹⁹⁹⁹ La loi croate du 26 juin 1991 sur le droit d'auteur prévoyait un dispositif très complet pour les œuvres des salariés. L'article 21 prévoyait notamment le droit pour l'employeur d'exploiter l'œuvre de son salarié mais limitait cette exploitation au cadre de son activité habituelle et à cinq années. Une rémunération spéciale, fixée par le contrat ou la convention collective, devait être prévue. Le salarié disposait de tous les autres droits d'auteur sur son œuvre de service et ces derniers ne pouvaient être limités ni par les conventions collectives, ni par le contrat de travail, ni par tout autre contrat (art. 21 al. 4). On notera que l'article 22 disposait que l'employeur n'était autorisé à publier qu'une première édition de l'œuvre (al. 1) et qu'il était obligé d'indiquer le nom ou le pseudonyme de l'auteur (al. 2). La cession automatique finalisée était donc limitée à la première exploitation dans le champ de l'activité de l'entreprise. Ces dispositions ont disparu lors de la refonte de la loi sur le droit d'auteur. Désormais, l'article 75 de la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins, telle que modifiée pour la dernière fois en juillet 2011, prévoit que le contrat de travail doit préciser si l'employeur acquiert ou non les droits relatifs aux œuvres du salarié créées dans l'exercice de ses missions, et à quelles conditions (notamment étendue et durée de la cession). A défaut de prévision contractuelle, l'œuvre appartient à l'auteur sans aucune limitation. La cession n'est donc plus finalisée mais doit être expresse.

²⁰⁰⁰ Le contrat de travail étant un contrat à exécution successive qui a vocation à durer dans le temps, on peut légitimement penser que la sphère d'activité de l'employeur peut être amenée à évoluer au cours de son exécution. Si l'on admet que l'activité de l'entreprise puisse varier dans le temps, il conviendra de déterminer à partir de quand une activité nouvelle devient une activité habituelle. Doit-on prendre en compte la seule activité existant au moment de la signature du contrat de travail ? Les salariés d'une même entreprise pourraient alors être soumis à des régimes différents selon leur ordre d'arrivée dans l'entreprise. Faut-il se référer à la date de création de l'œuvre ? Les œuvres créées seront alors soumises à des cessions dont l'étendue variera selon le moment de leur création. Différentes œuvres du même auteur seront alors soumises à des régimes distincts en fonction de leur date de création.

disposition ne représente en fin de compte que des 'clauses de réparation' post festum dans la situation où l'enfant' (à savoir l'auteur) est déjà 'tombé dans le puits', comme nous disons en Allemagne. C'est donc à l'auteur qu'incombe la tâche risquée de se défendre. Cela vaut particulièrement pour le deuxième des principes susmentionnés, à savoir le principe de l'interprétation d'une concession d'un droit d'usage, limitée à la finalité du contrat (Zweckübertragungsgrundsatz). Concrètement, cette méthode d'interprétation n'entre en jeu qu'en cas de doute, surtout quand les modes d'exploitation de l'œuvre concédés par l'auteur ne sont pas désignés en détail dans le contrat. Les praticiens du droit et les avocats réagiront sans doute très vite – encouragés et orientés dans ce sens par la jurisprudence de la cour fédérale de Justice – pour éliminer les points dont l'interprétation serait incertaine dans les contrats futurs, ce qui accroîtra considérablement la longueur des contrats jusqu'aux contrats monstres de la pratique des États-Unis »²⁰⁰¹. Le Professeur Dietz fait finalement observer que « d'une manière beaucoup plus courageuse, la loi de réforme de 2002 a fait de la question de la rémunération de l'auteur et de la participation économique à l'exploitation de son œuvre l'objet central des efforts de réforme ». Le Professeur Quaedvlieg note que le principe de la cession finalisée ne peut être sans incidence sur la rémunération de l'auteur : « à la différence du droit des brevets, on peut soutenir avec plausibilité qu'en droit d'auteur, l'employeur ne saurait acquérir de droits d'exploitation hors de son champ de commerce habituel. On peut néanmoins s'interroger sur les conséquences possibles d'une telle solution pour le droit à une rémunération supplémentaire. Il ne serait pas tout à fait déraisonnable de prétendre que l'auteur a déjà reçu une récompense sous la forme de droits d'exploitation qui ne reviennent pas à l'employeur, et que celle-ci devra être prise en compte en fixant la rémunération supplémentaire »²⁰⁰². Cela nous ramène une fois encore aux difficultés issues de l'entrelacs des relations de travail et d'exploitation. De la double nature de l'œuvre, produit du travail et de la création naissent deux vocations à la propriété concurrentes, qui ne peuvent que s'exercer sur un même objet : le monopole d'exploitation. Le principe de cession finalisée ainsi interprété conduit à distinguer ce qui revient de droit à l'employeur de ce qui appartient à l'auteur. Le salaire rémunère l'activité salariée qui consiste à participer à l'activité de l'entreprise, et concrètement à produire un objet que l'entreprise va commercialiser. Seule la part de l'objet commercialisable par l'entreprise va intéresser l'entreprise ; autrement dit seules les utilités du droit d'auteur nécessaires à l'exploitation par l'entreprise sont concernées par la relation de travail. Le salaire correspond à la rémunération de cette activité. Les autres utilités du bien ne sont pas concernées par la relation de travail, elles reviennent au salarié et devront être acquises par l'employeur s'il

²⁰⁰¹ A. Dietz, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en Allemagne, critique et prospective, Quatorze thèses », in *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Litec, coll. le droit des affaires, propriété intellectuelle, n°29, 2007, rencontres franco-allemandes.

²⁰⁰² A. Quaedvlieg, « Salaire, profit, propriété intellectuelle. Observations générales sur le droit du travail, le droit de la propriété intellectuelle et le droit des sociétés », préc., spéc. p.733.

souhaite en jouir. Or la propriété est le mode de rémunération classique de la création. L'auteur salarié est donc rémunéré à la fois en salaire et en propriété puisqu'il produit à la fois du travail et de la création. On remarquera que les lois évoquant une cession finalisée ne prévoient souvent une rémunération supplémentaire qu'en cas de disproportion entre le salaire et l'exploitation²⁰⁰³ et en cas d'exploitation hors du cadre habituel de l'activité de l'entreprise. A défaut de cession expresse, le salarié resterait théoriquement titulaire des autres utilités de l'œuvre. Peut-il pour autant l'exploiter à ses propres fins, ou cette limite vise-t-elle seulement à obliger l'employeur à la négociation ?

565. **Exception à l'exclusivité accordée à l'employeur au profit de l'auteur.** Les lois qui admettent expressément la conservation exceptionnelle de certains droits au salarié prévoient essentiellement la possibilité pour l'auteur de publier ses œuvres complètes²⁰⁰⁴. On notera que quelles que soient les prérogatives conservées par l'auteur, celles-ci ne semblent pas pouvoir être exercées arbitrairement, et surtout à l'encontre de l'intérêt de l'employeur, l'obligation de loyauté du salarié, inhérente au contrat de travail, lui interdit de concurrencer son employeur et donc de nuire à l'exploitation de l'œuvre créée dans le cadre du contrat de travail²⁰⁰⁵. Encore faut-il que l'employeur exploite l'œuvre de son salarié...

566. **Obligation d'exploitation.** La loi polonaise²⁰⁰⁶ exige que l'employeur exploite l'œuvre. A défaut d'exploitation pendant deux ans, l'auteur bénéficie d'un droit de « retrait » et peut recouvrer l'usage de ses droits. Le contrat peut toutefois en disposer autrement. Le dispositif est intéressant dans la mesure où l'employeur qui souhaite se préserver un plus grand laps de temps pour décider ou non de l'exploitation peut en faire un point de négociation. C'est une alternative intéressante à la limitation temporelle de la cession. Par ailleurs, il n'y a pas de « sanction automatique » de l'absence d'exploitation. On peut en effet considérer qu'en pratique, dans la plupart des cas, seul le salarié qui envisage d'exploiter lui-même l'œuvre sera assez diligent pour exercer son droit de retrait. Ce dispositif est conforme au principe de faveur à l'exploitation inhérent à la propriété intellectuelle.

²⁰⁰³ Loi bulgare du 16 juin 1993. V. A. Lucas-Schloetter, *Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, préc., p.20.

²⁰⁰⁴ Pour exemple, loi slovène du 30 mars 1978, modifiée par la loi du 11 avril 1990, art. 101 ; loi roumaine du 14 mars 1996.

²⁰⁰⁵ Dans le même sens, I. Cherpillod, « titularité et transfert des droits », préc., p.110, qui note que le devoir de fidélité interdit au salarié d'exploiter l'œuvre dans des conditions qui nuisent à l'employeur même s'il a conservé certains droits d'utiliser l'œuvre. V. aussi la loi portugaise du 17 septembre 1985, modifiée le 27 novembre 1997, art. 15, al. 3.

²⁰⁰⁶ Loi du 4 février 1994.

567. Le principe d'acquisition des fruits du travail par l'employeur si souvent mis en exergue ne conduit pas nécessairement les législations étrangères à adopter un mécanisme de transfert automatique de l'intégralité du monopole d'exploitation, plusieurs législations proposent au contraire un régime de cession légale délimitée qui conduit à préserver la propriété du créateur et à lui permettre de pouvoir faire valoir ses droits, tout en permettant à l'employeur d'avoir la certitude qu'il pourra mener les exploitations correspondant à l'activité normale de son entreprise. A ce titre, ont particulièrement été remarqués la limite temporelle de la cession, le principe de cession finalisée et l'obligation d'exploitation. L'équilibre du dispositif de transfert automatique des droits à l'employeur peut être trouvé, au-delà de sa délimitation, au niveau des contreparties dont il fait l'objet, et particulièrement au niveau de la rémunération de la cession.

3. Rémunération de la cession

568. **Rémunération par le salaire.** Selon Agnès Lucas-Schloetter, « *dans la plupart des pays d'Europe continentale (...), le prix de la cession des droits d'exploitation à l'employeur est considéré comme inclus dans le salaire* »²⁰⁰⁷. Certaines législations excluent l'application des dispositions du droit commun de la cession relatives à la rémunération : la rémunération de la cession n'a pas à être mentionnée expressément²⁰⁰⁸, le principe de rémunération proportionnelle est clairement rejeté²⁰⁰⁹. La loi espagnole considère que toutes les sommes perçues par l'auteur salarié ont la qualité de salaire. La mise en œuvre du principe de rémunération équitable prend donc par principe la forme d'une réévaluation du salaire, notamment à l'occasion d'une action en révision. On remarquera toutefois l'existence d'un dispositif particulier concernant les artistes-interprètes qui relèvent de la convention collective applicable au secteur de l'audiovisuel : leur salaire ne vaut pas rémunération de la cession ; celle-ci fait l'objet du paiement d'une somme spéciale, instituée par la convention collective et constituée d'un pourcentage calculé sur le salaire²⁰¹⁰. Cette somme, qui varie en fonction des salaires versés, en a aussi la nature. On ne sort donc pas de la confusion entre travail et création, entre salaire et prix de la cession. Si l'auteur salarié n'a pas droit à une rémunération proportionnelle, les législations étrangères n'en considèrent pas moins que son salaire doit être proportionné aux gains réalisés grâce à l'exploitation de son œuvre. Au nom du principe de rémunération équitable, certaines lois

²⁰⁰⁷ A. Lucas-Schloetter, *Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, préc., p.74.

²⁰⁰⁸ Loi belge précitée.

²⁰⁰⁹ Loi grecque précitée.

²⁰¹⁰ A. Lucas-Schloetter, *Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, préc., p.74.

permettent donc la révision de la rémunération²⁰¹¹, d'autres permettent à l'auteur de réclamer une rémunération spéciale²⁰¹².

569. **Bestsellerparagraph, outstanding bénéfice et révision de la rémunération supplémentaire.** Certaines législations²⁰¹³, s'inspirant du droit allemand, font fort pragmatiquement une différence selon les œuvres, et selon leur succès. Il ne s'agit pas ici de juger du mérite des œuvres mais d'organiser le régime en fonction de la réalité du succès des créations et de trouver une solution simple, qui distingue les œuvres en fonction de ce succès. Le *bestsellerparagraph* facilite l'exploitation de la plupart des œuvres en admettant que le salaire rémunère la cession, tout en imposant exceptionnellement la rétribution supplémentaire d'une œuvre au succès exceptionnel, de manière à garantir une rémunération équitable à l'auteur salarié²⁰¹⁴. Le *bestsellerparagraph* permet donc l'association de l'auteur au succès de son œuvre, dès lors que, mais seulement si, succès il y a. Le Professeur Quaedvlieg considère que cette disposition s'inscrit dans la mouvance d'autres mécanismes du droit civil fondé sur l'équité ou la morale : le bon patronat, la bonne foi et l'imprévision. On remarquera, en dehors du droit allemand et des régimes qu'il a inspiré, le cas de la loi portugaise du 17 septembre 1985, modifiée le 27 novembre 1997, en son article 14, alinéa 4, qui prévoit deux cas où le créateur a droit à rémunération supplémentaire : « *lorsque la création intellectuelle va manifestement au-delà de l'accomplissement, même zélé, de la fonction ou de la tâche qui lui était confiée, (ou) lorsque les utilisations qui sont faites de l'œuvre ou les avantages qui en sont tirés n'ont été ni pris en compte, ni prévus lors de la fixation du montant de la rémunération équitable* »²⁰¹⁵. L'exception est ici appréciée non seulement en

²⁰¹¹ Pour le droit d'agir en révision : Allemagne, Espagne, Pologne, Roumanie, Bulgarie, Portugal.

²⁰¹² Pour le droit à rémunération équitable : Hongrie, Tchéquie, Estonie, Croatie.

²⁰¹³ V. loi tchèque, loi bulgare. V. A. Lucas-Schloetter, p.18 et s.

²⁰¹⁴ A. Quaedvlieg, « Salaire, profit, propriété intellectuelle. Observations générales sur le droit du travail, le droit de la propriété intellectuelle et le droit des sociétés », préc., p.735, en définit le principe : « *au paragraphe 36 de l'Urheberrechtsgesetz, surnommé le 'bestsellerparagraph' le droit allemand accorde à l'auteur un droit à rémunération supplémentaire s'il existe une disproportion flagrante entre la récompense reçue et les revenus produits par l'œuvre. Cette disposition est considérée également s'appliquer dans les relations de travail* ». Le Professeur Quaedvlieg examine le problème du point de vue de l'équité et considère qu'il faut rattacher la rémunération aux bénéfices réalisés mais seulement en cas de « *décalage inacceptable* » : « *le fait qu'il n'y ait injustice qu'en cas de gros décalage entre les bénéfices et la rémunération de l'employé, signifie que ce n'est pas une exigence de la justice que tout travailleur intellectuel ait droit à une rémunération proportionnelle. Lorsque les profits ne sont pas hors du commun, il est tout à fait défendable de soutenir que le salaire que touche l'employé contient une récompense raisonnable pour le droit exclusif exploité par l'employeur. C'est quand le droit exclusif génère des profits exceptionnels que l'équité peut exiger une récompense supplémentaire ; même si le salaire est élevé, il se peut qu'il ne contienne pas une récompense en proportion avec la valeur commerciale du droit. La Patents Act anglaise de 1977 octroie une récompense à l'employé si l'employeur reçoit un 'outstanding bénéfice'. L'exposé des motifs de la loi sur les brevets néerlandaise estimait que, dans une certaine mesure, le contrat de travail d'un inventeur contenait une clause aléatoire voulant que l'employé cède contre une certaine rémunération les avantages incertains de son travail, mais qu'une récompense raisonnable pour lui serait justifiée si les avantages perçus par l'employeur étaient excessivement grands* ».

²⁰¹⁵ A. Lucas-Schloetter, *Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, préc.

fonction du succès de l'œuvre mais aussi en fonction de la mission du salarié et de la créativité déployée. L'œuvre tout en restant une œuvre « de mission » fait manifestement preuve d'une créativité allant au-delà du travail, au-delà de la subordination, ce qui justifie la rémunération spéciale de ce surcroît d'activité. Le fruit de la création est donc rémunéré spécialement, en plus de la rémunération du travail. Cette législation tente donc de faire la distinction à propos de l'œuvre créée de la part de travail de celle de création. On remarque toutefois que, concernant la rémunération, la nature de salaire l'emporte. On voit donc se mêler les principes de propriété du travail et de propriété de la création. D'autres législations vont plus loin dans l'amalgame des principes en faisant intervenir les accords collectifs dans la détermination du montant de la rémunération. C'est d'ailleurs la voie de la négociation collective de standards de rémunération qu'a choisie l'Allemagne pour améliorer la rémunération des auteurs.

570. **Rémunération et accords collectifs.** L'Allemagne pour améliorer la rémunération des auteurs a adopté des dispositions encourageant la négociation collective en droit d'auteur. Cette négociation collective dépasse le cas de la relation salariée puisqu'elle a vocation à régir les relations contractuelles entre auteur et exploitant, secteur par secteur, que le recours au contrat de travail y soit d'usage ou non. S'inspirant du droit du travail, le mécanisme a *a fortiori* vocation à s'appliquer aux cas de créations salariées. Le dispositif est original en ce qu'il prévoit des dispositions supplétives et incitatives. On s'aperçoit qu'il ne s'agit pas seulement de déterminer conventionnellement un minimum de rémunération garanti aux auteurs entrant dans le champ d'application de la convention mais aussi de déterminer des standards permettant, au-delà du champ de la convention, de définir ce qui peut être considéré comme une rémunération équitable. La rémunération fixée par les parties devient une rémunération d'usage, qui peut servir de repère tant pour les parties que pour le juge. En effet, ces dispositions doivent être articulées avec le principe de droit à rémunération équitable de l'auteur, principe que ces dispositions visent à renforcer²⁰¹⁶. Si la rémunération forfaitaire est toujours possible, elle peut être révisée en cas de disproportion. Les accords collectifs permettent donc de mesurer la disproportion et d'évaluer le montant de la rémunération équitable due à l'auteur. Des associations d'auteurs ou d'artistes-interprètes, d'une part, et des associations représentant les intérêts des utilisateurs d'œuvres ou de prestations (autrement dit

²⁰¹⁶ V. A. Dietz, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en Allemagne, critique et prospective, Quatorze thèses », préc. : « la loi de réforme de 2002 a fait de la question de la rémunération de l'auteur et de la participation économique à l'exploitation de son œuvre, l'objet central des efforts de réforme. C'est exactement pour cette raison que « la garantie d'une rémunération équitable pour l'exploitation de l'œuvre » (art. 11 phrase 2) est un élément additionnel de la « disposition programme » de l'article 11 de la loi du droit d'auteur de 1965 ; cette disposition étend donc sa fonction de principe directeur (*Leitbildfunktion*) du droit d'auteur dans son ensemble à cet aspect contractuel du droit d'auteur ».

des exploitants, producteurs ou éditeurs selon les secteurs), voire des utilisateurs individuels²⁰¹⁷ négocient des barèmes de rémunération. Pour éviter les difficultés liées à l'absence de dispositions collectives, la loi prévoit un régime supplétif : la rémunération est alors fixée en fonction de « *ce qui est usuel et loyal dans les relations commerciales* »²⁰¹⁸. La loi a aussi prévu un dispositif incitant à la négociation. En cas d'échec de celle-ci, une des parties peut entamer une procédure de conciliation. Un expert propose alors un barème de rémunération. Chacune des parties dispose d'un délai de trois mois pour dénoncer la proposition de conciliation formulée par l'expert. Le Professeur Dietz note toutefois l'absence d'avancées significatives en matière de négociation. Peu de conventions ont finalement été négociées. Il observe qu'en 2007, seul le secteur de l'édition littéraire disposait d'une convention collective²⁰¹⁹, et que cette adoption était due à l'intervention diligente du Ministère fédéral de la Justice de Berlin ; il constatait par ailleurs l'absence de mise en œuvre d'une procédure de conciliation. L'exception devient donc la règle : les auteurs continuent d'agir pour obtenir une rémunération équitable sur le fondement de l'article 32a. A ce compte, la rémunération forfaitaire n'est donc plus sécurisante : « *Même si au début, c'est-à-dire d'une perspective 'ex ante', une rémunération forfaitaire peut être admise et même être préférable pour l'auteur, une exploitation durable et pleine de succès mènera presque inévitablement à un point où, au moins du point de vue de la perspective 'ex post', le paiement initial de sa rémunération commence à ne plus être équitable. Pour cette dernière situation, la nouvelle réglementation allemande prévoit, au nouvel article 32a de la loi, une possibilité de correction et de réparation, ce texte étant le successeur et une version améliorée de l'ancien article 36, le « paragraphe best-seller ». En fin de compte, tous les contrats 'buy-out' [ce qui signifie avec une rémunération forfaitaire] sont et restent munis d'un élément d'insécurité juridique ce qui contrarie certainement les intentions des exploitants lors de la conclusion des contrats, lesquels recherchent toujours une sécurité tant juridique que comptable. Mais cette sécurité qui ne se ferait qu'aux dépens des intérêts des auteurs n'est plus possible en Allemagne ; cela est surtout vrai parce que la nouvelle disposition améliorée du 'paragraphe best-seller' (nouvel article 32a de la loi) que l'on appelle maintenant 'compensation de fair-play' (Fairnessausgleich), est également applicable dans le domaine du film, contrairement à l'ancien article 36 de la loi* »²⁰²⁰. Le Professeur Dietz fait remarquer qu'en l'absence

²⁰¹⁷ La négociation vaut donc soit pour un secteur ou pour une entreprise donnée et rejoint la distinction des conventions collectives de branche et des conventions d'entreprise.

²⁰¹⁸ A. Dietz, préc.

²⁰¹⁹ A. Dietz, préc., évoque les taux de rémunération suivants : 10% du prix de vente hors TVA pour une édition reliée ; 8% pour les jeunes auteurs inconnus ; 5% pour les éditions de type livre de poche jusqu'à 20.000 exemplaires, 8% au-delà de 100.000 ; 60% des droits dérivés pour une exploitation éloignée du livre comme une adaptation cinématographique, 50% des droits dérivés pour une exploitation proche du livre comme la traduction.

²⁰²⁰ *Ibidem*.

de dispositions conventionnelles, les tribunaux soit acceptent une rémunération proportionnelle (dont ils déduisent la rémunération forfaitaire versée conformément au contrat) ; soit se fondent sur les barèmes négociés par ailleurs (autres secteurs ou autres utilisateurs d'œuvres)²⁰²¹. Le Professeur Dietz en conclut que le système de rémunération proportionnelle serait plus avantageux puisqu'il respecte les droits des auteurs et finalement garantit une meilleure sécurité juridique des exploitants. Certes, la rémunération proportionnelle ne permet pas une définition comptable définitive de la rémunération de l'auteur mais, au moins, elle évite la procédure contentieuse ultérieure à laquelle l'auteur est finalement obligé pour obtenir une rémunération équitable. Par ailleurs, comme on l'a déjà noté, notamment à propos de l'exemple français du droit des brevets, la solution de la négociation collective de barèmes de rémunération apparaît théoriquement judicieuse à de nombreux points de vue mais ne constitue pas une solution suffisante au problème de la création salariée dès lors que peu de conventions sont en réalité négociées. L'exemple de l'Allemagne confirme l'idée que la négociation collective n'est pas nécessairement une solution miracle, contrairement à ce que prônent certains, qui estiment même qu'au-delà de la rémunération, elle pourrait jouer un rôle non négligeable dans la définition des utilisations d'usage que l'employeur peut faire de l'œuvre.

571. L'analyse des législations étrangères a permis de confirmer que la question de la rémunération doit être traitée avec nuance. En cas de succès de la création, le salaire n'emporte pas rémunération suffisante de la création. Les législations ont donc cherché à

²⁰²¹ Ibidem : « La nouvelle approche lors de la préparation de la loi de réforme de 2002 visait d'abord directement la suppression de l'obstacle du manque de coopération du côté des partenaires des auteurs, si nécessaire par le moyen d'un arbitrage obligatoire. Cependant, cette intention n'a pas pu être totalement réalisée. On a seulement fait un pas incomplet dans cette direction. En effet, quand des négociations relatives à l'établissement de standards ou barèmes communs de rémunération (selon l'article 32 (2) 1^{re} phrase en relation avec les articles 36 et 36a de la loi) restent sans succès ou en cas de refus de négocier, la mise en œuvre d'une procédure de conciliation peut être demandée, même unilatéralement, par une des parties seulement. Il y a donc un élément de contrainte en ce qui concerne la mise en œuvre de la procédure, mais cela ne concerne pas son résultat. La raison en est que le résultat d'une telle procédure, qui devrait normalement se terminer par une proposition d'accord motivée faite par le bureau de conciliation, n'oblige pas les parties sans leur accord. On peut certainement douter de l'efficacité d'un tel système. Néanmoins, il représentait le seul compromis politiquement acceptable lors de l'adoption de la loi ; en outre, les législateurs étaient tout à fait confiants dans le fait que de telles propositions d'accord, formulées par des experts du domaine concerné, ne resteraient pas sans influence dans la pratique et particulièrement par les tribunaux ; cela est vrai même quand ils n'ont pas pu obtenir l'accord de toutes les parties et ne peuvent donc pas avoir leur effet juridique comme prévu à l'article 32, à savoir la présomption irréfragable du caractère équitable des rémunérations fixées ». Et aussi, « Personnellement, je crois d'ailleurs qu'il est permis de conclure que même en cas de standards de rémunération négociés isolément ou parallèlement avec un ou plusieurs utilisateurs individuels seulement, l'effet juridique de ces standards de rémunération, à savoir la présomption de leur équité, va au-delà de la sphère des activités de l'utilisateur individuel concerné. L'application des standards concernés devrait donc être généralisable, au moins dans la mesure où les situations sont comparables, par exemple en ce qui concerne la structure, la taille et le programme d'une autre maison d'édition qui n'a pas participé à la signature à Berlin. Cela est vrai précisément parce qu'il ne s'agit pas de conventions ou accords qui lieraient les parties seulement, mais de standards de rémunération dont l'effet juridique est directement et exclusivement basé sur la loi elle-même ».

mettre en place des dispositifs permettant d'associer financièrement le créateur salarié au succès de sa création. Divers procédés sont employés pour garantir l'équité : révision du salaire (notamment par l'attribution de primes), rémunération supplémentaire pour garantir l'équité. Toutefois, ces modalités de rémunération n'assurent pas plus la sécurité juridique (et économique) de l'employeur qu'une rémunération proportionnelle dès lors que ces modalités de rémunération équitable comportent des aléas quant aux montants de la rémunération due et imposent souvent le recours au juge. Loin de résoudre les difficultés liées à la rémunération proportionnelle, la rémunération forfaitaire reporte à la fin de l'exploitation ou à la fin du contrat le risque de conflit et l'évaluation de la rémunération, ce qui présente finalement des inconvénients autant pour le créateur subordonné (dont la rémunération est reportée) que pour l'employeur exploitant (l'aléa est plus long à évaluer, il doit payer la rémunération équitable en une fois en fin d'exploitation au lieu de l'échelonner et de l'amortir au fil de l'exploitation, ce qui n'est pas sans incidences comptables et fiscales). Enfin, les exemples étrangers, même dans des pays à forte culture syndicale et de négociation collective, démontrent la difficulté à mettre en place des négociations collectives sur ces sujets, et l'impossibilité de se passer d'un régime légal, au moins supplétif de volonté.

572. Après avoir étudié les législations appliquant un modèle personnaliste pour traiter de la question de la titularité des droits d'auteur sur les œuvres des salariés, nous étudierons les régimes étrangers de droit des brevets mettant également en place un modèle personnaliste, réflexion préalable nécessaire à la proposition d'un régime unitaire. La perspective française étant, en droit des brevets, résolument ancrée dans une conception travailliste du régime de la création salariée, l'analyse des législations étrangères conduit à envisager des systèmes plus éloignés du modèle français.

B. En droit des brevets

573. Deux États mettent en place un système particulièrement centré sur la propriété des inventeurs salariés : l'Allemagne et le Japon. On remarquera que leurs législations sont basées sur une distinction bipartite des inventions. L'exploitation donne lieu à cession, dont les formes sont aménagées de manière efficace. On retrouve aussi des principes classiques du modèle personnaliste : obligation d'exploitation, et surtout rémunération proportionnelle.

574. **Distinction bipartite.** En l'absence de législation spécifique, la question des inventions de salariés était régie, en Allemagne par les contrats²⁰²². La Cour supérieure de l'empire allemand (das Reichsgericht) avait opté pour une classification tripartite de ces inventions. Elle distinguait les inventions d'entreprise (dont il est difficile de déterminer l'inventeur, la part spécifique de chacun des employés ayant participé au processus créatif ne pouvant pas être considérée comme une invention) qui appartiennent à l'employeur ; les inventions de service (créées par un employé identifiable, en exécution du contrat de travail, ou dans le contexte du travail et des missions du salarié, leur création dépasse ce que l'on attend normalement d'un salarié), qui appartiennent à l'employeur mais pour lesquelles il doit rémunérer au salarié inventeur ; les inventions libres du salarié, qui sont la propriété du salarié en l'absence de dispositions contractuelles spécifiques. Cette distinction tripartite différait donc de la distinction française : les inventions appartenant de plein droit à l'employeur allemand sont celles qui ont fait l'objet d'un processus collectif de création, l'employeur allemand doit rémunérer à l'inventeur salarié identifiable ayant créé dans l'exercice de ses fonctions ; les inventions créées en dehors des missions appartiennent au salarié. Il n'est donc pas d'inventions mixtes, ni de copropriété des inventions. Jusqu'en 1957, les législations successives, quand bien même elles ont consacré le concept du droit de l'inventeur, n'ont pas remis en cause cette distinction tripartite²⁰²³. En 1957, la loi allemande a mis en place une distinction bipartite entre les inventions de service et les inventions libres. Les inventions de service sont des inventions créées pendant le contrat de travail, et qui soit sont le résultat des obligations de l'employé ; soit sont essentiellement basées sur les expériences et les travaux de l'entreprise²⁰²⁴. M. Ruete distingue donc l'*incumbency invention* (*Auftragserfindung* or *Obliegenheitsfindung*) et l'*experience invention* (*Erfahrungserfindung*)²⁰²⁵. La frontière entre les deux catégories est difficile à tracer. Il cite l'exemple d'un économiste qui travaillait dans le département marketing mais qui avait des liens fréquents avec le service développement technique. Ces liens ont suffi à faire qualifier son invention d'*incumbency invention*. Quant à l'expérience de l'entreprise, il s'agit d'un état de la technique spécifique à

²⁰²² La question est essentiellement réglée au sein des contrats de travail. Deux congrès de juristes ont lieu sur la question dès le début du XXe siècle : Kiel en 1906 et Karlsruhe en 1908. On remarque la mise en place de normes collectives dans les années 1920.

²⁰²³ Pour une présentation historique, V. M. Ruete, « The German employee-invention law : an outline », in J. Phillips (ed.), *Employees' Inventions, a comparative study*, Fernsway Publications, 1981, p.180.

²⁰²⁴ Loi allemande sur les inventions de salariés, en date du 25 juillet 1957 et actualisée en dernier lieu par la loi du 14 juin 1994, art. 4.

²⁰²⁵ M. Ruete, « The German employee-invention law : an outline », spéc. p.184

l'entreprise²⁰²⁶, qui peut être plus élevé ou moins élevé que l'état de la technique au sens que lui donne l'office des brevets pour examiner la brevetabilité de l'invention. « *The experience invention has to be based essentially on this state of art. An invention, therefore, which has simply been inspired by a company's search for solutions but which relies mainly on private research for its realisation, would not be a service invention. This so called inspirational invention (Anregungserfindung) is considered to be a free invention* »²⁰²⁷. Maître Jean-Paul Martin semble néanmoins considérer qu'aujourd'hui les inventions de service recouvrent l'ensemble des inventions de missions mais aussi des inventions qui, en France, seraient qualifiées d'inventions hors mission attribuables. Il note que cette distinction bipartite, plus simple, est donc moins sujette à contentieux²⁰²⁸.

575. Le droit japonais distingue aussi entre inventions de service et inventions libres. Seules les inventions de service peuvent être cédées par avance à l'employeur. Elles doivent pour cela avoir été réalisées dans le cadre des missions du salarié et entrer dans le champ d'activité de l'employeur. A défaut, la cession est nulle²⁰²⁹. Le droit japonais rompt là avec les pratiques antérieures : la plupart des entreprises japonaises demandaient à leurs salariés la cession par avance du droit d'obtenir le brevet pour leurs inventions futures, parfois par simple acceptation de règlements intérieurs rédigés unilatéralement par l'employeur ; le salarié avait alors droit à une simple compensation raisonnable²⁰³⁰. En revanche, les missions du salarié sont entendues dans une acception large recouvrant non seulement les cas où une mission créative a été spécifiquement confiée au salarié mais aussi ceux où la mission créative est une mission parmi d'autres du salarié, il s'agit donc de salariés dont on peut légitimement attendre la création d'une invention. Tel est le cas de l'administrateur en charge du département technologie de l'entreprise. Même si ces fonctions sont principalement administratives, son rôle à la tête du département technologies et ses compétences en la matière impliquent que sa participation directe au processus d'invention relève de ses missions²⁰³¹. On tient compte aussi des missions passées et présentes du salarié au sein de l'entreprise pour qualifier l'invention

²⁰²⁶ M. Ruete, « The German employee-invention law : an outline », spéc. p.188.

²⁰²⁷ *Ibidem*.

²⁰²⁸ J.-P. Martin, *Droit des inventions de salariés*, préc., p.204.

²⁰²⁹ En ce sens, H. Kawaguchi, *The essentials of Japanese Patent law, Cases and Practice*, Kluwer Law international BV, 2007, p.38.

²⁰³⁰ Mitsuo Yano, « Law and practice of employee inventions in Japan », in Symposium on employee inventions, Bucharest, october 6 & 7, 1992, organized by The State Office for Inventions & Trademarks of Romania in cooperation with the WIPO p.170.

²⁰³¹ H. Kawaguchi, préc., p.38.

d'invention de service. La qualification est importante mais ne suffit pas à emporter la propriété de l'invention : l'employeur ne sera que cessionnaire du droit de brevet.

576. L'analyse de ces deux législations démontre l'importance de la prise en compte du contrat de travail dans l'organisation du régime de titularité dérivée des droits sur les inventions des salariés. En effet, seules les inventions de mission sont soumises à un régime spécifique. Or la qualification d'invention de mission s'analyse à partir de la définition des « missions » du salarié, missions définies par le contrat de travail. Il nous semble en effet que si la notion de mission doit être entendue au sens large, dépassant éventuellement la description du poste dans le contrat de travail pour comprendre les missions occasionnelles confiées au salarié, cette définition des tâches occasionnelles relève du pouvoir de direction de l'employeur, donc du contrat de travail. C'est à l'aune de la subordination du salarié que doit donc être apprécié le caractère « de mission » de l'invention. La législation allemande admet par ailleurs la qualification d'invention de mission pour les inventions créées en dehors des fonctions du salarié mais à partir du savoir-faire et des connaissances particulières qu'il a acquises au sein de l'entreprise. En réalité, il ne s'agit pas ici d'inventions de mission au sens propre du terme mais la loi allemande reconnaît que le créateur salarié n'aurait pas pu parvenir à la création s'il n'avait pas été présent dans l'entreprise. La loi reconnaît ici la participation indirecte de l'employeur à la création par le savoir-faire et les informations, dont il a la jouissance matérielle, jouissance qu'il a partagée avec le salarié pour que celui-ci puisse exercer ses fonctions. En ce sens, ces inventions ont un lien avec les fonctions du salarié dans l'entreprise et l'exécution du contrat de travail. Elles ont aussi un lien avec l'employeur, car l'invention finalement incorpore pour une part les fruits du travail non réalisé par le créateur salarié, appropriés par l'employeur qui les a partagés avec le créateur salarié et que celui-ci s'est donc indirectement approprié. C'est un exemple en matière intellectuelle d'une spécification « à l'envers », puisque cette fois, ce sont les fruits du travail dont l'employeur a la jouissance qui sont employés par le créateur salarié. La législation allemande reconnaît toutefois la réalité de l'acte créatif du salarié et en tire les conséquences : le salarié est le seul titulaire initial des droits (il n'y a pas ici de copropriété) ; mais elle admet la vocation de l'employeur à une titularité dérivée des droits d'exploitation.

577. **Cession des droits à l'employeur.** Les employeurs japonais et allemands ne sont pas propriétaires de plein droit des inventions de service de leurs salariés. Au contraire, ce sont les salariés qui ont vocation à la propriété. Pour avoir la propriété de l'invention, les employeurs doivent obtenir une cession de droit. Le transfert de propriété donne donc lieu à contrepartie financière. On observera la spécificité de ces législations : la contribution de l'employeur à la création de l'invention (connaissances techniques, matériel, documentation, temps de travail,

etc.) justifie que l'employeur a nécessairement droit, sans rémunération autre que le salaire dû au salarié, à une licence non-exclusive d'exploitation²⁰³². C'est en cela que ces régimes sont des régimes centrés sur la propriété de la création²⁰³³. En effet, la rétribution de l'activité créatrice a premièrement lieu en nature, par la jouissance de droits intellectuels : droit de propriété pour le salarié créateur ; droit d'exploitation pour l'employeur. En Allemagne, s'il est prêt à organiser l'exploitation de l'invention, l'employeur peut obtenir une cession de droit, par la seule expression de son consentement à l'exploitation²⁰³⁴. La création par le salarié au sein de

²⁰³² M. Ruete, « *The German employee-invention law : an outline* », préc., p.190 : « *If the employer chooses to claim a non-exclusive licence, which in practice is rarely the case, he obtains the right to use the invention in his company but does not acquire any right to sub-license another producer. The Federal Supreme court held that an inventor could prevent his employer, who had a non-exclusive licence, from selling equipment capable of being used for a patented chemical process together with the permission to use this process, as the employee was the owner of the patent. The employer may, however, use his licence to have the product in question manufactured for his own company by another. Where economic exploitation by the employee would be unjustly hampered by the non-exclusive licence, he can demand from the employer that the latter claim the service invention in an unlimited form or release it. Once the employee has informed his employer of his intention to this effect, the employer has two months to make a decision. If the employer does not react within the time limit the invention becomes a released service invention. The wording of the law makes the start of this limit dependent only on the employee's notice. This has the effect that even if the employer does not agree that the exploitation is unjustly hampered, he will have to make a decision in the prescribed time to avoid losing the rights, for he cannot be sure that the courts will concur with his opinion. The employee, on the other hand, runs the risks of disposing of what he thinks has become a free invention only to be confronted with a judicial decision confirming the non-exclusive licence of his employer as this did not unjustly hamper the exploitation of the right* ». H. Kawaguchi, *The essentials of Japanese Patent law, Cases and Practice*, préc., p.37 : « *The employer is naturally entitled to the statutory licence when the invention is completed, since the licence is a reward for his contribution to the invention, although the pertinent provision simply states that employer obtains the licence only when the employee or his successor in title obtains a patent* ».

²⁰³³ K. J. Heimbach, « *Law and practice of employee inventions in Germany* », in *Symposium on employee inventions*, Bucharest, October 6&7, 1992, organized by the State Office for Inventions & Trademarks of Romania in cooperation with the WIPO, spec. p.40: « *Now, there is much dispute whether the compensation principle should be interpreted in the light of a monopoly principle or a special performance of the employee principle. This reminds us on another pair of contract we considered earlier, that is the conflict between patent and labour law. The invention belongs to its originator but the employer owns the results of employee's work. We said that employee invention Law in Germany tries to bridge the conflict, the Act, as we said, being concerned with legal and factual monopolies in the technical field. For this reason, I personally stick to the monopoly principle as the majority of us does. Let us assume the contribution to the patent from the part of the inventor is nothing more than fulfilment of his contractual obligation but the patent provides for a full and profitable protection. Under the monopoly principle he receives a may even be small remuneration, otherwise he would get nothing. In another example, if there is a well-going product and the employee's contribution to develop this product is high, but for some or other reason there is no patent, the Act does not provide for any remuneration, and the employee has no claim whatsoever to demand one. Whether or not the employer gives his employee in this situation voluntary any financial bonus or other reward has nothing to do with Patent or Employee's Invention Law* ».

²⁰³⁴ M. Ruete, « *The German employee-invention law : an outline* », préc. p. 181 : « *The 1957 Act deals with this clash by starting from the acceptance of the inventor's right but ensuring also that the employer can acquire the rights to the employee's invention. The Act considers the employee to be the original owner of the inventor's right. This, nevertheless, passes over to the employer when he rightfully claims the invention (a unilateral appropriation of the right). The employee gains, among other things, the right to receive adequate compensation from his employer. One of the remaining consequences of the concept of an inventor's right can be seen in the obligation of the employer to name the employee as the inventor when he files the application for the patent. Thus the legal acknowledgment of the inventor's personality is ensured even after the economic rights have been transferred. (...) the claim of the employer takes effect so as to transfer rights automatically, without the necessity of obtaining the employee's consent* ».

l'entreprise constitue donc une offre d'exploitation. L'employeur est ici pleinement placé dans son rôle de partenaire contractuel de l'inventeur salarié. Au Japon, les cessions peuvent encore relever de la seule signature d'un règlement intérieur (*work regulation*) rédigé par le seul employeur. Généralement, le prix de la cession est alors fixé unilatéralement par l'employeur. Le prix doit alors être raisonnable : à défaut, l'inventeur salarié pourra le contester²⁰³⁵. Au regard de la jurisprudence japonaise récente, les entreprises n'y ont pas intérêt. En Allemagne, le salarié ne peut renoncer à ses droits futurs sur ses inventions. Les conventions collectives ne peuvent pas non plus le priver de ses droits. La cession ne peut donc intervenir que par accords postérieurs à la déclaration de l'invention²⁰³⁶. On remarquera le cas particuliers des universitaires allemands, qui peuvent, depuis 2002, exploiter librement leurs inventions de service. L'État allemand a renoncé à mettre en exergue la vocation d'exploitant qu'il pourrait tenir de sa qualité d'employeur. On voit ici consacrée l'idée que c'est moins aux universités, aux personnes publiques, qu'il revient d'exploiter les inventions qu'à des entrepreneurs privés, qui peuvent être des universitaires, exploitant à titre personnel²⁰³⁷. Toutefois, les universités peuvent revendiquer la cession de ces inventions. La revendication de la cession des droits implique toutefois une obligation d'exploiter.

578. **Obligations de l'employeur.** L'employeur allemand qui revendique la cession de l'invention a l'obligation de déposer une demande de brevet. A défaut, le salarié peut déposer lui-même l'invention à son nom et à ses propres frais. L'employeur n'est pas obligé de déposer à l'étranger. Il peut le faire s'il a revendiqué la cession pleine et entière de l'invention. S'il

²⁰³⁵ H. Kawaguchi, *The essentials of Japanese Patent law, Cases and Practice*, préc., p.38.

²⁰³⁶ M. Ruete, « *The German employee-invention law : an outline* », préc., p.186.

²⁰³⁷ V. aussi Dr Andrea von Falck et Dr Christiane Schmaltz, « *A lump sum : a new method for rewarding employees in Germany* », *Patent World*, fév. 2005, n°169, p.18, cité in J.-P. Martin, *Droit des inventions de salariés*, préc. p.205, qui font état de rémunération couramment pratiquées de 30% des produits bruts d'exploitation pour les universitaires. Jean-Paul Martin observe à ce propos que c'est un niveau de rémunération comparable aux universités américaines. Les similitudes avec le système français sont ici intéressantes. Elles confirment la vision économique de la propriété industrielle et la nécessité de faire émerger des exploitations des inventions des chercheurs publics par le secteur privé. Toutefois, le système français ne va pas jusqu'à remettre en cause le principe de propriété initiale de la collectivité employeur. Cette question a une incidence non négligeable toutefois sur la question du coût des dépôts et de qui la supporte, notamment pendant la phase de développement de l'invention pour qu'elle atteigne le stade de la possible exploitation industrielle. Or ces coûts et la durée de cette phase ne doivent pas être négligés. La propriété de la collectivité publique employeur qui doit donc assumer le coût de protection de l'invention est à ce titre protectrice de la conservation de l'avantage technologique approprié par le brevet, et qui pourra ensuite du fait de ce premier dépôt être transféré à un exploitant potentiel, lorsque l'invention sera prête à être exploitée. En ce sens, la propriété de la collectivité publique employeur peut être analysée comme faisant partie du dispositif d'accompagnement de la création industrielle et de la préparation de l'exploitation, qui intervient ici bien en amont de l'exploitation et nécessite des investissements importants, qu'un créateur d'entreprise individuel ne peut pas assumer seul.

renonce à déposer à l'étranger, il doit en informer le salarié dans un délai lui permettant de procéder lui-même au dépôt, il doit donc respecter la période de priorité. S'il conteste la brevetabilité de l'invention, l'employeur doit nécessairement déposer une demande de brevet, l'employeur et le salarié doivent s'en remettre à la décision de l'Office des brevets concernant la brevetabilité de l'invention. Si l'employeur préfère garder secrète l'invention, il peut la revendiquer entièrement et payer une indemnité au salarié à hauteur de ce qu'il aurait perçu en cas de dépôt²⁰³⁸. Il doit alors reconnaître la possibilité de protéger l'invention à l'égard du salarié. L'objectif est ici de garantir une rémunération au salarié. Cette rémunération ne peut varier en fonction des décisions unilatérales de l'employeur, ou de sa frilosité, dès lors que le salarié souhaiterait, lui, déposer ou exploiter par lui-même. Cette disposition garantit le respect des droits des inventeurs : l'aléa concernant la brevetabilité est pris en charge par l'employeur qui décide unilatéralement de ne pas déposer. Par ailleurs, tout acte auquel l'employeur va renoncer peut être mis en œuvre par le salarié. Aussi le secret exige-t-il une cession pleine et entière de l'invention, donc la rémunération du salarié. Cette rémunération doit par ailleurs être équitable. Le salarié allemand qui estime la rémunération de la cession de l'invention prévue au contrat insuffisante peut la contester. Il est toutefois exigé que la rémunération soit « nettement inéquitable »²⁰³⁹. Le délai de prescription est particulièrement court : six mois après la fin du contrat de travail.

579. On constate donc que la revendication de la propriété par l'employeur implique une responsabilité de l'employeur vis-à-vis du salarié : l'employeur a l'obligation de donner une valeur à cette propriété en la déposant, en la protégeant, en l'exploitant. Toute utilité potentielle non appropriée par l'employeur appartient au salarié qui peut procéder à l'exploitation puisque l'employeur y a renoncé. Ce régime est donc clairement tourné vers la propriété (constitution et partage de la propriété) et l'exploitation, autant à l'égard de l'employeur que du créateur salarié qui est nécessairement associé à la valorisation de la propriété et aux résultats de l'exploitation.

²⁰³⁸ Si l'employeur choisit de protéger l'invention par le secret, il doit appliquer les règles relatives à la rémunération, comme si le brevet avait été demandé. V. le commentaire de K. J. Heimbach, « *Law and practice of employee inventions in Germany* », in *Symposium on employee inventions, Bucharest, October 6&7, 1992, organized by the State Office for Inventions & Trademarks of Romania in cooperation with the WIPO*, p.39 : « *For this reason the employer will think twice before he declares an invention to become a trade secret. I know inventors who cannot feel better than to have their inventions become a trade secret, because with all due respect, any filed patent application can be finally rejected by the patents authorities. In such case any compensation is at its end* ».

²⁰³⁹ M. Ruete, préc., p.186 évoque une rémunération « *inequitable to a high degree* ». Il observe qu'il faut distinguer la question de savoir si le contrat est inéquitable *per se* de la question de savoir comment les accords sur la rémunération sont affectés par un changement de circonstances.

580. **Rémunération proportionnelle en droit allemand.** Le calcul de la rémunération de l'inventeur est très réglementé en Allemagne. Le dispositif est assez complexe. Il convient d'abord d'évaluer la valeur de l'invention, qui dépend de l'exploitation commerciale. La valeur de l'invention est ensuite multipliée par le « facteur de participation », qui correspond à la part de l'inventeur²⁰⁴⁰. Le facteur de participation est évalué en fonction de trois critères : les deux premiers sont liés à l'invention, il s'agit de la définition du problème technique²⁰⁴¹ et de la résolution technique du problème²⁰⁴² ; le troisième est lié à la personne de l'inventeur, il s'agit de ses missions et de sa position dans l'entreprise²⁰⁴³. Chaque critère est évalué en points. La somme de ces points correspond à un pourcentage, le pourcentage de participation. Au minimum, la somme des points attribués est égale à trois ; au maximum, le salarié obtient vingt points, ce qui correspond à un taux de 100%, c'est-à-dire une invention libre²⁰⁴⁴. M. Ruete²⁰⁴⁵ estime qu'en pratique les inventeurs ont, pour la plupart, droit à une rémunération comprise entre 13 et 21% de la valeur de l'invention, la rémunération étant rarement inférieure à 7% et rarement supérieure à 25%. Les Dr Andrea von Falck et Dr Christiane Schmaltz²⁰⁴⁶ font état de rémunérations couramment pratiquées de 30% des produits bruts d'exploitation pour les universitaires²⁰⁴⁷, qui sont mieux encore intéressés aux produits de leurs inventions. On observera que la rémunération du salarié dépend donc en grande partie de la valeur de

²⁰⁴⁰ En cas de création collective, on notera que chaque coinventeur peut ne pas avoir le même pourcentage puisqu'ils ne sont pas nécessairement dans la même situation : ils n'ont pas les mêmes responsabilités dans l'entreprise, leurs interventions se sont situées à des stades différents du processus de création, etc. La solution permet une rémunération très individualisée. Elle peut aussi conduire à une incompréhension de la part des salariés qui ont travaillé ensemble mais ne perçoivent pas la même somme.

²⁰⁴¹ Critère évalué sur six points. On évalue ici si l'invention relève de l'initiative du salarié ou d'une initiative collective. L'inventeur obtient un point s'il a défini le problème technique à l'occasion d'un travail d'équipe sur la question. Il obtient six points si la définition relève de son inspiration personnelle et se situe en dehors de son secteur d'activité au sein de l'entreprise.

²⁰⁴² Critère évalué sur six points. On évalue ici les facteurs qui ont pu influencer la création de l'invention, et notamment le lien avec l'entreprise. Le salarié peut obtenir jusqu'à six points si l'invention ne repose pas sur les compétences que le salarié peut normalement développer à l'occasion de son travail au sein de l'entreprise, sur les connaissances que le salarié a pu acquérir dans l'entreprise (notamment l'état de la technique interne à l'entreprise), sur une aide matérielle ou technique de l'entreprise.

²⁰⁴³ Critère évalué sur huit points. Plus le salarié occupe une fonction élevée dans la hiérarchie, ou plus il est rémunéré pour ses capacités intellectuelles, moins il obtient de point. Les différents postes susceptibles d'être occupés dans l'entreprise sont donc classés en huit catégories.

²⁰⁴⁴ Equivalence point-pourcentage de participation : 3 points = 2% ; 4 = 4% ; 5 = 7% ; 6 = 10% ; 7 = 13% ; 8 = 15% ; 9 = 18% ; 10 = 21% ; 11 = 25% ; 12 = 32% ; 13 = 39% ; 14 = 47% ; 15 = 55% ; 16 = 63% ; 17 = 72% ; 18 = 81% ; 19 = 90% ; 20 = 100%.

²⁰⁴⁵ M. Ruete, « *The German employee-invention law : an outline* », préc., p.199.

²⁰⁴⁶ Dr Andrea von Falck et Dr Christiane Schmaltz, préc., cité in J.-P. Martin, préc., p.205.

²⁰⁴⁷ Ce qui les place dans une situation comparable aux universitaires américains. V. J.-P. Martin, préc. p.205

l'invention. Or, si la détermination du facteur de participation est réglementée et, donc, peu sujette à contestation, la valeur de l'invention, elle, peut être difficile à évaluer. Lorsque l'employeur revendique la cession de l'invention²⁰⁴⁸, il peut choisir entre verser une somme forfaitaire ou des paiements annuels. En cas de paiements annuels, il doit rendre compte au salarié des résultats d'exploitation. Le paiement d'une somme forfaitaire ne dispense toutefois pas l'employeur de toute reddition de compte puisque le salarié pourrait contester sa rémunération en cas de disproportion entre la somme versée et les résultats d'exploitation²⁰⁴⁹. Certains recommandent donc aux employeurs de rendre compte même en cas de paiement forfaitaire²⁰⁵⁰.

581. **Rémunération proportionnelle en droit japonais : le séisme créé par la jurisprudence *Blue LED*.** Traditionnellement, en droit japonais, l'employeur décidait unilatéralement du montant et du moment du paiement de la rémunération due aux inventeurs salariés. La jurisprudence *Blue LED* a bouleversé les habitudes en attribuant une rémunération équitable de 20 billion de yens²⁰⁵¹. Le législateur japonais est alors intervenu. Contre toute attente, la loi n'a pas visé à mettre un terme à cette jurisprudence mais au contraire à l'affermir. En pleine crise économique, le Japon a choisi non de protéger les entreprises au détriment des inventeurs mais de miser sur la propriété intellectuelle pour relancer l'activité économique.

²⁰⁴⁸ Ce qui est le plus souvent le cas. On notera toutefois qu'en cas de licence d'exploitation, l'employeur ne verse une compensation financière au salarié qu'en cas d'utilisation de la licence.

²⁰⁴⁹ L'inverse est vrai aussi ; l'employeur pourrait obtenir remboursement partiel de la somme versée au salarié en cas d'inéquité.

²⁰⁵⁰ K. J. Heimbach, préc., p.39: « *Even if case of a paid lump sum notification is recommended because there might be trouble later on whether the originally agreed lump sum has been, looking backward, equitable or not* ».

²⁰⁵¹ H. Kawaguchi, préc., p. 39, donnant pour exemple dans l'affaire *blue LED*, un taux de rémunération atteignant 20% du chiffre d'affaires généré par l'invention, soit un total de 20 billion de yens japonais. Il considère que la cour a déterminé ce montant discrétionnairement, sans raisons objectives. Et citant une autre affaire : où la contribution de l'inventeur a donné lieu à une rémunération à hauteur de 50% des bénéfices de l'employeur car l'invention manifestait des capacités personnelles et une activité inventive, et alors que l'entreprise n'avait aucun savoir-faire dans le domaine. Il cite une autre affaire où le pourcentage retenu s'est élevé à 2% du chiffre d'affaires sans que l'on sache à quoi correspondait ce taux. Il lui semble que sont pris en compte la nature des missions de l'inventeur, les moyens et matériels mis en place par l'entreprise pour la recherche, les dépenses de recherche mises en oeuvre par l'entreprise, la collaboration des autres salariés avec l'inventeur, la conduite de la recherche pendant les horaires de travail ou non. Il prend au contraire l'exemple d'une invention où la contribution de l'employeur a été évaluée à 95% et 5% pour l'inventeur car la demande de brevets a été très substantiellement modifiée et les revendications très limitées par les membres du département brevets. Or il existait une invention d'un concurrent qui aurait constitué une antériorité si la demande de brevet avait été déposée dans les termes prévus initialement par l'inventeur. C'est donc du fait de l'intervention du département brevet que l'invention a pu donner lieu à brevet. Par ailleurs, l'employeur a été « crédité » d'une contribution de 35% du fait de l'investissement du directeur des ventes, notamment en dehors de ses heures de travail, comportement qui a constitué un apport essentiel au succès de l'invention.

L'encouragement à l'innovation passait dès lors par un intéressement substantiel des inventeurs aux fruits de leur travail. La jurisprudence s'en est ainsi trouvée confortée. Certaines entreprises résistent et n'ont pas augmenté significativement la rémunération des inventeurs salariés. Il reste qu'on observe en pratique un avant et un après 2002. Selon une étude réalisée par la *Japan Patent Association* en 1989²⁰⁵², auprès de ses 538 entreprises membres, dont 505 avaient répondu (elles appartenaient aux secteurs des industries métallurgie-automobile-construction, machines-outils, électronique, chimie et pharmacie), 96% des entreprises accordaient une rémunération spéciale à l'inventeur salarié, constituée à tout le moins du versement d'une prime, et le plus souvent d'un système associant plusieurs primes²⁰⁵³. Les montants de ces primes étaient toutefois très faibles : en moyenne, les entreprises versaient 40 dollars au moment de la demande, 100 dollars au moment de l'obtention. Si l'entreprise optait pour une rémunération variable, celle-ci n'emportait une rémunération plus importante : les montants étaient en moyenne compris entre 230 et 3400 dollars. On observait dans certains secteurs (métallurgie, informatique, chimie organique et pétrochimie) le paiement de sommes plus importantes mais dans une limite maximale de l'ordre de 40.000 dollars. Selon une autre étude, conduite par *the Japan Institute of Invention and Innovation*, en 1985²⁰⁵⁴, le montant moyen payé pour chaque invention au moment de l'exploitation était de 48.300 yen (soit environ 370 dollars) et le montant le plus fréquemment payé était de 50 000 yen (soit 385 dollars). 46% des entreprises payaient la rémunération

²⁰⁵² Citée in Mitsuo Yano, « *Law and practice of employee inventions in Japan* », préc., p.170 et s.

²⁰⁵³ La rémunération pouvait prendre différentes formes (somme forfaitaire ou intéressement) et être versée à divers moments : 92% des entreprises payaient une rémunération au moment de la demande de brevet, 80% au moment de l'obtention du brevet et 64% au moment de l'exploitation. 52% des entreprises payaient à ces trois moments différents ; 11% payaient au moment de la demande de brevet ou de l'obtention du brevet puis de l'exploitation ; 26% payaient au moment de la demande et de l'obtention du brevet mais pas de l'exploitation ; 6% ne payaient qu'une seule fois, au moment de la demande ou de l'obtention du brevet. Seulement 20 entreprises sur les 505 consultées ne payaient jamais rien, la plupart étant des industries pharmaceutiques. Ces dernières justifiaient cette absence de rémunération par le fait qu'un système de rémunération individuelle n'était pas adapté à ces entreprises où la recherche est particulièrement importante et où de nombreuses équipes comprenant beaucoup de personnel sont constituées. Il leur paraissait difficile dans ces conditions d'identifier l'inventeur. En revanche, elles mettaient en place des systèmes de récompenses (« *recognitions and rewards* ») attribuées à toute une équipe. Entre 80 et 90% des entreprises payaient une compensation au moment de la demande ou de l'obtention du brevet. Ce pourcentage ne variait pas en fonction du chiffre d'affaires des entreprises interrogées. En revanche, le chiffre d'affaires de l'entreprise avait une incidence sur le fait d'intéresser l'inventeur à l'exploitation : 79% des entreprises ayant un chiffre d'affaires supérieur à 4 billion \$ versaient une compensation au moment de l'exploitation contre seulement 55% des entreprises ayant un chiffre d'affaires inférieur. La rémunération versée au moment de la demande et/ou de l'obtention était une somme forfaitaire dans 90% des cas. Au contraire, la rémunération au moment de l'exploitation était une rémunération variable dans 90% des cas.

²⁰⁵⁴ Citée in Mitsuo Yano, préc.

variable annuellement, dès lors que l'invention avait produit un résultat suffisant pour justifier le paiement d'une rémunération. D'autres payaient tous les deux ou trois ans pour réduire les coûts d'évaluation de la rémunération due. Un tiers des entreprises ne payaient qu'une ou deux fois pendant toute la durée de protection du brevet. Au vu des montants sus-évoqués, on comprend que la jurisprudence *Blue LED* et celles qui l'ont accompagné ont eu les effets d'un tremblement de terre pour l'industrie japonaise. Si la jurisprudence et la loi de 2002 ont modifié en partie les pratiques, et notamment incitent les entreprises à payer des sommes plus importantes, les principes restent identiques : le montant et le moment de la rémunération restent globalement déterminés par le seul employeur. Le salarié peut simplement contester le caractère équitable et suffisant de la rémunération.

582. **Stratégie japonaise vis-à-vis du secteur public.** Dans le même temps, dans le secteur public, les modes de rémunération des chercheurs ont changé du fait du changement de culture des universités quant au dépôt de brevet. L'indifférence des centres de recherche publics japonais aux brevets, les connaissances créées devant contribuer à l'enrichissement du domaine public, a cédé la place à un engouement frénétique pour le dépôt et la valorisation de la recherche. Selon Jean-Paul Martin, les dépôts de brevets se sont accrus de 50% entre 1999 et 2000. *« Cette évolution est liée à la prise de conscience de l'intérêt de transférer de nouvelles technologies du secteur public au secteur privé par le gouvernement japonais, qui a fixé aux universités deux objectifs : [1°] multiplication par quinze du nombre de brevets dans les dix prochaines années ; [2°] multiplication par dix du nombre de transferts de technologies par licences en cinq ans, création de mille venture start-up en trois ans à partir des universités et autres organismes de recherche publique (...). Ceci procède d'une nouvelle conception du rôle des organismes de recherche publique, selon laquelle ceux-ci doivent pouvoir remplir une fonction vitale dans le progrès technologique, en contribuant aux applications pratiques de leurs recherches. (...) Dès septembre 2001, mille trois cent demandes de brevet étaient déposées par des organismes de transfert de technologies (TLO) créés par une loi de 1998, et plus de deux cents technologies avaient été transférées à l'industrie privée »*²⁰⁵⁵. Jean-Paul Martin fait observer que, jusqu'en 1999, 80% des demandes de brevets émanaient des chercheurs eux-mêmes et non des universités. Devant la médiocrité des résultats de gestion, le gouvernement a encouragé un système basé sur la cession des droits sur les inventions aux organismes de recherche publics qui organisent, eux, l'exploitation. Jusqu'en 2002, la rémunération des chercheurs était organisée selon un système qui attribuait un pourcentage dégressif des redevances des licences accordées (pourcentage qui allait de 30 à 5% des redevances), un plafond de 50.000 \$ par an était prévu. Le système a été abrogé mais il

²⁰⁵⁵ J.-P. Martin, préc., p.229.

continue d'influencer les politiques des laboratoires et des universités²⁰⁵⁶. On peut faire plusieurs remarques. D'abord, l'exploitation par l'inventeur lui-même n'est pas apparue comme la solution la plus efficace économiquement, l'inventeur n'étant pas nécessairement un entrepreneur ; la cession des droits à l'employeur, qui, lui, a la compétence pour organiser l'exploitation, s'est donc avérée nécessaire. Ensuite, on notera l'originalité de la prévision d'un taux d'intéressement dégressif qui permet d'assurer une récompense significative à l'inventeur sans grever de manière trop importante l'exploitation des inventions. Enfin, si le système prévoit un plafond de rémunération, celui-ci reste suffisamment intéressant pour constituer une véritable rémunération du chercheur.

583. **Calcul de la rémunération en droit japonais.** Depuis 2002, la loi japonaise évoque, comme la loi allemande, un calcul de la rémunération des inventeurs en fonction des profits que l'employeur réalisera et des contributions réciproques de l'employeur et de l'inventeur. L'employeur rémunère la cession en fonction des profits que lui procure le fait d'être cessionnaire et non simple licencié, bénéficiant d'un droit d'exploitation²⁰⁵⁷. Les critères d'évaluation de la rémunération restant flous, les tribunaux sont donc abandonnés à leur propre sort pour évaluer le montant de la rémunération. Certains déplorent un relatif arbitraire²⁰⁵⁸. En pratique, pour évaluer la valeur de l'invention, les tribunaux japonais se basent donc sur les redevances des licences d'exploitation²⁰⁵⁹. La rémunération raisonnable est donc calculée comme suit : ventes x taux de redevance x (1 – contribution de l'employeur) ou x participation de l'inventeur. Jean-Paul Martin explique que les ventes sont en réalité une proportion des ventes réalisées par un tiers licencié (ventes réalisées par les tiers, réels ou fictifs) ; par exemple, un quart ou la moitié du total des ventes²⁰⁶⁰. Il cite une étude de l'AIPPI : le taux de redevance moyen cité par les représentants de l'industrie japonaise se situe autour de 2% ; la part de l'employeur est souvent comprise entre 0,10 et 0,65 ; et corollairement, celle de l'inventeur entre 0,90 et 0,35. Il relève qu'« *en fait, les taux de redevances*

²⁰⁵⁶ *Ibidem*, p.230.

²⁰⁵⁷ H. Kawaguchi, *The essentials of Japanese Patent law, Cases and Practice*, préc., p.39 : « *Profits are the difference in value between the exclusive right attributable to the transfer of the patent etc. to the employer and the statutory licence to which the employer is naturally entitled* ».

²⁰⁵⁸ H. Kawaguchi, *The essentials of Japanese Patent law, Cases and Practice*, préc., p.39 : « the calculation is almost entirely discretionary with courts ».

²⁰⁵⁹ Jean-Paul Martin explique qu'en l'absence de redevances, du fait d'une exploitation directe par l'employeur, les tribunaux prennent en compte une fraction des ventes réalisées en considérant fictivement qu'elle représente le résultat qu'aurait produit la concession d'une licence : J.-P. Martin, *Droit des inventions de salariés*, préc., p.219.

²⁰⁶⁰ *Ibidem*, p.220.

peuvent varier selon les secteurs industriels de 1 à 19% environ, les tribunaux ne fournissant pas toujours de justification à la valeur adoptée »²⁰⁶¹ et qu'il reste des incertitudes quant à la prise en compte ou non des résultats réalisés sur les marchés étrangers. Il note qu'en principe, le paiement de la rémunération est dû dès le transfert, avant même l'utilisation de l'invention et la délivrance du brevet. Toutefois, en cas de difficultés d'établissement du montant de la rémunération, un paiement échelonné est admis pour prendre en compte des facteurs postérieurs à la délivrance du brevet²⁰⁶².

584. **Appréciations critiques de ces régimes.** Les législations allemande et japonaise propose un modèle personnaliste de titularité des droits sur les inventions de salariés puisque les régimes mis en place s'appuient sur le principe du créateur personne physique propriétaire *ab initio*, le principe d'association du créateur au succès de sa création via une obligation à la charge de l'employeur de valoriser l'invention par le dépôt et l'exploitation ainsi qu'un principe de rémunération proportionnelle. A défaut de dépôt ou d'exploitation par l'employeur, la faveur à l'exploitation implique que le salarié puisse, lui, déposer et mener les exploitations, d'où le principe de cession délimitée des droits, et de rémunération du créateur, si l'employeur ne souhaite pas exploiter mais souhaite conserver l'exclusivité de la connaissance ou de l'exploitation de l'invention. Les industriels allemands critiquent la législation allemande pour être trop contraignante. Il n'est qu'à lire les propositions de réforme de l'association allemande pour la propriété industrielle²⁰⁶³. Ces propositions visent essentiellement à la simplification de la loi de manière à diminuer la charge administrative de l'employeur. Si certains employeurs contestent le montant de la rémunération, on reproche surtout à la loi allemande le coût d'évaluation de la rémunération de l'inventeur et le peu de sécurité juridique de l'employeur. L'association propose diverses mesures visant une simplification et un raccourcissement de la procédure, et surtout, *in fine*, la transmission pure et simple du droit au brevet à l'entreprise. L'association observe en effet qu'en pratique les salariés arguent peu de leurs droits à exploiter eux-mêmes l'invention, en Allemagne ou à l'étranger, et que ces dispositions ont une portée pratique faible mais conduisent à des lourdeurs administratives puisque l'employeur doit se prononcer dans un délai limité sur ce qu'il entend faire de l'invention. Les employeurs préféreraient, sans diminuer le niveau de rémunération, se voir attribuer l'invention entièrement et automatiquement. Ils appellent donc à ce que le problème de la création

²⁰⁶¹ *Ibidem*, p.220.

²⁰⁶² *Ibidem*, p.223.

²⁰⁶³ V. les propositions (Stellungnahmen Erfinderrecht) du 18 février 2000, du 19 novembre 2001 et du 30 juillet 2008. Disponible sur : http://www.grur.de/cms/front_content.php?idcatart=250&lang=1&client=1.

salariée se concentre sur la question de la rémunération. Selon le projet de réforme qu'ils proposent²⁰⁶⁴, le calcul de la rémunération en fonction du succès commercial de l'invention ne serait plus appliqué qu'aux inventions ayant réellement connu un fort succès commercial, comme cela existe en droit d'auteur allemand. Ils en appellent au pragmatisme, à la limitation des lourdeurs administratives et, au contraire, à la rapidité des affaires et à la sécurité juridique. Il est toutefois curieux de constater que les critiques de la loi affirment régulièrement ne pas contester le principe de la rémunération des inventeurs, ni même son niveau, et que la première incidence de la réforme porte sur le niveau de la rémunération, et son absence pour une grande partie des inventions... Dès 1992, M. Heimbach faisait remarquer que si les Allemands s'accommodaient finalement bien de la loi relative aux inventions de salariés, la loi était un peu dépassée, notamment en ce qu'elle ne prenait pas en considération le fait que les inventions sont moins aujourd'hui le fruit d'un trait de génie que le résultat de l'assiduité, de la persévérance et des efforts des chercheurs, que les inventions ne sont plus créées par un inventeur isolé mais sont le fruit des recherches d'une équipe de travail dont les membres collaborent simultanément ou successivement à l'édification pierre à pierre, et qu'en cela, il est très souvent difficile de désigner une seule personne comme inventeur. Il rappelait par ailleurs que les inventeurs ont tendance à occulter qu'ils ont consciemment ou inconsciemment utilisé le savoir-faire de l'entreprise, les capacités intellectuelles de ceux qui travaillaient avec eux et l'équipement de la compagnie. S'ils sont évidemment des inventeurs brillants et indépendants, ils ont aussi bénéficié du pouvoir économique de l'entreprise²⁰⁶⁵. On notera particulièrement

²⁰⁶⁴ Jean-Paul Martin fait état d'un projet de loi, publié en juin 2003 par le ministère de la justice allemand, modifiant la méthode de calcul de la rémunération des inventeurs salariés, mais qui n'avait pas été déposé en 2005 et dont « les principales mesures proposées sont les suivantes (...) : a) l'employeur est présumé avoir implicitement revendiqué l'attribution de l'invention et n'a donc plus l'obligation de revendiquer celle-ci dans les quatre mois de sa déclaration par le salarié (en supposant que la déclaration ait été correctement faite) ; b) le montant de la rémunération supplémentaire ne dépend plus que partiellement du succès commercial rencontré par l'invention (chiffre d'affaires) : - un premier versement forfaitaire, d'environ 750 euros, est dû après la revendication d'attribution de l'invention par l'employeur ; - un second versement forfaitaire, de 2000 euros, est effectué trois ans et demi après le début de l'exploitation commerciale ; - enfin huit ans et demi après le début de l'exploitation commerciale et en cas de succès commercial majeur, i.e. plus de 5 millions d'euros de chiffre d'affaires ou plus de 125000 euros de profits nets, [le salarié a droit à] un versement final en rapport avec le chiffre d'affaires ou les profits nets réalisés ; c) l'obligation de déposer une demande de brevet pour toute invention déclarée et revendiquée par l'employeur serait supprimée. De ce fait les rémunérations ci-dessus seraient dues et payées même si aucune demande de brevet n'est déposée... ; d) en cas de non-exploitation seules les deux primes de 750 et 2000 euros seraient payées (ou au moins la première). Les auteurs du projet de loi soutiennent que cette mesure ne devrait pas entraîner une baisse des dépôts de brevets par les entreprises allemandes en raison de l'intérêt qu'auraient toujours les employeurs à effectuer de tels dépôts de brevets, pour des inventions présumées brevetables en l'absence de preuves contraires » : J.-P. Martin, *Les inventions de salariés*, préc., p.209-210.

²⁰⁶⁵ K. J. Heimbach, « Law and practice of employee inventions in Germany », préc., p.43. Il ajoute : « In other words : Our law considers the inventor to be an individual superman whose achievement is extraordinarily remarkable and could by no other means have been performed by anyone else. Here it would be helpful if the path to the healthy sphere of normal, everyday life were found ».

sa conclusion : « *It is often said that the law helps to reduce social tension between employer and employee. In my opinion this social-political observation is not true because the question underlying is incorrect. The tension which is supposed to be reduced by the law has in actual fact practically never existed. (...) Nevertheless, I am completely in favour of the German law, not only because at least we do have one and, as mentioned before, we are able to live with it, but also because it provides advantages both for the employer and the employee-inventor. This is particularly so when viewed in awareness of the statements before, and due to the fact the law not only allows itself to be more judiciously applied, but also because, fortunately, the majority of inventors are reasonable human beings* »²⁰⁶⁶. Il considère qu'il n'y a pas de preuve que le système induise une plus grande créativité. En revanche, il admet qu'il favorise sûrement la multiplication des petites avancées et incite aussi bien les employés que les employeurs à être attentifs aux inventions et innovations. Il conteste l'idée que la loi entraîne des dépenses excessives, considérant que ces sommes sont sûrement mieux investies en récompensant les inventeurs que dans une campagne publicitaire télévisuelle et que l'argument financier relève de la mauvaise foi. Il rappelle enfin que si les théoriciens débattent beaucoup de la question de la qualification des inventions, il y a peu de contentieux en pratique car les inventions libres sont en réalité très rares (d'où l'avantage de la qualification bipartite) et que les inventeurs eux-mêmes ne tiennent pas à la qualification : « *Most inventors would be shocked, as I said before, if an invention which they had reported were to be considered a free invention. They are pleased when the employer takes over all the problems, expenses and risks involved with a patent application. The inventor simply receives remuneration, even if his invention is not used. Apart from this, a fact which has often been overlooked is that many inventions are only utilized because they happen to have come into being in a certain workshop. If they came from the open market no one would think of wanting to use them* »²⁰⁶⁷. Dans le même ordre d'esprit, le Professeur Quaadvlieg estime que le système allemand n'est pas si inefficace puisqu'il n'a pas « *empêché l'industrie allemande d'obtenir une très forte position concurrentielle* »²⁰⁶⁸. Il admet néanmoins que ce système constitue une charge administrative « pénible » pour l'entreprise. Jean-Paul Martin est plus radical puisqu'il observe que les objectifs de la loi de 1957, inciter les inventeurs à créer par un système de rémunération intéressant et inciter les entreprises à breveter, « *ont été atteints et depuis près de 50 ans ont assuré à l'Allemagne la première place en Europe en tant que déposante de brevets : l'Allemagne dépose quatre fois plus de brevets que la France, trois fois plus que le Royaume-Uni sans compter les modèles d'utilité. Il paraît difficile de soutenir que ces énormes portefeuilles de brevets auraient été constitués inutilement ! Bien évidemment, ils ont au contraire puissamment contribué à assurer la position*

²⁰⁶⁶ *Ibidem*, p.44.

²⁰⁶⁷ *Ibidem*, p.45.

²⁰⁶⁸ A. Quaadvlieg, « salaire, profit, propriété intellectuelle », préc. p.738.

*dominante de l'industrie allemande en Europe et dans d'autres pays. (...) Si le projet de loi de révision de la loi de 1957-1994-2002 devait être adopté, les conséquences prévisibles en seraient évidentes en dépit des assurances contraires de ses promoteurs : - baisse très sensible et progressive des dépôts de demandes de brevets allemands et donc européens, ... donc affaiblissement de la position concurrentielle des entreprises allemandes ; - diminution de la motivation des chercheurs salariés, dont la seule perspective pendant 8 ans et demi après le début de l'exploitation commerciale de l'invention – et non plus après le dépôt de la demande de brevet qui ne sera plus obligatoire – sera la perception de deux primes de 750 et 2000 euros, soit au total de 2750 euros (imposables) »²⁰⁶⁹. Il appelle plutôt la France à réformer sa législation dans un sens qui la rapprocherait de la législation allemande de 1957. « Dès septembre 1990, Maître Yves Marcellin prévenait, de façon prémonitoire : « les chefs d'entreprise français doivent prendre conscience de l'impérieuse nécessité de stimuler les inventeurs d'entreprise grâce à un système négocié de rémunération proportionnelle à la valeur économique de l'invention. Les Japonais et les Allemands l'ont compris avant nous et ont su inciter les activités inventives de leurs employés. Leur réussite industrielle et technologique démontre la justesse de leur choix. Il faut savoir tirer profit de cette leçon et l'appliquer avant qu'il ne soit trop tard. » »²⁰⁷⁰ C'est clairement le parti qu'a pris et que maintient le Japon. Après l'électrochoc qu'a constitué la décision *Blue LED*, le gouvernement japonais a décidé non de suivre les revendications des industriels japonais visant à restreindre les droits à rémunération des inventeurs mais, au contraire, de renforcer les droits des inventeurs pour développer une stratégie de relance économique fondée sur la propriété intellectuelle. C'est l'objectif annoncé par le *Intellectual property strategic program* du 27 mai 2004. Sans aller jusqu'à imaginer que le législateur français rêve d'une Nation française basée sur les principes de la propriété intellectuelle, on peut s'intéresser à la manière dont pourrait être menée une réforme législative relative aux créations de salariés, le sujet étant d'actualité²⁰⁷¹, et à l'éventuelle transposition de certains des dispositifs étudiés.*

§ 2. PISTES DE RÉFLEXIONS POUR UNE RÉFORME DU DROIT FRANÇAIS

585. **Champ d'application.** Un régime de titularité fondé sur le modèle d'appropriation de la création met en exergue les intérêts personnels et sociaux protégés par la propriété. Il peut sembler logique que son champ d'application soit limité aux objets créatifs, qui expriment la personnalité de leur créateur. Cela devrait conduire à exclure les dessins et modèles, et plus

²⁰⁶⁹ J.-P. Martin, *Les inventions de salariés*, préc. , p.210.

²⁰⁷⁰ *Ibidem*, p.211 citant, Y. Marcellin, *Les droits du chef d'entreprise*, sept. 1990, n°29.

²⁰⁷¹ Deux propositions de loi promouvant les droits des inventeurs pour assurer le renouveau économique de la France ont été déposées en 2010. Cf. supra n°505 et 507.

largement les objets dont l'originalité ou l'inventivité ne sont pas des critères de protection. A ce titre, on peut s'interroger sur l'opportunité du maintien du cumul des protections, dessin et modèle, d'une part ; droit d'auteur, d'autre part. Si l'on admet des régimes de titularité différents, il paraît nécessaire de distinguer clairement les objets de droit. Le critère de distinction ne peut pour autant être le dépôt. A défaut, l'employeur qui bénéficierait de la possibilité de déposer l'objet en tant que dessin ou modèle, aurait dans le même temps la possibilité de décider seul du régime à appliquer et de priver ainsi le salarié d'un régime plus favorable. Le critère de la qualification ne peut résider que dans la nature de l'objet. L'objet est-il original ? Est-il inventif ? Pour apprécier l'originalité, on pourra analyser le processus de production de la forme pour y déceler ou non une activité de création personnelle. La création est personnelle et libre. Si l'expression de la personnalité n'exclut pas la création plurale, du moins collaborative, elle implique en revanche une certaine maîtrise du processus de création et exclut l'émission créatif, la soumission à des directives si précises ou des impératifs techniques si contraignants qu'ils ne laissent plus place à la créativité, la multiplicité et la superposition des apports intervenant directement sur la forme si bien qu'il est difficile de déterminer quelle empreinte de sa personnalité le salarié a pu laisser. Si l'on admet le cumul des protections, la loi spéciale devrait déroger à la loi générale : la spécificité de la propriété à dimension personnelle et culturelle doit déroger au principe général d'une propriété ayant vocation à protéger des intérêts exclusivement économiques. Peut-être conviendrait-il de prévoir qu'en cas de dépôt d'un dessin et modèle créatif par l'employeur sans autorisation de l'auteur, l'auteur pourra réclamer l'application du régime qui lui est le plus favorable sans pour autant pouvoir demander la résolution des actes conclus antérieurement avec les tiers par l'employeur sur le fondement du droit des dessins et modèles. Autrement dit, l'auteur pourrait accéder à la protection sans mettre en péril l'exploitation en cours de sa création, l'erreur de l'employeur dans l'appréciation de l'originalité de la création ne devant pas remettre en cause l'exploitation. Cette précision tient à la fois compte de l'impératif de faveur à l'exploitation et de la relation privilégiée qu'entretiennent l'employeur et le salarié. Tel est le cas aussi de l'institution d'un droit de préférence.

586. **Droit de préférence de l'employeur.** Quand bien même le modèle de la propriété de la création met en exergue la propriété initiale du créateur salarié, l'employeur a vocation à exploiter. Il serait symboliquement important que la loi rappelle ce principe en proclamant le droit de préférence de l'employeur. La loi pourrait insérer au profit de l'employeur des

dispositions similaires à celles de l'éditeur²⁰⁷² lui permettant d'obtenir contractuellement un droit de préférence pour l'exploitation des créations futures de son salarié. Le pacte de préférence permet à l'éditeur d'imposer à l'auteur une obligation de fidélité. L'auteur salarié a déjà une obligation de loyauté vis-à-vis de son employeur. La reconnaissance d'un droit de préférence n'augmenterait donc pas le droit de l'employeur mais aurait le mérite de lui reconnaître officiellement une vocation à exploiter la création. Le droit de préférence de l'éditeur doit être limité en durée et en nombre d'œuvres à créer par genre. La portée du droit de préférence de l'employeur pourrait être, de la même manière, limitée par la précision d'une durée et/ou d'un nombre d'œuvres. Le Professeur Pollaud-Dulian propose ainsi que le pacte de préférence prévoit les conditions de la cession s'appliquant pour un certain nombre ou pour toutes les œuvres créées pendant une durée d'un an²⁰⁷³. Ainsi, les parties négocient les conditions de la cession une fois par an, renouvellent leur accord tous les ans sur les conditions de cession et le formalisme contractuel est limité pour toutes les cessions intervenant sur les œuvres créées en exécution du contrat de travail et soumises à ces conditions annuelles. La solution est ici très pragmatique. Elle oblige certes à une négociation annuelle de la rémunération, mais l'on remarquera que c'est aussi le cas au niveau collectif, et que les conditions de rémunération variable des commerciaux ou des cadres font également très souvent l'objet d'une renégociation annuelle, en tout cas régulière, les objectifs devant être adaptés à la réalité économique. Par ailleurs, la reconduction des conditions par avenant ne constitue pas un formalisme redhibitoire. Le droit du travail incite d'ailleurs les employeurs à des entretiens annuels, notamment pour les salariés soumis à des statuts particuliers (temps de travail annualisé, forfait-jours), ou du moins réguliers, entretiens au cours duquel cette négociation peut avoir lieu. La pratique des entretiens annuels est en réalité très courante dans les entreprises et très recommandée par les spécialistes de gestion des ressources humaines. Ce dispositif est intéressant mais peut conduire à appliquer à des créations différentes émanant d'un même salarié des conditions de cession distinctes selon leur date de création, sauf à ce que les conditions des cessions antérieures soient modifiées par l'avenant. Aussi une renégociation des conditions de la cession ne vaudra que pour les créations à venir et ne permettra pas nécessairement une meilleure association au succès des créations antérieurement créées. Un autre dispositif peut être mis en place : la consécration d'un droit de préférence de portée générale mais prévoyant des conditions de cession délimitées, notamment quant à la durée de la cession.

²⁰⁷² CPI, art. L.132-4.

²⁰⁷³ En ce sens, F. Pollaud-Dulian, « Ombre et lumière sur le droit d'auteur des salariés », préc., cf. supra n°512.

587. La durée du contrat de travail peut aussi constituer une délimitation de l'engagement du créateur salarié. L'employeur pourrait bénéficier d'un droit de préférence à acquérir les droits d'exploitation portant sur les créations créées pendant la durée du contrat de travail et en exécution de ce contrat de travail. Ce droit n'est certes pas limité à un nombre de créations et d'années certain (sauf cas du contrat de travail à durée déterminée) mais est limité à la durée du contrat et à l'objet du contrat de travail (ou au statut d'agent public et aux missions de l'agent correspondant au poste pour lequel il a été recruté, la référence au seul contrat de travail doit dans cette section être entendue comme une volonté de simplifier la présentation des raisonnements). Le dispositif fait ici jouer un rôle déterminant au contrat de travail, ce qui est logique puisque c'est l'état de subordination qui détermine la vocation à l'exploitation de l'employeur. Si l'existence du contrat de travail consacre la vocation à exploiter de l'employeur, elle n'emporte pas pour autant transfert automatique de l'ensemble des droits d'exploitation : la cession pour exister nécessite l'accord des volontés sur l'objet et les conditions de la cession. Pour limiter le formalisme contractuel, une réflexion en termes de contrat-cadre et de contrats d'application peut être utile.

588. **Formalisme contractuel.** Il paraît logique d'organiser la relation des parties sous forme de contrat-cadre et de contrats d'exécution, l'interdiction de la cession globale des œuvres futures, qui est ici étendue aux inventions futures, exigeant un acte de cession pour chaque création créée à l'occasion de l'exécution du contrat de travail. Le contrat de travail a naturellement vocation à servir de contrat-cadre pour déterminer les conditions auxquelles les contrats d'exécution seront conclus. D'ailleurs, si la notion de contrat-cadre fait immédiatement penser aux contrats de fourniture ou de distribution, d'autres figures connues de contrat-cadre relèvent de secteurs très concernés par la propriété intellectuelle : tel est le cas du contrat de coopération scientifique entre laboratoires et entreprises privées ou du contrat de publicité entre annonceurs et agences. La notion de contrat-cadre recouvre diverses réalités. Alain Sayag remarque que certains « *ont tendance à privilégier son aspect de préparation des contrats d'application, à le traiter comme simple instrument de négociation, ce qui peut apparaître comme quelque peu réducteur* » alors que d'autres, « *adopt[ant] une conception très large (...), n'hésitent pas à classer sous cette appellation les accords de modo contrahendi, établissant les règles qui seront automatiquement applicables aux contrats projetés et destinés à produire cette mise en vigueur. Il existe une doctrine influente, en ce sens, en Italie. On retrouve des assimilations semblables en droit allemand. Ces vues ignorent d'importants aspects du contrat-cadre : son caractère permanent et l'existence d'obligations autonomes, parmi d'autres* »²⁰⁷⁴. Le contrat de

²⁰⁷⁴ A. Sayag (dir.), *Le contrat-cadre*, T. 1, *exploration comparative, France, Allemagne, Italie, Angleterre, États-Unis*, Litec, coll. Le droit des affaires, 1994, p.63.

travail ne peut être tenu pour un simple contrat préparatoire à la relation d'exploitation. Il a en soi une raison d'être puisqu'il consacre une relation à exécution successive, en principe à durée indéterminée, celle qui organise les conditions de création. Par ailleurs, il prévoit d'ores et déjà les développements futurs de la relation, en envisageant les exploitations futures. Il ne se suffit pas pour autant à lui-même puisqu'une cession sera nécessaire pour chaque création, conformément au principe de propriété de la création. Alain Sayag, définissant le contrat-cadre, préfère souligner l'importance de l'interdépendance entre le contrat de base « *qui pose le but et les règles des futures relations des parties* » et les contrats d'application « *qui mettent en œuvre cette finalité selon ces règles* »²⁰⁷⁵ ; « *le contrat-cadre consacre avant tout autre accord, l'association des parties dans un certain type d'opérations. Il permet aux parties de « s'engager d'emblée dans un cadre général* »²⁰⁷⁶. En ce sens, il dépasse le rôle étroit de contrat préparatoire. (...) Ce contrat donne un cadre, en ce sens qu'il semble à la fois incomplet et contraignant : cadre, parce qu'il laisse une marge de négociation certaine dans la suite des relations des parties et qu'il ne suffit donc pas, à lui seul, à réaliser l'objet de l'opération prise dans son ensemble²⁰⁷⁷ ; cadre aussi, parce qu'il assigne un périmètre bien délimité à ces relations, voire parce qu'il restreint parfois la liberté de contracter, spécialement dans le domaine de la distribution. Dans ce cadre s'insèrent des opérations qui prennent la forme de contrats séparés. Mais, si le contrat-cadre et ses contrats d'application sont distincts juridiquement, ils forment pourtant un ensemble, un groupe contractuel, dont l'unité réside dans la communauté de leur objectif économique »²⁰⁷⁸. La formule du contrat-cadre offre donc une figure suffisamment souple pour organiser la relation entre l'employeur et le créateur salarié. Alain Sayag considère que les caractéristiques essentielles du contrat-cadre sont la vocation à la durée et la « *création d'un courant d'affaires, en principe entre deux parties, à travers plusieurs contrats liés* » car le contrat-cadre est à la fois « *un instrument complexe et un instrument de simplification* », qui crée une « *hiérarchie de contrats* », malgré une « *certaine indétermination du contenu de la relation d'affaires envisagée dans son ensemble* »²⁰⁷⁹. Alain Sayag note toutefois que le contrat-cadre maintient l'indépendance juridique des parties, contrairement aux contrats de travail ou de société. Certes, le contrat de travail implique la subordination du salarié. Celle-ci est nécessaire, à défaut le contrat ne serait pas un contrat de travail. Toutefois, le créateur salarié

²⁰⁷⁵ Le but de la relation est la création et l'exploitation de ces créations ; les règles futures concernent l'organisation des conditions de création et les principes généraux des exploitations à venir ; les contrats d'application sont les contrats de cession qui permettent la mise en œuvre de cette exploitation.

²⁰⁷⁶ Citant M. Fontaine

²⁰⁷⁷ Le contrat de travail dans ce modèle ne peut suffire à légitimer l'exploitation par l'employeur, il doit être complété par des contrats de cession. En revanche, le contrat de travail est contraignant puisqu'il implique que le salarié doit proposer l'exploitation à l'employeur.

²⁰⁷⁸ *Ibidem*, p.64-65.

²⁰⁷⁹ A. Sayag, préc., p.72.

bénéficie d'une certaine liberté dans l'exercice de son activité, la création exigeant la liberté. En outre, le créateur salarié, grâce au droit de divulgation, peut contrôler l'existence juridique et la patrimonialisation de sa création. S'il refuse de divulguer, le transfert de propriété ne peut avoir lieu. L'état de subordination du salarié est donc à articuler avec les droits dont il bénéficie en sa qualité de créateur. Par ailleurs, l'employeur peut lui-aussi refuser d'exploiter la création. Cette liberté qu'ont les parties de contracter ou non justifie la qualification de contrat-cadre et explique pourquoi les stipulations relatives aux conditions d'exploitation au sein du contrat de travail ne portent pas atteinte au principe d'interdiction de la cession globale des œuvres futures. Pour protéger le salarié et inciter à la renégociation régulière des conditions d'exploitation, le Professeur Pollaud-Dulian préconise que ces stipulations ne valent que pour une durée et/ou un nombre de créations limités²⁰⁸⁰. On pourrait également distinguer, comme il le suggère, selon les types de contrats de travail : le contrat à durée déterminée pourrait prévoir toutes les conditions de cession, dès lors qu'il n'est applicable que pour une durée ou un nombre de créations limités ; le contrat à durée indéterminée pourrait prévoir les conditions d'exploitation habituelles des créations réalisées par le salarié, celles-ci pouvant être complétées par avenant. Ainsi, le contrat de travail donne un cadre à la relation constituée et contient, au-delà des stipulations relatives à la relation de travail, organisant les missions du salarié et notamment sa mission de création, des dispositions relatives à l'exploitation des créations à venir. En ce dernier cas, il ne s'agit pas d'opérer une cession des droits sur les créations futures mais de rappeler le cadre contractuel des exploitations à venir, en précisant notamment l'étendue (géographique et temporelle), la destination (modes d'exploitation, public visé) et les modalités de ces exploitations, ainsi que les modalités d'évaluation des contreparties financières dues au créateur salarié. Les cessions, par analogie avec le droit du contrat de vente²⁰⁸¹, n'interviendront qu'au moment de l'accord des parties sur la chose et le prix²⁰⁸², moment qui résulte de la remise des créations et de leur acceptation

²⁰⁸⁰ F. Pollaud-Dulian, « Ombre et lumière sur le droit d'auteur des salariés », préc.

²⁰⁸¹ Cciv., art. 1583.

²⁰⁸² V. A. Sayag, préc., p.73 : « *Le contrat-cadre contient l'accord des parties sur un objectif, la création d'un flux d'affaires qui ne peut exister que par la conclusion des contrats d'application. (...) Si, effectivement, la conclusion d'un accord-cadre a un effet contraignant et implique que les parties concluent des contrats d'application, cette obligation ne laisse pas d'être équivoque. En particulier, et c'est une des raisons d'être de la formule, on ne peut généralement pas prévoir à l'avance les éléments essentiels des contrats d'application qui seront nécessaires ; sinon, on serait en présence d'un contrat unique, fût-il à exécution successive. (...) L'obligation de contracter a donc un caractère original ; c'est pourquoi il ne faut sans doute pas vouloir la ramener systématiquement à des figures classiques, comme la promesse de contrat* ». Ici, le contrat de travail contient une obligation de proposer l'exploitation à l'employeur ; manquent néanmoins les éléments indispensables à la réalisation du transfert de propriété : la détermination de l'objet exploité, la divulgation de la création et l'accord de l'employeur, éventuellement le prix.

(tacite) par l'employeur, d'une part ; de l'accord (tacite) sur le prix, d'autre part,²⁰⁸³ Pour affermir un tel dispositif, il est utile que la loi prévoie les conditions de validité de la clause de cession à insérer dans le contrat de travail des créateurs salariés (définition de l'étendue, de la destination et des modalités de l'exploitation permettant de définir les conditions de la cession ; prévision d'une rémunération proportionnelle en fonction des modes d'exploitation). Il pourrait être également utile, pour ne pas laisser les parties livrées à elles-mêmes de prévoir des modalités de rémunération fixées par voie réglementaire et supplétives de volonté. De telles dispositions pourront servir de standards²⁰⁸⁴ pour nombre d'entreprises et limiteront les difficultés invoquées par les employeurs quant à l'obligation de négociation avec les créateurs salariés.

589. **Délimitation de la cession.** Le droit comparé nous a permis de démontrer que si un certain nombre de législations admettaient le transfert automatique des droits à l'employeur, tel n'était pas le cas d'un certain nombre d'autres législations et que la délimitation pouvait être opérée à partir d'une délimitation temporelle, spatiale ou d'une finalisation de la cession. Ces éléments renvoient en fait aux éléments mis en exergue par l'article L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle²⁰⁸⁵. Ce n'est pas anodin car l'existence d'un contrat de travail ne doit pas conduire à évincer le régime de la propriété intellectuelle. On peut d'ailleurs entendre en ce sens l'article L.111-1, alinéa 3 : l'indifférence de l'existence du contrat de travail peut ne pas être entendue comme la négation de la vocation de l'employeur à exploiter mais comme le refus d'évincer les principes généraux et le régime de la propriété intellectuelle. Or l'analyse de la propriété des créations, qualifiée ainsi à partir de la maîtrise des créations que permet la loi, a permis de dégager que la propriété des créations résidait en réalité en une maîtrise de la destination. Ce point est essentiel et est à mettre en relation avec la subordination dont le créateur salarié fait l'objet. Le principe de l'appropriation pure et simple des fruits du travail salarié par l'employeur, quelles qu'en soient la forme, la nature ou la valeur, n'est valable qu'à la condition d'admettre que la subordination soumet l'intégralité de la force de travail du

²⁰⁸³ Le versement d'une rémunération proportionnelle, figurant sur le bulletin de paie, et dont le montant n'est pas contesté par le salarié scelle donc la cession.

²⁰⁸⁴ Or la mise en place ou la publicité organisée autour de « standards » est importante en pratique pour limiter les contentieux et faciliter la négociation entre les parties, notamment pour éviter que le conflit se cristallise du fait du manque d'expérience et de repères des parties ou d'au moins l'une d'entre elles. Les standards peuvent ne pas être des contraintes mais au contraire des exemples. C'est aussi le rôle en pratique des *minima* conventionnels en matière de salaire. Une analyse de leur application par les entreprises en pratique est à ce titre intéressante. Cf. aussi supra n°569 et 570.

²⁰⁸⁵ Si l'on ne retrouve pas de telles dispositions en droit des brevets, on remarque qu'en pratique la concession de licence d'exploitation est soumise également à la détermination de la durée et du territoire d'exploitation, ainsi que de la « destination » de l'exploitation.

salarié au pouvoir de l'employeur : tous les fruits du travail salarié sont donc acquis à l'employeur²⁰⁸⁶. Or cet axiome est faux. Par l'acceptation du contrat de travail, le salarié ne transfère pas la maîtrise pleine et entière de sa force de travail à l'employeur, il met sa force de travail à disposition pour la seule réalisation de l'objet du contrat²⁰⁸⁷. La vocation de l'employeur à la propriété des fruits du travail de son salarié a donc pour limite les limites de la subordination. Ces limites sont temporelles : durée du contrat de travail, temps de travail du salarié. Ces limites sont également « matérielles » : poste, missions, tâches du salarié définies par le contrat de travail et relevant dès lors du pouvoir de direction de l'employeur. Enfin, ces limites sont liées à l'activité de l'entreprise : l'employeur ne peut « détourner » la force de travail du salarié pour lui demander d'accomplir d'autres missions que les siennes, pour développer d'autres activités que celles de l'entreprise, et notamment ne peut imposer au salarié de travailler pour autrui²⁰⁸⁸. Cette limite de l'objet du contrat de travail peut permettre de déterminer la finalité de la cession des droits d'exploitation sur les créations : l'exploitation des créations dans le cadre des activités normales de l'entreprise. Cette cession finalisée n'est en réalité que la détermination de la destination des exploitations, qui peut être déterminée à partir de l'objet du contrat de travail : le salarié est embauché pour participer à l'activité de l'entreprise. La vocation à la propriété de l'employeur étant une conséquence du contrat de travail, il est assez logique que cette vocation à la propriété soit limitée à l'objet du contrat de travail : durée du contrat et durée de la mise à disposition, mission du salarié, champ territorial de l'activité normale de l'entreprise. Ces éléments doivent être déterminés dans le contrat de travail ou les dispositions contractuelles prévoyant les conditions de cession applicables aux créations futures créées dans le cadre du contrat de travail. Par ailleurs, il revient au législateur d'inciter les parties à négocier régulièrement les conditions de la cession, comme il le fait en droit du travail en invitant les partenaires sociaux à négocier annuellement sur la question des rémunérations. Deux options s'offrent au législateur : l'obligation de renégocier les conditions de la cession tous les ans, ou tous les cinq ans ou la délimitation de la cession à un temps limité. La première option conduit à renégocier régulièrement l'intégralité des conditions de la cession pour l'ensemble des créations à venir et conduit à l'application de conditions de cession distinctes en fonction de la date de création. La seconde option permet de soumettre toutes les créations aux mêmes conditions de cession (sauf à ce qu'un avenant soit renégocié

²⁰⁸⁶ Cf. supra n°10.

²⁰⁸⁷ Cf. supra n°58, 79 et 80.

²⁰⁸⁸ L'employeur ne peut notamment pas recourir au prêt de main d'œuvre à but lucratif et ne peut imposer au salarié une mise à disposition sans but lucratif, le contrat étant conclu *intuitu personae*.

volontairement) mais à imposer qu'au-delà d'une certaine durée d'exploitation, les conditions d'exploitation seront renégociées. Seules les créations ayant une longévité d'exploitation suffisante, autrement dit les créations présentant un succès atypique, seront concernées. Cela permet finalement de n'obliger les parties à la négociation que pour les créations faisant l'objet d'exploitations particulières (ici particulièrement longues), comme cela sera le cas si l'employeur tient à exploiter la création en dehors du champ habituel de son activité économique. En effet, si la création est exceptionnelle et permet à l'employeur de développer de nouveaux marchés (territoriaux ou en termes d'activités nouvelles), il paraît normal que le créateur salarié qui est à l'origine de ce développement soit associé aux résultats de ce développement.

590. Le droit de préférence pourrait donc être affirmé légalement et valoir pour la durée du contrat de travail et les créations créées en exécution du contrat de travail. Par ailleurs, la loi devrait déterminer les conditions de cession qui doivent être prévues par le contrat de travail pour que la cession soit valable.

591. **Obligations de l'employeur.** La faveur à la propriété et à l'exploitation impose de mettre à la charge de l'employeur une obligation de dépôt et une obligation d'exploiter. A défaut de dépôt ou d'exploitation, le créateur salarié qui souhaite poursuivre l'exploitation de la création doit pouvoir déposer et mettre en œuvre l'exploitation par lui-même ou par l'intermédiaire d'un tiers. Cette exploitation ne devrait pas être considérée comme concurrençant l'employeur, celui-ci ayant renoncé à exercer son droit de préférence et à l'exploitation. Si l'employeur souhaite interdire le dépôt ou l'exploitation au salarié sans pour autant la mettre en œuvre, il doit assumer les conséquences économiques de l'exigence de réservation exclusive de la jouissance des utilités de la création en rémunérant cette réservation. Il importe de réfléchir à la mise en œuvre concrète de la faculté de renonciation de l'employeur à l'exercice du droit de préférence et à la faculté d'exploitation du salarié. La mise en place d'une obligation d'information tout en privilégiant des modes de communication simplifiés entre les parties au vu de leur relation, qui ne doit pas dégénérer en conflit, doit conduire à l'adoption de solutions souples.

592. **Rémunération.** L'analyse des systèmes étrangers ainsi que celle du modèle d'appropriation des créations ici privilégié conduit à préconiser la mise en place d'une rémunération proportionnelle. Celle-ci est conforme aux principes du droit d'auteur, qui privilégie la rémunération proportionnelle. L'existence d'un contrat de travail ne conduit pas à évincer le régime de la propriété et notamment le droit commun de la cession, les parties restent donc soumises aux dispositions des articles L.131-1 et suivants, et notamment aux

articles relatifs à la rémunération. Cette solution est également conforme au droit des brevets : la consécration de la propriété du créateur doit conduire à son association aux fruits de son activité, ce qui a conduit à la mise en place d'une rémunération proportionnelle aux bénéfices ou aux résultats nets d'exploitation pour les agents publics, à une rémunération équitable dont le montant est en rapport avec les résultats d'exploitation dans un certain nombre de secteurs industriels. Par ailleurs, on observe dans la pratique que l'exercice de la propriété sur le brevet se traduit très souvent par la concession de licence et le paiement de redevances proportionnelles. Il revient donc au contrat de travail de déterminer le taux d'intéressement du créateur au succès de sa création. Quant à l'assiette de la rémunération, elle pourrait porter sur le montant du chiffre d'affaires hors taxe perçu par l'employeur. Enfin, dès lors que l'on distingue le travail de la création et que l'on raisonne en termes de cession, il paraît logique de considérer que la contrepartie de la cession ne relève pas du salaire. Il conviendra de raisonner en termes de prix, ce qui exclut le versement des cotisations sociales sur les salaires. En revanche, le juste prix doit être soumis aux cotisations spéciales, notamment celles portant sur les redevances d'auteur et sont à ce titre des revenus imposables. Le régime social et fiscal est toutefois intéressant pour l'employeur et devrait l'inviter à ne pas négliger ce type de rémunération.

593. **Conclusion.** On a envisagé ici un régime de propriété des créations salariées basé sur la propriété du créateur. Ce régime distingue travail et création, ce qui exclut l'application des mécanismes spécifiques au droit du travail. En revanche, il tient compte de la double relation qu'entretiennent l'employeur et le salarié et des nécessaires répercussions de cette nature duale. Ses principes essentiels sont : réaffirmation du critère de création (originalité ou activité inventive) pour identifier les objets protégés et les créateurs, propriété *ab initio* pour le créateur, droit de préférence de l'employeur pour une exploitation dans le cadre de ses activités habituelles, obligation de dépôt et d'exploitation à la charge de l'employeur, droit d'exploitation non-concurrente du salarié en l'absence d'exploitation par l'employeur, négociation des conditions de cession au sein du contrat-cadre que constitue le contrat de travail, transfert de propriété par l'acceptation tacite de l'employeur manifestée par le commencement d'exploitation et le versement de la rémunération, délimitation de la cession et rémunération proportionnelle n'ayant pas la nature de salaire.

594. Toute autre serait la proposition d'un régime unitaire fondé sur les mécanismes de droit du travail.

SECTION II.

PISTES DE RÉFORME CENTRÉES SUR LE MODÈLE INDUSTRIEL

595. Au contraire de la section précédente qui mettait en exergue la distinction du travail et de la création au point d'exclure l'application des mécanismes du droit du travail pour aménager les conditions de la titularité dérivée des droits portant sur les créations subordonnées au profit de l'employeur, nous étudierons ici dans quelle mesure peut être proposée une réforme mettant en place un régime unitaire de titularité des droits sur les créations subordonnées accueillant le modèle d'appropriation des fruits du travail. Ce régime, pour admettre l'intervention du modèle d'appropriation des fruits du travail, reste soumis aux principes évoqués en introduction de ce chapitre, et inhérents à la propriété des créations : principe du créateur personne physique, propriété initiale des droits au profit du créateur, droit moral inaliénable, imprescriptible et protégeant la personnalité du créateur. Le système proposé s'intéresse donc à l'aménagement du droit de la cession pour faciliter les relations entre les parties, à partir des mécanismes du droit du travail. Comme le droit du travail se désintéresse finalement de la question de la propriété des fruits du travail pour se concentrer sur la définition du statut de travailleur et des pouvoirs et responsabilités de l'employeur, le régime visera essentiellement à réglementer les droits et obligations des parties. Le régime de la création salariée, soumis au prisme du droit du travail, généralisera le recours aux outils particuliers au droit du travail, au premier titre desquels la négociation collective, la rémunération en salaire, notamment par l'attribution de primes et de rémunérations variables. Avant d'analyser quelles formes pourrait prendre concrètement la réforme (II), on présentera succinctement les solutions étrangères relevant d'un tel modèle (I).

§ 1. EXEMPLES ÉTRANGERS

596. Comme pour la première section, seront analysés successivement les régimes de droit d'auteur (A) et de droit des brevets (B).

A. En droit d'auteur

597. Afin de comprendre les régimes de *copyright*, il paraît nécessaire de présenter ces régimes dans leur contexte général et aussi de nuancer leur convergence : s'ils convergent à propos de la vocation de l'employeur à exploiter les créations de ses salariés, ils peuvent

diverger par exemple sur la définition de la qualité d'auteur, ce qui n'est pas sans incidence sur nos réflexions et sur l'intérêt qu'il peut y avoir à étudier certaines législations (ou exclure au contraire leur étude ou la restreindre à des questions très précises).

598. **Préalable : divergence anglo-saxonne sur la qualité d'auteur.** La distinction de l'auteur et du titulaire de droits existe, avec plus ou moins de clarté, dans les pays anglo-saxons. On remarque ainsi que les ouvrages de droit anglo-saxon consacrent des paragraphes aussi bien à la question de la qualité d'auteur (*authorship*) qu'à celle du titulaire du droit (*ownership*). Des incertitudes quant à l'utilisation du terme *author* subsistent néanmoins. En droit anglais et canadien²⁰⁸⁹, la qualité d'auteur d'une œuvre de l'esprit appartient bien au créateur²⁰⁹⁰. Celui-ci est par ailleurs en principe le premier titulaire du droit d'auteur. Il existe une exception notable : les auteurs salariés qui, s'ils ont la qualité d'auteur, sont privés de la titularité initiale des droits, à moins de précisions contractuelles contraires²⁰⁹¹. La justification de l'exception reprend l'argument classique du paiement du salaire qui emporte vocation de

²⁰⁸⁹ Le droit canadien, issu du droit britannique, ne s'en est pas affranchi pour reconstruire sa législation sur le modèle américain. La législation sur le sujet n'a pas évolué. V. Y. Gendreau, « Synthèse possible ou impossible du droit civil et de la common law – l'exemple du Canada », in *La mise en œuvre des droits d'auteurs, le rôle de la législation nationale en droit d'auteur*, Congrès de Berlin, 16-19 juin 1999, ALAI 2000, p.355, spéc. p.366 : « En ce qui concerne la titularité des droits, la situation est fort simple. Le droit canadien en cette matière est demeuré le même que celui qui avait cours à l'époque de la loi britannique de 1911. Cela signifie qu'il comprend la distinction entre l'auteur et le titulaire du droit d'auteur, et que cette distinction joue en matière d'œuvres d'employés et de certaines œuvres de commande. L'employeur est donc le premier titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre créée par son employé et l'exception en faveur des journalistes employés qui maintiennent leur droit d'auteur pour une publication ailleurs que dans un périodique semblable à celui de l'employeur existe toujours. Seules certaines œuvres réalisées dans le cadre de contrats de commande donnent naissance à un droit d'auteur sur la tête de la personne qui a commandé l'œuvre : les gravures, les portraits, et les photographies. Il ne s'agit donc pas de la règle des *works made for hire* du droit américain. La seule définition de l'auteur d'une œuvre qui figure dans la loi est celle de l'auteur d'une photographie – le propriétaire du cliché initial ou de la photographie originale quand il n'y a pas de cliché. Rien n'est mentionné au sujet de l'auteur de l'œuvre cinématographique ; il faut donc s'en remettre aux principes généraux ». Il faut dire qu'en pratique, les solutions sont relativement convergentes.

²⁰⁹⁰ V. Loi anglaise, *Copyright, Designs and Patents Act* 1988, art. 9(1) et loi canadienne sur le droit d'auteur (LRC (1985), ch C-42) telle que modifiée pour la dernière fois le 12 décembre 2005. A propos du droit britannique, P. Groves, *Copyright & Designs Law, a question of balance*, Graham & Trotman, 1991, p.38, qui définit l'auteur comme « *the person who creates it* » et précise que l'énumération légale des auteurs ne vise à préciser la qualité d'auteur que dans les situations ambiguës : « *The Act expands on this basis principle for certain classes of work. For other classes of work the Government felt it was sufficiently clear* ». Si le terme auteur doit effectivement désigner le créateur, la détermination de l'auteur d'un objet non créatif peut effectivement être délicate et exiger une définition légale. V. aussi p.42 : « *the basic rule of ownership of copyright is that the first owner of copyright in a work is its author. This principle also applied in the 1956 Act, the 1911 Act and earlier legislation and is required by the Berne Convention. It makes it abundantly clear that the Act is "about protecting originators, innovators, creators and authors", as Mark Fisher MP put it. However, it falls some way short of protecting all such people which was once of the Opposition's main objections to the Bill* ».

²⁰⁹¹ Article 11 (2) du *Copyright, Designs and Patents Act* 1988 modifié (CRR 1996 regulation 18(3)) : « *where a literary, dramatic, musical or artistic work is made by an employee in the course of his employment, his employer is the first owner of any copyright in the work subject to any agreement to the contrary* » ; V. aussi Stephenson Jordan & Harrison Ltd v. MacDonald & Evans [1952] 69 RPC 10 ; Noah v. Shuba [1991] FSR 14.

l'employeur à la propriété des fruits du travail du salarié, y compris intellectuels²⁰⁹². La qualité d'auteur est toutefois aussi attribuée au producteur d'un enregistrement sonore, d'un film, d'une émission radiodiffusée ou au service de transmission d'un programme par câble, à l'éditeur et à la personne à l'origine des œuvres générées par ordinateur. En droit anglais, c'est donc moins du fait de la création salariée que du fait des droits voisins que vient l'ambiguïté du terme *author*²⁰⁹³. En effet, contrairement au droit français qui distingue les œuvres de l'esprit des objets de droits voisins que sont les phonogrammes, les vidéogrammes, ou les programmes des entreprises de communication télévisuelle, le droit anglais assimile ces objets à des œuvres²⁰⁹⁴, et c'est dans ce cas précis que l'auteur peut être une personne morale²⁰⁹⁵. En revanche, pour la création salariée, la loi distingue l'auteur du premier titulaire du droit d'auteur²⁰⁹⁶. Finalement, le droit anglais même s'il ne distingue pas *a priori* les œuvres de l'esprit des objets de droits voisins qui sont regroupés dans la même catégorie (*works*), les distingue quant au régime, et ce notamment en ce qui concerne la titularité initiale des droits : seules les œuvres de l'esprit ont pour auteur le créateur personne physique. Ainsi, lorsque l'objet est une création originale, la qualité d'auteur ne peut revenir qu'au créateur ; au contraire, en dehors de toute création originale, le terme auteur renvoie au sens de droit commun : la personne qui est à l'origine du droit ou de la situation, ici la personne qui a initié par ses actes matériels, ses instructions, sa commande, ses investissements, la réalisation de l'objet nouveau sur lequel naissent des droits nouveaux. On comprend donc qu'en droit canadien et anglais, le terme auteur emporte un sens particulier lorsqu'il est employé à propos d'une création²⁰⁹⁷, comme en droit français. Tel n'est pas le cas aux États-Unis. Alors que le

²⁰⁹² V. en ce sens, P. Groves, préc., p.42 : « *The philosophy underlying the exception was explained by Lord Beaverbrook Committee : "it is the employer who pays for the work to be done ; he pays the employee and pays for any necessary raw materials. The employees of a company manufacturing cars or washing machines, or anything else that springs to mind, would not expect to own what they produce. The product of their labour belongs to the employer and rightly so. Why should it be any different when the employee produces a literary work instead of building a computer ? In general it is right that the author should own copyright in his work ; but the situation is very different if the author opts for the security of employment and relies on the employer to provide all the material and other support he needs and often to provide clear guidelines on these works to be made. If the author were to have copyright in such circumstances the employer will pay for the work twice over ; first in the wage or salary to produce it, and, secondly, in acquiring the copyright so that he can exploit the work".* »

²⁰⁹³ En ce sens, Y. Gendreau, préc., spéc. p.358.

²⁰⁹⁴ Loi britannique du 15 novembre 1988 sur le droit d'auteur, les dessins et modèles et les brevets, art. 3 à 8.

²⁰⁹⁵ Loi britannique du 15 novembre 1988, art. 9, 2°.

²⁰⁹⁶ Loi britannique du 15 novembre 1988, art. 11 : 1) sous réserve des dispositions suivantes, l'auteur d'une œuvre est le premier titulaire de tout droit d'auteur existant sur celle-ci ; 2) lorsqu'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique est créée par un employé dans le cadre de son emploi, l'employeur est, sous réserve de toute stipulation contraire, le premier titulaire de tout droit d'auteur sur cette œuvre.

²⁰⁹⁷ J. A. L. Sterling, « Codification et systématisation du droit d'auteur – l'exemple britannique (la loi de 1988 sur le droit d'auteur, les droits des dessins industriels et le droit des brevets) », in *La mise en œuvre des droits*

code américain commence la section relative au droit d'auteur par la définition de tous les termes techniques de la loi, curieusement, le mot *author* n'est pas défini. Bien que la loi se réfère à l'occasion au titulaire des droits²⁰⁹⁸, elle ne distingue pas pour autant le créateur du titulaire du droit, la notion de titulaire du droit semble plutôt englober l'auteur (c'est-à-dire le premier titulaire du droit, qu'il soit ou non le créateur personne physique) et ses ayants droit. Ainsi, si la qualité d'auteur appartient en principe au créateur, elle appartient par exception à l'employeur ou au commanditaire en cas de *works made for hire*²⁰⁹⁹. Ici, il n'y a donc pas de sens spécifique du terme auteur permettant en cas de création de faire coïncider les termes d'auteur et de créateur. Le terme auteur désigne la personne qui est le premier titulaire du droit car il est la personne à l'origine des actes qui ont conduit à faire émerger la situation juridique nouvelle. Cette situation juridique nouvelle fait émerger des droits nouveaux ; la personne qui en est à l'origine a vocation à en être titulaire. Les législations canadienne et britannique, si elles diffèrent du droit américain en ce qui concerne la définition du terme auteur, rejoignent en revanche cette législation en reconnaissant à l'employeur la titularité initiale des droits sur les œuvres de l'esprit de ses salariés. Cette convergence des systèmes de *common law* sur la question de la titularité initiale des droits sur les œuvres des salariés, alors même que les législations continentales affirment le principe de l'auteur premier titulaire des droits et n'admettent qu'une titularité dérivée de l'employeur, fait de cette question une caractéristique des systèmes de *common law*²¹⁰⁰.

d'auteur, le rôle de la législation nationale en droit d'auteur, Congrès de Berlin, 16-19 juin 1999, ALAI 2000, p.296, spéc. p.301 : « L'article 9(1) de la loi énonce que 'auteur', relativement à une œuvre, signifie la personne qui l'a créée. Bien qu'il y ait, comme nous le verrons, des règles spéciales quant à la constatation de la qualité d'auteur dans certains cas, il est important de noter que la loi britannique fait référence au critère de 'création'. L'article 9(2) contient des règles spéciales concernant la détermination de l'auteur des productions qui n'ont pas à répondre aux critères d' 'originalité' pour être protégées ».

²⁰⁹⁸ *United States Code, Title 17, Copyrights* dans sa version du 13 décembre 2003, paragraphes 201 et 202 notamment.

²⁰⁹⁹ *United States Code, Title 17, Copyrights* dans sa version du 13 décembre 2003, paragraphe 201, b : « *In the case of a work made for hire, the employer or other person for whom the work was prepared is considered the author for purposes of this title, and, unless the parties have expressly agreed otherwise in a written instrument signed by them, owns all of the rights comprised in the copyright* ».

²¹⁰⁰ V. en ce sens, J. A. L. Sterling, préc. : « la loi conserve ainsi pieusement une caractéristique constante du système de droit d'auteur de *common law*, à savoir, en ce qui concerne les œuvres créées en exécution d'un contrat de travail, la titularité initiale du droit d'auteur à l'employeur, sous réserve des dispositions du contrat. Il est intéressant de noter que le droit d'auteur du réalisateur principal d'un film appartient au producteur lorsque le réalisateur est un employé qui a fait le film dans l'exercice de son activité contractuelle, à moins qu'il y ait une convention en sens contraire ». En cas de contrat de travail, si le réalisateur et le producteur britanniques partagent la qualité de créateur du film, au titre du droit d'auteur et du droit voisin, seul le producteur est donc titulaire des droits.

599. **Convergence anglo-saxonne sur la titularité initiale des droits au profit de l'employeur.** En droit anglo-saxon, les œuvres susceptibles d'appartenir de plein droit à une autre personne que le créateur sont clairement les œuvres de l'esprit créées en exécution d'un contrat de travail. En effet, les législations britanniques et canadiennes distinguent parmi les œuvres créées sous lien d'engagement les œuvres créées en exécution d'un contrat de commande et celles créées en exécution d'un contrat de travail, qui appartiennent à l'employeur sans qu'il y ait besoin de cession²¹⁰¹. Le paragraphe 101 de la loi américaine, consacré aux *works made for hire* admet dans son champ d'application les œuvres créées par un salarié mais aussi certaines œuvres de commande spécialement énumérées. Toutefois, concernant les œuvres de commande, la qualification de *works made for hire* dépend de la volonté des parties²¹⁰². Les systèmes de *common law* divergent donc seulement sur la question de la titularité des œuvres de commande : les législations britanniques et canadiennes exigent une cession des droits de l'auteur créateur au commanditaire ; la législation américaine admet que les parties puissent contractuellement décider que l'œuvre à créer appartiendra *ab initio* au commanditaire. Dans la mesure toutefois où les législations britanniques et canadiennes admettent la cession globale des œuvres futures, la distinction des régimes sur ce point n'a pas vraiment de portée pratique. La rédaction d'un écrit n'est même pas nécessaire en droit canadien dès lors que les parties ont manifesté leur volonté de manière non équivoque²¹⁰³. On

²¹⁰¹ De la même manière, les dirigeants de société non salariés conservent la propriété de leurs créations, sauf dispositions contractuelles contraires.

²¹⁰² 17.S.C. § 101 (loi américaine sur le copyright de 1976) : « *A 'work made for hire' is – A work prepared by an employee within the scope of his or her employment ; or (2) A work specially ordered or commissioned for use as a contribution to a collective work, as a part of a motion picture or other audiovisual work, as a translation, as a supplementary work, as a compilation, as an instructional text, as a test, as answer material for a test, or as an atlas, if the parties expressly agree in a written instrument signed by them that the work shall be considered a work made for hire. For the purpose of the foregoing sentence, a 'supplementary work' is a work prepared for publication as a secondary adjunct to a work by another author for the purpose of introducing, concluding, illustrating, explaining, revising, commenting upon, or assisting in the use of the other work, such as forwards, afterwords, pictorial illustrations, maps, charts, tables, editorial notes, musical arrangements, answer material for tests, bibliographies, appendixes, and indexes, and an 'instructional text' is a literary, pictorial, or graphic work prepared for publication and with the purpose of use in systematic instructional activities* ».

²¹⁰³ J. S. McKeown, Fox, *Canadian Law of Copyright & industrial designs*, 3e ed., Carswell, Thomson Professional publishing, 2000, p.343 : « *it does not appear that such an agreement must be in writing to be enforceable. An implied term of a contract may be sufficient* ». En droit américain, pour qu'une œuvre de commande (d'un type prévu par la liste limitative de l'article 101 (2)) soit réputée un *work made for hire* il faut qu'il y ait un écrit signé par les parties. Le moment où cet écrit doit être rédigé est controversé en jurisprudence. Selon une cour d'appel, il faut que l'écrit intervienne avant le commencement du travail, *Schiller & Schmidt v. Nordisco Corp.*, 969 F. 2d 410 (7th Cir. 1992). Selon une autre cour, cependant, la formalisation de l'accord peut intervenir après la livraison de l'œuvre, dès lors que l'accord oral sur le statut de *work made for hire* précède le travail, *Playboy Ents. v. Dumas*, 53 F. 3d 549 (2nd Cir. 1995), V. sur ce point, *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, M. Cornu, I. de Lamberterie, P. Sirinelli, C. Wallaert (dir.), CNRS éditions, 2003, p.309. V. aussi J. S. McKeown, Fox, préc., p.335 : « *While early English cases were prepared to give effect to an agreement, express or implied, that copyright would not belong to the author but to the person who commissioned the work, by way of an equitable*

notera que toutes ces législations prévoient la possibilité pour les parties de décider contractuellement de laisser la titularité au salarié. Ces systèmes convergent par ailleurs sur la définition des œuvres appartenant à l'employeur.

600. **Définition des œuvres appartenant à l'employeur : les œuvres de mission.** Les législations britannique, canadienne et américaine convergent pour ne reconnaître à l'employeur la titularité des droits que sur les œuvres créées par les salariés dans l'exercice de leurs fonctions. Seules les œuvres de mission appartiennent donc *ab initio* à l'employeur. Ainsi, « une oeuvre créée par un salarié ne sera réputée 'work made for hire' que si elle a été réalisée dans le cadre des fonctions du salarié. L'employeur devra démontrer que l'œuvre réalisée s'inscrit dans l'activité du salarié, que le travail s'effectuait principalement durant les horaires de travail du salarié, et qu'enfin le travail a été effectué, du moins en partie, afin de promouvoir les intérêts de l'employeur »²¹⁰⁴. De la même manière, les œuvres d'employé appartenant à l'employeur canadien (*work made in the course of employment*) sont celles créées « lorsque l'auteur est employé par une autre personne en vertu d'un contrat de louage de service ou d'apprentissage, et exécutée dans l'exercice de cet emploi »²¹⁰⁵ : ainsi, l'œuvre créée pour moitié au cours de l'emploi et pour moitié sur le temps libre du salarié appartient en copropriété à l'employeur et au salarié²¹⁰⁶ et l'oeuvre créée sur le temps de travail, mais en dehors des missions attribuées au salarié, lui appartient pleinement. Enfin, si en droit anglais, sauf conventions contraires, l'employeur est le titulaire originaire du *copyright* sur les œuvres créées par son employé²¹⁰⁷, il est néanmoins nécessaire que l'œuvre ait été créée en exécution du contrat de travail, c'est-à-dire qu'il s'agisse d'une œuvre de mission. Ainsi, « le *copyright* sur des conférences consignées par un comptable employé dans une publication n'appartient pas à l'employeur, dans la mesure où le comptable est employé pour donner des conseils, non pour donner des conférences. Peu importe que l'employeur lui ait fourni

assignment, it is unlikely that a Canadian court could grant relief by way of an equitable assignment in light of the provisions of the Act. More specifically, subsection 13(4) provides that an assignment of copyright must be in writing and section 89 provides that no person is entitled to copyright or any similar right in any work otherwise than under, and in accordance with the Act. As a result, where a person commissions and pays for the execution of a work other than a photograph, engraving or portrait, and the work is not performed in the course of employment under a contract of service between the parties, copyright does not vest in such person unless there is an assignment of the copyright to such person ».

²¹⁰⁴ Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du *copyright*, préc., p.309, se référant à l'affaire *Avtech Systems Inc. v. Peiffer*, 21 F. 3d 568 (4th Cir. 1994).

²¹⁰⁵ Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du *copyright*, préc. p.361.

²¹⁰⁶ V. aussi affaire *Aliments Krispy Kernels inc. c. Morasse*, C.S. Arthabaska, n°415-05-00185-909 et n°415-05-00130-905, 28 janvier 1993.

²¹⁰⁷ Article 11 (2) du *Copyright, Designs and Patents Act* 1988 modifié (CRR 1996 regulation 18(3)) : « where a literary, dramatic, musical or artistic work is made by an employee in the course of his employment, his employer is the first owner of any copyright in the work subject to any agreement to the contrary ».

un secrétariat et remboursé les frais liés aux conférences »²¹⁰⁸ ; de la même manière, « *un employé réalisant une traduction de texte hors du cadre normal de ses activités mais à la demande et grâce aux moyens fournis par son employeur dispose néanmoins du copyright sur cette œuvre* »²¹⁰⁹. La définition des missions du salarié est donc entendue restrictivement par la jurisprudence britannique, qui tient compte des seules activités normales du salarié et exclut les missions spéciales confiées au salarié. Comparée au droit français des brevets, qui admet la titularité de l'employeur dès lors que la création a un lien avec l'activité de l'entreprise, la propriété des œuvres de l'esprit en droit britannique est bien plus liée à l'exécution du contrat de travail : c'est en effet la définition du poste de travail au sein du contrat qui détermine la titularité des droits. La définition du poste de travail semble par ailleurs être entendue *in abstracto*²¹¹⁰. Par ailleurs, contrairement au droit français des brevets, l'employeur ne dispose pas légalement d'un droit lui permettant d'acquérir par priorité les créations de ses salariés créées en dehors de leurs missions, quand bien même ces créations seraient susceptibles d'intéresser l'entreprise. On remarquera toutefois qu'il convient de relativiser ce qui, à première vue, peut apparaître comme étant restrictif des droits de l'employeur anglo-saxon : dès lors que la cession des droits ne nécessite aucun formalisme particulier, l'employeur peut facilement devenir cessionnaire des droits sur les œuvres créées par son salarié hors du cadre normal de ses fonctions. Des clauses de cession de droit sont donc le plus souvent annexées au contrat de travail pour couvrir les hypothèses pour lesquelles l'employeur n'est pas propriétaire *ab initio* des droits sur les créations de ses employés. L'absence de disposition légale spéciale en faveur de l'employeur est donc compensée par la simplicité du droit de la cession. La liberté contractuelle en la matière est en effet largement favorable à l'employeur qui se trouve économiquement en

²¹⁰⁸ *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, préc., p.195, se référant à l'affaire *Stephenson Jordan & Harrison Ltd v. MacDonald & Evans* [1952] 69 RPC 10. V. aussi *Noah v. Shuba* [1991] FSR 14.

²¹⁰⁹ *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, préc., p.196, se référant à l'affaire *Byrne v. Statist* [1914] 1 KB 622.

²¹¹⁰ J. S. McKeown, Fox, préc. p.342 : « *In Byrne v. Statist Co., a person permanently employed on the editorial staff of a newspaper was specially employed by the proprietors to translate and summarize a speech. He did the work in his own time and independently on his ordinary duties, and it was held that in doing so he did not act under a contract of service. In Stephenson, Jordan & Harrison Ltd. V. MacDonald & Evans, an employee of the plaintiff prepared certain lectures. He did so as an accessory to his contract of service and not as a part of it and was the first owner of the copyright in the work. Denning L. J. made the following comments : 'It must be remembered, however, that a man who is employed under a contract of service may sometimes perform services outside the contract. (...) Other instances occur when a doctor on the staff of a hospital, or a nurse on the staff of a school, is employed under a contract of service to give lectures or lessons orally to students. If he, for his own convenience, puts the lectures into writing, then his written work is not done under the contract of service. It is most useful as an accessory to his contracted work but it is not really part of it. The copyright is in him and not in his employers'* ». Il semble donc que les juges retiennent une définition objective des missions confiées à un salarié sur un poste déterminé. Les missions accessoires et spéciales n'emportent pas titularité des droits au profit de l'employeur.

position de force au moment de la négociation. En droit français, une telle situation ne pourrait pas être rencontrée : la cession des droits sur les créations qui ne peuvent pas être rattachées au contrat de travail sera soumise au droit commun de la cession (interdiction de la cession globale des œuvres futures, cession délimitée, rémunération proportionnelle).

601. On constate donc que les droits anglo-saxons en matière d'œuvres de l'esprit convergent vers une reconnaissance d'une titularité initiale des droits d'auteur au profit de l'employeur, ce qui n'est pas transposable au droit français dès lors que le régime de la propriété littéraire et artistique, propriété personnaliste impose le respect des principes du créateur personne physique et de titularité initiale des droits au créateur. En revanche, l'analyse de ces législations a pu être instructive en ce qu'elle a démontré que ces législations qui font prévaloir le modèle d'appropriation du travail ont pour limite le contenu du contrat de travail : seules les œuvres de l'esprit créées par le salarié dans l'exercice de ses fonctions appartiennent à l'employeur, et la notion de fonctions est entendue de manière beaucoup plus stricte que ce qu'admettent, par comparaison, les modèles français en matière de logiciel ou d'invention. Au-delà de l'objet du contrat de travail, les employeurs doivent obtenir des cessions de droits de la part de leurs salariés. Si ces cessions de droit sont faciles et relèvent en pratique souvent du contrat de travail, cet état de fait est moins lié à la relation employeur-salarié qu'à la liberté contractuelle affirmée dans les rapports créateurs-exploitants dans les législations de *copyright*. Autrement dit, la différence de situation entre les employeurs français et américains tient moins à leur condition d'employeur qu'à leur condition d'exploitant : ce sont les régimes de propriété intellectuelle, droit d'auteur ou *copyright*, qui sont irréductibles, et les régimes de titularité des droits sur les créations subordonnées ne font qu'illustrer ces différences. Or il n'est pas de raison évidente de modifier le régime de propriété intellectuelle français uniquement pour le cas des créations subordonnées. Evidemment, le droit des brevets français, qui ne prévoit que de rares dispositions quant aux contrats d'exploitation²¹¹¹, ne protégera pas l'inventeur salarié pour les cessions de droits portant sur les inventions créées en dehors des fonctions. Il y aurait alors un paradoxe à protéger mieux l'inventeur salarié pour la cession des droits d'exploitation portant sur les créations issues du rapport de travail que pour les cessions portant sur les « inventions libres ». Il importe donc de mettre en place *a minima* une interdiction de la cession globale des inventions futures du salarié, ce que confirme l'analyse des législations étrangères en matière de brevets.

²¹¹¹ CPI, art. L.613-8 et s.

B. En droit des brevets

602. Certains présentent le droit anglo-saxon comme un droit favorable aux inventeurs. Cette assertion est fondée sur la vigueur du principe de l'inventeur personne physique, alors même que le principe du créateur-personne physique est plus ou moins malmené en matière de création littéraire et artistique. On notera néanmoins que l'employeur d'un inventeur peut être titulaire de plein droit des droits sur l'invention créée dans le cadre des fonctions du salarié et que la liberté contractuelle en matière de cession d'invention n'est pas favorable aux inventeurs qui, en pratique, en viennent à céder par avance tous leurs droits. Si certains garde-fous ont pu être mis en place, les garanties accordées aux inventeurs restent faibles et le plus souvent tiennent à la bonne volonté des entreprises qui cherchent à motiver, attirer et fidéliser les inventeurs les plus créatifs par des régimes incitatifs.

603. **Définition des inventions appartenant à l'employeur.** En droit anglo-saxon, il convient de distinguer deux hypothèses : soit la propriété de l'invention est régie par les dispositions contractuelles librement négociées entre les parties ; soit elle est régie par le régime déterminé par la *common law*²¹¹². La *common law* américaine distingue en fait trois cas : la propriété pleine et entière de l'employeur pour les inventions créées par un salarié dans le cadre de ses fonctions ou par un cadre-dirigeant²¹¹³ ; la propriété pleine et entière du salarié, pour les inventions créées par un salarié qui n'a pas de mission inventive et qui a conçu l'invention sans lien avec son travail au sein de l'entreprise ; la propriété du salarié grevée d'une licence non exclusive, personnelle et gratuite au profit de l'employeur (*shop right*) lorsque l'invention a un lien avec l'entreprise, notamment parce que le salarié a utilisé les moyens de l'entreprise ou qu'il a développé l'invention pendant son temps de travail²¹¹⁴. On notera que la

²¹¹² Arrêt *Solomon v. United States*, 137 US 342, 11 SCT. 88 (1890), cité in J.-P. Martin, *Droit des inventions de salariés*, préc., p.240, selon lequel « les droits respectifs de l'inventeur salarié et de l'employeur dépendent d'abord de l'existence ou non d'un accord contractuel exprès entre les parties. En général, s'il existe un accord valide (contrat de travail) il s'applique. S'il n'y a pas d'accord spécifique préalable, c'est la 'common law' qui s'applique ».

²¹¹³ Le droit anglo-saxon opère ici une sorte de fusion entre les personnalités juridiques de la personne du cadre-dirigeant et de la société. En effet, leurs intérêts sont si communs qu'il ne peut y avoir de conflits d'intérêts entre eux et que les droits du cadre-dirigeant sont nécessairement dévolus à la société qui a vocation à les exploiter. Les personnes juridiques sont ici confondues du fait de l'identité d'intérêts.

²¹¹⁴ Arrêt *United States v. Dubilier Condenser Corp.* (289, US 178, n°7, 1932), cité in J.-P. Martin, préc. p.242 : « la cour suprême a décidé que l'inventeur n'est pas obligé de céder des inventions qui se situeraient en dehors de son domaine d'activité et qui n'ont pas de rapport avec les activités habituelles de l'entreprise. Mais si l'inventeur a utilisé les moyens de l'entreprise ou si celle-ci l'a aidé matériellement à réaliser l'invention, l'employeur peut bénéficier d'un 'shop right' (ex. *National Development Co. V. Gray* 316, Mas. 240, 1944) ». Sur la définition du *shop-right* : R. C. Kline, « *Law and practice of employee inventions in the United State of America* », préc., spec. p.70-71 : « a *shop right* is an irrevocable, royalty-free, non-exclusive, non-transferable license to make, use and sell the invention. (...) A *shop right* arises from the fact that an employee used the employer's time, money, ideas, materials, tools or facilities. However, the use of only a small amount

common law américaine protège l'inventeur contre les cessions abusives²¹¹⁵. Ainsi, dans l'affaire *Roberts*, la cession a pu être annulée du fait du caractère dérisoire de la rémunération versée au salarié et de la violation du devoir de conseil et d'assistance (*misrepresentation*) par le conseil en brevet, embauché ultérieurement par l'employeur peu scrupuleux²¹¹⁶. Tel n'aurait pas été le cas si le contrat de travail avait comporté une clause de cession des inventions. La *common law* ne s'appliquant pas, la propriété de l'invention aurait été régie par le contrat. Suivant le principe de liberté contractuelle, les juges sont réticents à remettre en cause les cessions consenties par les inventeurs salariés, quand bien même ces contrats de cession sont le plus souvent des contrats d'adhésion, consentis avant l'embauche et qui conditionnent cette embauche.

604. **Excès de la totale liberté contractuelle.** La *common law* ne permettant à l'employeur d'obtenir les droits sur les inventions de salariés que dans des cas très limités, les employeurs américains, et plus largement anglo-saxons, font souvent signer aux salariés susceptibles d'être

of employer materials or equipment is not sufficient to establish a shop right ». Le shop right survit à la fin du contrat de travail.

²¹¹⁵ La jurisprudence canadienne semble moins favorable aux inventeurs : T. Gary O'Neill, « *Law and practice of employee inventions in Canada* », in *Symposium on employee inventions, Bucharest, October 6 & 7, 1992, organized by the State office for Inventions & Trademarks of Romania in cooperation with the WIPO*, p.115, spéc.p.133: « *Even after discounting some of these cases, however, we're still left with a fairly substantial body of jurisprudence which, at best, pays lip service to the general principle, but refuses nevertheless to allow the employee to retain the fruits of his invention. This line of cases demonstrates a common technique for awarding patent ownership to the employer, namely, by extending the zone of those who were 'hired to invent'. This line of cases began with Edison Ltd. V. Forse in 1908 and culminated with Patchett v. Sterling Engineering Coy. Ltd. In 1955 and British Syphon Co. Ltd. V. Homewood in 1956* ». L'auteur fait par la suite remarquer que les designers et responsables de service marketing sont considérés comme des personnes « *employed to invent* ». Il observe par ailleurs que la divergence de jurisprudence pourrait tenir du fait qu'il n'existe pas de shop right en faveur des employeurs canadiens. Les juges canadiens n'ayant pour alternative que la propriété pleine et entière du salarié ou celle de l'employeur font plus souvent pencher la balance en faveur de l'employeur. *Ibidem*, p.138 : « *American courts have been more generous than their Canadian counterparts in compensating employers for their contribution to the inventions of their employees. Again, however, the 'shop right' rule is a rule of compensation, not a property right in the invention itself* ». Licence gratuite, non exclusive et incessible, fondée sur des considérations d'équité : *Ibidem*, p.141 : « *There have also been cases where an attempt was made to import the shop-right rule into Canada, but the better view would appear to be that only American employers can benefit from this form of compensation* ».

²¹¹⁶ Affaire *Roberts v. Sears, Roebuck and Co.* [affaire datant de 1979], citée par N. Orkin, « *The legal rights of the employed inventor in the United States : a labor-management perspective* », in J. Phillips (ed.), *Employees' inventions, a comparative study*, Fernsway Publications, 1981, p.152, spec. p.154 et s. Le salarié, un sales clerk, qui n'avait fait aucune étude et peu d'expérience professionnelle, réalise une invention. Il la propose à son employeur, puis la fait breveter. L'employeur apprenant qu'un brevet a été pris et réalisant l'intérêt de l'invention prend contact avec son conseil en brevet (qu'il a ensuite embauché) et finalement contracte avec le salarié : il lui propose 2% des bénéfices dans un maximum de 10 000 \$ en contrepartie de la cession de l'intégralité de ses droits de propriété intellectuelle. En neuf mois, le maximum était atteint. Roberts agit en justice et allègue la fraude, la rupture de relation de confiance (*breach of a confidential relationship*) et la violation du devoir de conseil (*negligent misrepresentation*). Il obtient un million de dollars (les bénéfices nets de l'employeur se montaient à 44 millions de dollars. La cour a par lui suite ordonné à l'employeur de restituer l'intégralité des bénéfices issus de l'exploitation de l'invention, la cession étant annulée et les juges se prononçant en vertu de la *common law*.

amenés à créer une invention un contrat de cession des inventions à venir. On notera que les salariés concernés par de tels contrats sont nombreux : d'abord, les employeurs sont des plus prudents ; ensuite, la notion d'invention étant entendue plus largement aux États-Unis qu'en France, les salariés susceptibles d'être qualifiés d'inventeurs sont plus nombreux (notamment les informaticiens, les créateurs de logiciels ; les commerciaux ou animateurs de service marketing, les inventeurs de *business methods*) ; enfin, la signature de ces contrats, souvent d'adhésion, est souvent une condition *sine qua non* de l'embauche, ce qui implique que nombreux sont les salariés à signer ces cessions sans négocier. Dès lors qu'un tel contrat est signé, l'application de la *common law* est exclue, les juges ne se référeront qu'aux dispositions contractuelles qu'ils sont peu enclins à réviser ou annuler²¹¹⁷. Comme le montre la lecture de modèles de contrats américains, les clauses sont souvent très précises et prévoient le transfert de la propriété des inventions créées par le salarié pendant le temps de son contrat mais aussi l'obligation d'informer l'employeur de la détention de toute information technologique susceptible d'intéresser l'entreprise, que celle-ci ait été créée ou obtenue à l'occasion de l'emploi ou non, en utilisant les moyens de l'entreprise ou non, voire même en l'absence d'un lien quelconque avec l'entreprise²¹¹⁸. Certaines entreprises se font même céder les droits sur les inventions créées après la rupture du contrat de travail²¹¹⁹, imposant ainsi une sorte de « délai de viduité » au salarié, qui ne pourra bénéficier personnellement ou faire bénéficier son nouvel employeur de ses créations qu'à l'expiration d'un délai de plusieurs mois, voire plusieurs années. C'est à ces dispositions applicables postérieurement au contrat de travail et qui constituent une entrave à la liberté de retrouver du travail ou de créer son entreprise que la

²¹¹⁷ R. C. Kline, « *Law and practice of employee inventions in the united state of america* », in *Symposium on employee inventions, Bucharest, October 6 & 7, 1992, organized by The State Office for Inventions & Trademarks of Romania in cooperation with the WIPO*, p.67, spéc. p.73 : « *employment agreements often are attacked as being 'contracts of adhesion'(...). Nonetheless, courts are reluctant to declare such standardized agreements as invalid or unenforceable. See, e.g. Cubic Corp. V. William B. Party. Jr., 185 Cal. App.3d 438, 1 U.S.P.Q. 2d 1709 (1986), (court concluded that the invention agreement was a contract of adhesion but was not unconscionable because the employee was compensated through his employment)* ».

²¹¹⁸ R. C. Kline, « *Law and practice of employee inventions in the united state of america* », préc., p.74 : « *Likewise, the contract law in most states regarding employment agreements generally is not sympathetic to the inventor who attempts to repudiate his written agreement. For example, contracts of employment calling for the assignment of an invention made entirely on the employee's own time ; entirely with the employee's own funds ; or totally unrelated to the field in which he is employed, still often are found binding* ».

²¹¹⁹ R. C. Kline, préc. p.75 : « *Many employment agreements also require the assignment of post-employment inventions. The clauses requiring this are commonly referred to as 'trailer' or 'holdover' clauses, and usually also restrict the use of confidential information. Trailer clauses are usually enforceable unless courts consider them unreasonable as to time or scope. See Ingersoll-Rand Co. V. Ciavatta, 8 U.S.P.Q. 2d 1537 (N.J. Sup.Ct. 1988)* » ; et p.76 : « *a court often will apply a three-part test to determine the reasonableness of a trailer clause. The first part asks whether the agreement extends beyond any protection the employer requires. The second part questions whether the agreement prevents the employee from seeking other employment. Finally, a determination is made on whether the agreement is contrary to public policy* », renvoyant à *Dorr-Oliver. Inc. V. United States*, 432 F.2d 447 (Ct. Cl. 1970).

jurisprudence américaine est attentive, encore que ces clauses ne soient pas nulles par principe²¹²⁰. Dans certaines entreprises, les informations technologiques détenues avant l'embauche par le salarié, et dont il reste donc propriétaire, ainsi que celles qu'il a acquises pendant l'exécution de son contrat font l'objet d'un inventaire écrit et contractualisé²¹²¹. Certaines clauses imposent au salarié quittant l'entreprise d'informer son ancien employeur de son nouvel emploi de manière à ce qu'il puisse, en cas de risque de conflits d'intérêts avec le nouvel employeur, prendre contact avec ce dernier. L'analyse de certains modèles de contrats démontre la réticence des employeurs à accepter un partage de propriété entre les parties. Le brevet doit appartenir à l'une ou l'autre des parties, l'intéressement aux redevances d'exploitation est exclu. La seule contrepartie envisagée est une rémunération raisonnable, forfaitaire et parfois exigible uniquement en fin de contrat, ce que critique M. Orkin²¹²². Aucune législation ne réglementant ces contrats, certaines cessions sont mêmes gratuites ou aléatoires, certains contrats prévoyant une rémunération éventuelle²¹²³, laissée à la libre appréciation de l'employeur. Les employeurs anglo-saxons ont donc tout intérêt à faire signer de telles clauses à leurs salariés. Face aux excès induits par une trop grande liberté

²¹²⁰ V. en ce sens J.-P. Martin, préc. p.245 : « *Les tribunaux valident des clauses prévoyant la cession d'inventions réalisées avant l'entrée du salarié dans l'entreprise ou après son départ de celle-ci pendant une durée déterminée. Par exemple de telles clauses d'une durée de deux années au maximum ont été acceptées. Des clauses d'une année semblent fréquentes. Au-delà de deux ans elles sont en principe entachées de nullité. Merges mentionne une série de décisions judiciaires ayant annulé des trailer clauses au-delà d'une année. Le même auteur signale également que d'autres décisions ne valident que des trailer clauses pour lesquelles les inventions ont été réalisées à partir de secrets commerciaux de l'ex-employeur. En effet, les tribunaux américains, s'ils valident le plus souvent des clauses de cession préalable de toutes inventions futures au profit des employeurs (qui seraient invalidées en France) ont une approche beaucoup plus favorable aux salariés pour les clauses de non-concurrence. Cela s'explique par le fait qu'aux États-Unis il est généralement perçu comme bénéfique pour l'économie qu'un salarié quitte ses employeurs pour fonder sa propre entreprise, comme cela se produit souvent (davantage qu'en France). (...) il a été reconnu abusif d'exiger d'un salarié la cession d'inventions conçues et réalisées (reduced to practice) postérieurement à son départ de l'entreprise et sans limitation précise dans le temps* ». On notera que le délai d'un an paraît déjà très important au regard de la nécessité pour la nouvelle entreprise de bénéficier de l'avantage technologique que constitue l'invention au plus tôt pour s'imposer sur le marché, surtout si l'entreprise d'origine n'a rien à voir avec l'invention. Les vraies difficultés concernent l'invention conçue dans l'entreprise d'origine mais dont la réalisation (*reduction to practice*) a été postérieure au départ de l'entreprise...

²¹²¹ R. C. Kline, préc., p.82 : « *Many corporations also have an entrance and exit interview. In the entrance interview, the employee is often educated on what is required of him under the employment agreement, at the same time he is screened to determine if he is in possession of any prior employer's trade secrets that could be connected with the work he will be doing in the future. In exit interviews, corporations often require the inventor to list any patents, pending applications, inventive disclosures or inventions conceived while the employee was working for the corporation. The exit interview is often used to determine if there will be any potential conflict with his future employer. If a conflict is indicated, a letter addressing the conflict often is sent to the future employer* ».

²¹²² N. Orkin, préc. p. 161: « *this means that the employee must either be dismissed or must leave his or her job in order to be guaranteed any compensation beyond salary for his or her invention. This may prove to be a hardship for employees who have not yet secured pension rights or whose age may be a significant factor in a job transfer. Moreover, it seems illogical not to guarantee rewards for the employee during his or her term of employment* ».

²¹²³ V. en ce sens, aff. *Brandt v. Lockheed Missiles & Space Company Inc.* citée in R. C. Kline, préc., p.84.

contractuelle, certains législateurs sont intervenus pour limiter les contrats léonins²¹²⁴. Certains y voient une question d'équité ; d'autres tirent argument de la nécessité d'attirer des inventeurs pour développer le secteur des entreprises innovantes. L'État du Nevada a, lui, parié à l'inverse sur l'attraction des entreprises innovantes par une législation favorable aux employeurs²¹²⁵. Jean-Paul Martin observe que « globalement, même dans les États qui ont adopté des lois relativement favorables aux salariés en interdisant les abus les plus flagrants, les tribunaux américains sont majoritairement favorables aux employeurs dans l'interprétation des clauses de cession d'inventions. Il en est ainsi même si ces clauses ont été signées après la réalisation de l'invention, ou malgré les objections élevées par les avocats d'inégalité évidente des capacités de négociation entre les deux parties (*bargaining power*), ou de signature des clauses sous la coercition ou de la nature de contrats d'adhésion sans discussion possible de ces clauses. Les employeurs ne sont désavoués que dans les cas reconnus comme les plus abusifs. (...) C'est ainsi que des clauses exigeant la cession de toutes les inventions, même celles qui sont extérieures au domaine d'activité de l'entreprise ont été annulées »²¹²⁶. L'adoption d'une législation fédérale sur le sujet fait donc régulièrement débat aux États-Unis²¹²⁷, sans jamais aboutir.

²¹²⁴ R. C. Kline, préc., p.77 : « *Some states have attempted to protect the employee-inventor, with his much weaker bargaining position, with specific statutes that limit what the employer can require the employee to assign. (...) in those states an employment agreement broadly applicable to all inventions conceived or made by an employee, without regard to their relationship to the employer's business, would be found void and unenforceable. (...) California, a large and influential state, requires that (a) any provision in an employment agreement which provides that an employee shall assign, or offer to assign, any of his or her rights in an invention to his or her employer shall not apply to an invention that the employee developed entirely on his or her own time without using the employer's equipment, supplies, facilities, or trade secret information except those inventions that either ; (1) relate at this time of conception or reduction to practice of the invention to the employer's business, or actual or demonstrably anticipated research or development of the employer ; or (2) result from any work performed by the employee for the employer (Cal. Lab. Code §2870-2872 (1979)).* » Selon J.-P. Martin, 8 États ont adopté des lois favorables aux inventeurs : Californie (1979), Delaware (1995), Illinois (1983), Kansas (1983), Minnesota (1997), État de Washington (1990), Caroline du Nord (1981), Utah (1989) ».

²¹²⁵ J.-P. Martin, préc., p.244 : cette loi permet à l'employeur d'être propriétaire d'inventions qui, selon la *common law*, devraient appartenir au salarié et pour lesquelles l'employeur ne saurait obtenir qu'un *shop right*.

²¹²⁶ J.-P. Martin, préc., p.244.

²¹²⁷ Toutefois on notera plusieurs tentatives de modification de la loi pour justement limiter la liberté contractuelle en la matière et permettre l'accès à l'emploi malgré le refus de cession de l'ensemble des inventions (et ne plus en faire une clause de style d'un contrat d'adhésion), notamment en réservant la contractualisation à certaines catégories de salariés, prévoyant une rémunération minimale en cas de cession : N. Orkin, « *The legal rights of the employed inventor in the United States : a labor-management perspective* », préc., spéc. p.164 et s. Il cite la proposition du Sénateur de Californie George Brown, en 1962 « *the bill was proposed as an amendment to Title III of the Labor Management Relations act of 1947 : 'restrictions on Patent assignment : SEC. 306. It shall be unlawful for an employer to require as a condition of employment that any prospective employee of his or any of his employees agree to assign any patent or patentable invention to the employer or to maintain or enforce any agreement with any of his employees to assign any patent or patentable invention to the employer where such agreement was a condition of employment* ». Une telle réforme aurait permis que la plupart des cas soient traités au regard de la *common law*. On notera que le texte visait les « *employees* » et pas les « *supervisors* », excluant ainsi les cadres. *Ibidem*, p.165, citant la proposition du Sénateur Hart, en 1973 : « *this bill proposed extensive revisions to the patent statutes of the United States, and contained concerning the invention rights of employees : §263. Rights of employee-inventors guaranteed. Subject to other provisions of Federal law, no direct or indirect assignment by an inventor to his employer, or to a person*

605. **Rémunération supplémentaire en cas de bénéfices exceptionnels.** Les lois britannique et néerlandaise prévoient un régime améliorant quelque peu le sort des inventeurs salariés dans la mesure où elles obligent au versement d'une rémunération supplémentaire en cas de bénéfices exceptionnels. Au Royaume-Uni, le salarié a droit à une part équitable des produits d'exploitation de l'invention : le salarié a ainsi droit à une rémunération supplémentaire mais uniquement en cas de profits exceptionnels. Le montant de la rémunération est fixé par le *Patent Office* ou par le tribunal. On peut se demander si cette rémunération, conditionnée par le succès de l'invention, ne constitue pas moins une contrepartie de la cession qu'une réévaluation du salaire de l'inventeur salarié de manière à équilibrer les prestations : la prestation de travail du salarié ayant conduit à des résultats exceptionnels au profit de l'employeur, la rémunération du salarié qui en constitue la contrepartie est augmentée d'autant. La rémunération supplémentaire ne voit donc pas sa cause dans le transfert des droits, qui est d'ores et déjà acquis du fait de l'existence du contrat de travail, mais dans le déséquilibre des obligations. Tel semble être le cas aux Pays-Bas : « *la loi contient une base pour la compensation de l'inventeur salarié. En vertu de l'alinéa 6 de l'article 12 du Rijkssoctrooiwet 1995, l'employeur est tenu de consentir à l'inventeur un montant équitable compte tenu de l'intérêt financier de l'invention et des circonstances dans lesquelles elle a eu lieu, si l'inventeur n'a pas perçu une récompense pour la perte de brevet à l'intérieur de son salaire, par une allocation pécuniaire ou par une prestation extraordinaire* »²¹²⁸. Ce n'est donc qu'en cas de salaire insuffisant à compenser l'enrichissement de l'employeur que la rémunération est due ; dès lors que le salarié touche un salaire important, qui visait déjà à compenser l'appropriation de la force de travail et des potentialités créatrices du salarié ainsi que le transfert éventuel des droits de brevet, aucune rémunération supplémentaire n'a à être versée. Le Professeur Antoon Quaedvlieg note que « *les juges ne se montrent toutefois pas trop généreux dans les récompenses qu'ils accordent* »²¹²⁹ et que le système néerlandais est défavorable aux inventeurs salariés car la jurisprudence refuse souvent

designated thereby, of the subject matter of an application for patent or patents developed in the course of his employment, shall be valid unless the employer agrees to pay the employee, in addition to his regular salary or compensation for services, a minimum of 2 percent of the profit or savings to the employer, attributable to such subject matter. The Commissioner shall by regulation establish procedures and methods, including accounting procedures, for carrying out the provisions of this section. No assignment, or other disposition by the employee of such right to additional payment, shall be valid, unless there is equitable and adequate consideration therefore ». *Ibidem*, p.166 et s. : il rappelle les efforts du sénateur Moss en la matière. Celui-ci a proposé à plusieurs reprises (lors du 91^e congrès et des législatures suivantes) un amendement proposant un régime comparable à celui du modèle allemand, distinguant *free inventions* et *service inventions* : p.167 : « *Unfortunately, no Congressional hearings were held on either bill ; both were left to die a quiet death in the depths of the House Judiciary Committee* ».

²¹²⁸ A. Quaedvlieg, « Salaire, profit, propriété intellectuelle », préc., spéc. p.731.

²¹²⁹ *Ibidem*.

de lier la rémunération aux bénéfices réalisés. Il cite ainsi une affaire où le juge de seconde instance a diminué de 85% le montant de la récompense accordée à l'inventeur. Le Professeur Quaadvlieg considère que le raisonnement des juges fait la part trop belle aux principes du droit du travail, selon lesquels les fruits du travail reviennent à l'employeur. Il en est de même au Royaume-Uni : déjà la distinction jurisprudentielle entre produits exceptionnels d'exploitation du brevet et de l'invention était insuffisante à garantir une rémunération équitable à l'inventeur salarié²¹³⁰, et tant que les tribunaux continueront d'évaluer le caractère exceptionnel des profits non par rapport à la productivité moyenne des salariés mais par rapport aux résultats de l'entreprise²¹³¹, les chances d'obtenir une rémunération supplémentaire restent faibles pour les inventeurs salariés britanniques²¹³².

606. L'analyse des modèles anglo-saxons, réputés plus favorables aux inventeurs que le modèle français, démontre qu'en pratique, leur sort n'est pas amélioré du fait de la liberté contractuelle, qui permet aux employeurs d'obtenir facilement, voire gratuitement les droits de propriété intellectuelle. Dans un tel modèle, seule la rémunération, le salaire, assure en réalité une contrepartie aux efforts créatifs de l'inventeur salarié. La mise en place d'un modèle équilibré suppose donc un régime non pas supplétif de volonté (modèle américain) ou renvoyant à la négociation collective ou individuelle la définition des conditions de la cession (modèle français), mais un régime réglementant précisément les conditions et le partage de l'appropriation, notamment quant à la rémunération due aux créateurs et aux moyens d'en apprécier concrètement l'équité. C'est par ailleurs une application logique du principe de faveur, principe fondamental du droit du travail qui implique que l'autonomie collective des

²¹³⁰ J.-P. Martin, *Droit des inventions de salariés*, préc., p.199 et s., spéc. p.200, s'appuyant sur les travaux de David Gibbins : « se basant sur une interprétation littérale de l'article 40-1, les tribunaux cherchent à distinguer si le 'profit exceptionnel' allégué résulte du brevet délivré ou de l'invention elle-même par opposition au brevet. Pour un juriste du pays de Descartes il s'agirait d'une subtilité byzantine, mais non pour les juristes de Sa Majesté britannique. Il faut ainsi prouver que le profit réalisé est dû spécifiquement au fait que l'entreprise a breveté l'invention (par exemple par une concession de licence et non à l'invention elle-même (par exemple si l'invention est seulement exploitée en interne). Cette charge de la preuve repose sur le salarié, et non sur l'employeur. Ce n'est qu'après que les juges ont admis que le profit réalisé est bien dû au brevet et non seulement à l'invention elle-même que la question de l'évaluation de la rétribution supplémentaire est examinée. Or d'après les auteurs précités, le Comptroller et les tribunaux ont pour habitude de rejeter comme insuffisants les arguments de l'inventeur ». Cette distinction a été remise en cause par la loi du 22 juillet 2004.

²¹³¹ *Ibidem*, qui note p.200 : « sur la base de cette logique la probabilité pour qu'un inventeur salarié d'une grande entreprise, par exemple automobile, puisse faire admettre que son invention a généré des 'outstanding benefits' devient plus qu'infinitésimale ! ». Jean-Paul Martin observe néanmoins que parfois n'est pris en compte que les résultats du département de l'entreprise et non de l'entreprise dans son ensemble.

²¹³² N. Dagg, *ABC Newsletter, Intellectual Property*, June 2004, cité par J.-P. Martin, préc., p.200-201 : « Nicola Dagg signale que par ailleurs très peu de conventions collectives britanniques contiennent des clauses relatives aux inventions (comme en France) et que depuis 1977 soit en près de 30 ans, on ne connaît aucune décision du Patent Office ou d'un tribunal ayant accordé une quelconque rémunération supplémentaire à un salarié inventeur pour un 'outstanding benefit' réalisé grâce au brevet protégeant son invention ! ».

partenaires sociaux et la liberté individuelle des parties contractantes ne s'expriment que dans les limites des dispositions législatives et réglementaires qui constituent un *minima* que la négociation ne peut qu'améliorer. Si le champ d'application de ce principe a été limité, et que désormais un certain nombre de dispositions législatives peuvent faire l'objet d'adaptations par les partenaires sociaux aux besoins réels de l'entreprise, adaptations qui peuvent subsidiairement être prévues au niveau de la branche, il reste que certaines dispositions continuent de relever de l'ordre public social et ne peuvent être adaptées que dans un sens plus favorable au salarié. Tel est le cas particulièrement de la rémunération des salariés. C'est dans cette double perspective que le recours à la négociation collective dans un système fondé sur l'application des modes d'appropriation et des mécanismes applicables au travail doit être envisagé.

§ 2. PISTES DE RÉFLEXIONS POUR UNE RÉFORME DU DROIT FRANÇAIS

607. L'analyse des modèles anglo-saxons a pu démontrer les divergences fondamentales qui existent entre ces régimes particulièrement libéraux et les régimes d'Europe continentale, et particulièrement français. Ces divergences fondamentales limitent dès lors l'intérêt de la comparaison. Les régimes applicables outre-Atlantique ne nous ont pas fourni d'éléments permettant de déterminer les techniques susceptibles de procéder à l'aménagement de la cession. En revanche, l'analyse qu'ils font de la vocation propriétaire de l'employeur conduit à limiter le régime de *common law* au seul champ du contrat de travail. Au-delà des mécanismes mis en place par la *common law*, c'est essentiellement par le biais des contrats que la question de la propriété des créations est réglée. En France, on a au contraire tendance à considérer que c'est à la loi de régler la question de la propriété des inventions. Il ne s'agit pas seulement ici d'instaurer des dispositions d'ordre public, limitant la liberté contractuelle. Les employeurs eux-mêmes exigent une réforme législative du droit d'auteur les déclarant pleinement propriétaires du seul fait du contrat de travail. Cette façon de penser est typique de l'analyse civiliste : ici, un bien nouveau apparaît, un droit nouveau est créé, il convient d'en déterminer le régime et la titularité. Cette façon de penser est typique de l'analyse travailliste : ici, le droit du travail détermine un ensemble de règles protectrices qui constitue le statut du travailleur. Cette façon de penser est typique de l'analyse de propriété intellectuelle : les droits de propriété intellectuelle que sont le droit d'auteur et le droit des brevets sont des droits de propriété particuliers qui protègent le droit économique individuel du titulaire du droit mais aussi l'intérêt personnel du créateur et l'intérêt social économique, culturel de la société. Le législateur a donc vocation à organiser un régime qui conduise au respect des principes fondant les modèles de l'appropriation du travail et de la création : l'organisation de

l'exploitation et la protection du créateur-travailleur. Dès lors, deux questions centrales sont liées : organisation du transfert automatique des droits à l'employeur, d'une part ; droit à rémunération du créateur, d'autre part. L'une ne va pas sans l'autre. La question du droit à rémunération conduit *a priori* à des solutions intriquant droit social et droit des biens (A). Le modèle d'appropriation du travail, fondé sur la propriété de l'investisseur, la liberté du travail et la liberté d'entreprise, ainsi que la valorisation du travail à travers l'entreprise invite à dépasser la seule analyse du rapport antagoniste employeur-salarié. D'autres mécanismes, tournés vers le droit des biens, peuvent mettre en place une coopération des parties qui amène à renouveler la question de la propriété des créations subordonnées (B).

A. Combiner les mécanismes de droit du travail et de droit des biens

608. Un régime fondé sur le modèle industriel est fondé sur la propriété de l'employeur (1) et l'existence d'un droit à rémunération des inventeurs (2).

1. Propriété de l'employeur

609. **Délimitation de l'appropriation.** Le critère le plus objectif de délimitation de l'appropriation reste celui du contrat de travail : les créations dont l'employeur a vocation à être propriétaire sont celles qui sont créées en exécution du contrat de travail, c'est-à-dire dans l'exercice des fonctions du salarié au sein de l'entreprise. La notion de fonction doit ici être entendue en un sens large, qui comprend les missions visées au contrat, mais aussi celles confiées temporairement au salarié si elles correspondent à la classification du salarié. Les créations réalisées en dehors des missions du salarié mais pendant le temps de travail pourraient aussi être attribuées à l'employeur dès lors que le salarié doit normalement mettre sa force de travail à la disposition de l'employeur pendant son temps de travail. La rémunération de ce temps de création emporte vocation à la propriété de l'employeur, quand bien même il n'a pas eu l'initiative de la création. L'initiative créatrice d'un salarié qui n'avait pas de mission créative devra influencer son droit à rémunération²¹³³. En revanche, le salarié conserve la propriété des créations réalisées en dehors du temps de travail et de toute mission créative dans le domaine et le genre considéré. Le seul fait d'avoir un rapport avec l'activité de l'entreprise, avec les connaissances techniques acquises au sein de l'entreprise ne devrait pas emporter de transfert automatique de propriété au profit de l'employeur. Celui-ci devra obtenir une cession des droits d'exploitation. En pratique, on notera l'importance de la

²¹³³ Cf. infra n°614 et 615.

rédaction des contrats de travail, et notamment de la clause relative au poste et à la définition des missions, fonctions et tâches du salarié. Les parties pourront éventuellement s'inspirer des emplois proposés par les grilles de classification des conventions collectives. On note toutefois que seules les branches qui sont très directement concernées par ces questions les ont traitées de manière réellement opérationnelle. On prendra pour exemple la convention collective des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieur-conseil et des sociétés de conseils²¹³⁴ qui s'appliquent à un certain nombre de jeunes entreprises innovantes et qu'un certain nombre de jeunes entreprises innovantes choisissent d'appliquer volontairement, du fait de dispositions particulièrement bien adaptées à leur activité et l'organisation du travail (notamment classification, temps de travail des cadres, etc.). On notera que cette convention est aussi une de celles qui prévoient des dispositions spécifiques sur le calcul de la rémunération des inventions de salariés et que les *minima* salariaux, notamment pour les cadres soumis à forfaits surpassent réellement les montants qui sont négociés dans d'autres branches. Quant à la classification dans cette convention collective, on relèvera qu'elle repose, pour les cadres par exemple, outre sur le niveau d'études (titulaire du diplôme d'ingénieur ou non), l'âge, l'ancienneté dans la profession²¹³⁵ et les fonctions d'encadrement, sur le degré d'initiative attendu de la part des salariés. Ainsi, au-delà de l'ancienneté de deux ans dans la profession qui est exigée, les cadres de niveau 2.1 doivent présenter des « *qualités intellectuelles et humaines leur permettant de se mettre rapidement au courant des travaux d'études* »²¹³⁶, les cadres de niveau 2.2 « *remplissent les conditions de la position 2.1 et, en outre, partant d'instructions précises de leur supérieur, doivent prendre des initiatives et assumer des responsabilités que nécessite la réalisation de ces instructions ; [ils] étudient des projets courants et peuvent participer à leur exécution* »²¹³⁷. Ce niveau correspond à des « *ingénieurs d'études ou de recherches, mais sans fonction de commandement* »²¹³⁸. S'ils ont six ans d'ancienneté dans la profession et des fonctions d'initiative, et des responsabilités d'encadrement, ils relèvent du niveau 2.3. Les cadres de niveau 3 sont ceux qui ont de larges responsabilités techniques, voire administratives. Leur « *travail consiste (...) à déterminer les schémas de principe qui sont susceptibles d'intégrer les éléments divers d'un problème complet et à les poser comme hypothèse de travail pour lui-même et pour autrui ; à élaborer et à coordonner un programme cadre en vue de sa*

²¹³⁴ Convention en date du 15 décembre 1987, IDCC 1486, Brochure n°3018.

²¹³⁵ Et pas nécessairement dans l'entreprise : c'est la pratique professionnelle et le niveau d'expérience et de compétences qui est ici évalué, pas la fidélité à l'entreprise.

²¹³⁶ Annexe II, Classification des ingénieurs et cadres.

²¹³⁷ *Ibidem*.

²¹³⁸ *Ibidem*.

réalisation par lui-même ou par autrui »²¹³⁹. Il s'agit pour ces cadres de rechercher des « *solutions par approches successives conduisant à l'élaboration de schémas de principe ou à la définition de programmes cadres incluant des considérations de coût et de délais ; [de] découper le] problème posé en problèmes secondaires à l'intention d'autres agents auprès desquels est exercée une action de commandement, de coordination, d'assistance, de conseil et de formation ; [de rédiger des] comptes rendus d'actions sous une forme achevée (dossiers, rapports d'études)* »²¹⁴⁰. Ces agents disposent d'une « *autonomie élargie, la qualité des travaux étant du domaine de l'appréciation plus que du contrôle de conformité* »²¹⁴¹. Ici est expressément prévu que ces cadres ont à poser des problèmes techniques et y trouver des solutions techniques. Toutefois, seul le cadre de niveau 3.3 (niveau maximum prévu par la convention) a réellement une mission inventive comprise dans le poste qu'il occupe : il n'est attendu du cadre de niveau 3.1 que la mise en œuvre de solutions techniques connues : « *l'exercice de la fonction nécessite la connaissance du mode de résolution d'un nombre limité de problèmes complets courants pouvant être traités avec des méthodes et des procédés habituels et dont l'agent possède la pratique* »²¹⁴². Le cadre de niveau 3.2 est dans la même situation. Il a toutefois plus d'expérience, qui doit être par ailleurs plus diversifiée, ce qui lui permet de maîtriser un nombre plus importants de problèmes et de solutions techniques. Seul le cadre de niveau 3.3 a pour mission de traiter les problèmes techniques nouveaux, nécessitant donc une certaine activité inventive : « *l'exercice de [cette] fonction nécessite, outre les connaissances propres aux niveaux précédents, des facultés d'adaptation à des problèmes présentant un certain caractère de nouveauté sur le plan technique* ». Le salarié relevant de cette convention et à qui l'employeur n'a affecté qu'un niveau inférieur à la position 3.3, ne peut donc pas avoir de mission générale d'invention. Sauf à ce que l'employeur ait donné des directives précises pour un problème technique précis à solutionner dans le cadre d'une mission exceptionnelle, son invention est une invention hors mission. Or le niveau 3.3 semble par ailleurs réservé aux chefs de service et aux cadres ayant une responsabilité large, technique et administrative. L'analyse de cette convention permet de prendre conscience de diverses difficultés auxquelles les employeurs doivent particulièrement prêter attention au moment de la rédaction des contrats de travail. En effet, s'ils insèrent une clause dans le contrat de travail laissant entendre que le salarié a une mission générale d'invention, le salarié doit être affecté à un niveau 3.3, ce qui a des incidences sur le niveau de sa rémunération et les prétentions qu'il peut avoir en termes d'autonomie et d'encadrement ; à défaut, l'employeur s'expose soit à des

²¹³⁹ Annexe I, Classification.

²¹⁴⁰ *Ibidem*.

²¹⁴¹ *Ibidem*.

²¹⁴² *Ibidem*.

rappels de salaire si le salarié arguait de sa mission générale d'invention pour contester une classification inférieure ; soit à la nullité de la clause générale d'invention si elle ne correspond ni aux fonctions réellement exercées, ni à la rémunération versée. L'introduction d'une clause générale d'invention doit donc ici être pesée. A défaut de clause d'inventions ou de classement du salarié en niveau 3.3, il importera pour l'employeur qui revendique la classification de l'invention en invention de mission de rapporter la preuve que le salarié s'était vu confier une mission spéciale d'invention : son poste ne nécessite pas en règle générale de mission d'invention mais une mission spéciale lui avait été confiée. L'introduction systématique de clause générale d'invention ou de création est donc à mesurer : l'initiative attendue du salarié implique qu'il soit affecté à un poste qui corresponde réellement à l'exercice de son activité en autonomie, donc à une classification et une rémunération correspondantes. Si le salarié crée l'invention dans l'exercice de ses fonctions (il a participé aux tests, à la mise en œuvre concrète des recherches et expérimentations, en qualité d'ingénieur de production, de chargé d'études ou de technicien, il n'a donc pas une mission d'invention, en ce sens que la proposition d'une solution technique nouvelle et innovante, le dépassement des obstacles techniques ou des préjugés ne sont pas un résultat attendu et prévisible au regard de son poste de travail et de son niveau de compétences même si, du fait de son poste de travail, il a vocation à participer au processus de recherche et développement, donc de participer à la mise au point technique des inventions au sein de l'entreprise), et que c'est à lui que revient le *genius flash*, l'invention doit être considérée comme une invention de mission car elle intervient dans le cadre de ses missions. En revanche, le résultat de son activité dépasse ce qui est normalement attendu d'un salarié relevant de sa catégorie. Le salarié a fourni ici un effort supplémentaire, ayant abouti à une création, ce qu'il convient de récompenser. Toutes les inventions de mission ne devraient donc pas être rémunérées également. Si la rémunération supplémentaire devait dépendre du salaire et de la classification du salarié, elle devrait y être inversement proportionnelle. Une réflexion identique pourra être menée en matière de création littéraire et artistique. Dès lors que le mécanisme d'appropriation est fondé sur le contrat de travail et sur l'appropriation des fruits du travail réalisé par le salarié pour le compte de l'employeur, le poste, la réalité des fonctions, la rémunération du salarié doivent être pris en considération pour déterminer si la création relevait réellement ou non du travail du salarié. Ces différences de postes, de fonctions et de rémunération doivent avoir des répercussions sur le calcul de la rémunération du salarié. Il convient selon nous de distinguer l'invention « de mission » (le salarié a une mission créative) de l'invention « en lien avec les missions » du salarié (le salarié n'a pas de

mission créative rémunérée par son salaire habituel²¹⁴³ mais participe aux travaux de recherche ou améliore le procédé de production ou le produit exploité par son employeur ou crée une invention qui a un lien avec ses tâches habituelles ou ses conditions de travail). Par ailleurs, à défaut de tout lien avec l'exercice de l'activité du salarié au sein de l'entreprise (missions, temps de travail, savoir-faire et informations acquises à l'occasion du travail dans l'entreprise, matériel et matières premières fournis par l'entreprise), la création n'a pas de lien avec le contrat de travail, ce qui exclut tout transfert automatique de la propriété au profit de l'employeur. Le fait que l'exploitation de la création puisse relever des activités de l'entreprise ne devrait pas conférer de vocation à la propriété de l'employeur. Tout au plus, la relation privilégiée qu'il entretient avec le salarié, ainsi que sa capacité à exploiter l'invention font de lui un partenaire évident, à privilégier.

610. **Mécanisme d'appropriation.** La cession de droit peut être automatique, dépendre de la volonté unilatérale de l'employeur ou n'être que présumée, les parties pouvant prévoir des dispositions contractuelles contraires. La prévision d'une présomption simple plutôt qu'une cession automatique paraît nécessaire au vu de la jurisprudence communautaire²¹⁴⁴. Par ailleurs, dès lors que la titularité de l'employeur est compensée par un droit à rémunération du salarié créateur, on peut se demander si, dans certaines hypothèses, l'employeur n'aurait pas intérêt à renoncer à cette propriété, ce qui éteindrait *ipso facto* le droit à rémunération du salarié. Dès lors, des mécanismes de cession automatique paraissent de toute façon moins pertinents qu'un droit d'option de l'employeur, sur le modèle de la cession des inventions hors missions attribuables applicable à ce jour²¹⁴⁵ ou qu'une présomption de cession à laquelle l'employeur peut renoncer. En pratique, l'employeur peut obtenir la propriété de la création de manière très simple quel que soit le mécanisme mis en place : la renonciation peut être tacite et résulter de l'absence de versement de la prime de création et de l'absence de commencement d'exploitation ou d'actes préparatoires à l'exploitation ; le droit d'option peut être exercé tacitement, le silence valant acceptation de la cession des droits. Le droit d'option ne fait peser sur l'employeur aucune obligation : certains employeurs préféreront quelle que soit la création en être propriétaires ; d'autres préféreront n'investir que sur les créations qui présentent un

²¹⁴³ On peut également imaginer que le versement d'une prime « de recherche » ou d'une prime exceptionnelle liée à l'acceptation par le salarié d'effectuer à titre exceptionnel des activités créatives constitue la contrepartie à la mission exceptionnelle confiée au salarié. En ce cas, l'invention devient une invention de mission : l'élément de rémunération inhabituel compensant la tâche inhabituelle confiée au salarié doit être pris en compte.

²¹⁴⁴ Cf. supra n°546.

²¹⁴⁵ CPI, art. L.611-7.

véritable potentiel à leurs yeux. Un tel mécanisme est à la fois plus souple et plus favorable à l'exploitation. Plus souple car il ne contraint pas l'employeur qui investit en recherche et développement et souhaite maîtriser les coûts de cette recherche, notamment en ne récompensant que les créations qu'il va finalement exploiter. Plus favorable à l'exploitation car la propriété de plein droit de l'employeur interdit en fait l'exploitation par le salarié. Rares sont en effet les cas de rétrocession des créations. Cela paraît par ailleurs plus contraignant, en tout cas plus laborieux, que la manifestation d'une renonciation à la propriété. Or le principe de faveur à l'exploitation implique de permettre au salarié d'exploiter lui-même la création si son employeur ne le fait pas. Cette renonciation de l'employeur à la propriété, et à l'exploitation, peut intervenir à plusieurs moments : dès la déclaration de la création, notamment lorsque la création n'entre manifestement pas dans le champ d'exploitation de l'entreprise ; au moment du paiement de la rémunération du salarié, notamment si l'employeur prend conscience après investigation que le coût de la propriété est manifestement disproportionné par rapport aux potentialités que présente pour lui la création ; au moment de l'exploitation de la création, si l'employeur renonce finalement à celle-ci. Ainsi, l'employeur peut toujours renoncer à la propriété, il a un droit prépondérant sur la création, sans pour autant pouvoir interdire l'exploitation d'une création, ce qui est favorable au progrès et garantit une mise en œuvre de la propriété intellectuelle conforme à sa finalité.

611. **Limites temporelles de l'appropriation : durée de la cession et durée du contrat de travail.** La propriété intellectuelle n'est pas une propriété oisive, c'est une propriété dont la valeur s'accroît par l'usage et l'exploitation de ses utilités. La rémunération des efforts créateurs s'étale donc dans le temps. Ceci explique que la rémunération du créateur salarié doive également s'étaler dans le temps et être payée au fur et à mesure des exploitations mises en œuvre, soit par la mise en place d'une rémunération proportionnelle, soit par la mise en place d'une combinaison de rémunérations forfaitaires. La fin du contrat de travail prive le salarié du statut protecteur dont il bénéficiait et de la « rémunération indirecte » du transfert de propriété que constitue le versement du salaire. Après la rupture du contrat de travail, la rémunération « supplémentaire » n'est plus une rémunération accessoire mais la seule rémunération versée au créateur. Or on peut très bien imaginer qu'un salarié soit recruté pour mener un projet de développement de l'entreprise dans le cadre d'un contrat de travail à durée déterminée. La mission de création pour créer un nouveau produit ou mettre au point un nouveau procédé de fabrication permettant des gains de productivité, pourrait constituer un accroissement temporaire d'activité. Le contrat prend fin avec la réalisation de la mission : le versement du salaire n'a couvert que le temps de la création et pas celui de l'exploitation. La création intervenue dans l'exercice des fonctions a néanmoins vocation à être appropriée par

l'employeur : le fait générateur de la propriété (la création) est intervenu pendant le temps d'exécution du contrat de travail. Pourtant, si la cause de l'appropriation des fruits du travail par l'employeur est le versement du salaire²¹⁴⁶ ou le statut d'employeur (qui investit et assume les risques de la création et de son exploitation alors que le créateur bénéficie du statut protecteur de salarié), alors la vocation de l'employeur à la propriété ne devrait durer que le temps que dure son propre statut : après rupture du contrat de travail, l'employeur n'est plus qu'un exploitant. Il semble donc qu'il importe que la vocation à la propriété de l'employeur soit limitée à la durée du contrat de travail. Au-delà, les parties devront confirmer leur collaboration, en des termes et conditions tenant compte de leurs nouvelles situations respectives : leur collaboration n'est plus qu'une collaboration entre un créateur et un exploitant. Le créateur est ici libéré de la subordination au pouvoir de l'employeur et n'est plus protégé par le statut de salarié, il recouvre la liberté contractuelle qui doit lui permettre de négocier les conditions de poursuite de l'exploitation par l'employeur. Quant à l'employeur, libéré de l'obligation de verser le salaire, il n'a plus à rémunérer que la contrepartie au droit d'exploiter la création. Un tel dispositif correspond par ailleurs à l'exigence de cession délimitée, la délimitation étant opérée à partir du contenu du contrat de travail (durée du contrat de travail déterminant la durée de la cession). En revanche, la cession n'est pas ici délimitée *a priori* par la prévision des modes d'exploitation, des limites spatiales de l'exploitation ou des destinations de l'exploitation. L'employeur bénéficiant d'une vocation générale à l'exploitation pendant le temps d'exécution du contrat de travail du fait du contrat de travail peut engager toutes les exploitations de ces créations, simplement ces exploitations doivent chacune donner lieu à rémunération. Par ailleurs, l'exploitation et la rémunération entrant dans le champ du contrat de travail l'absence de versement des rémunérations dues au créateur salarié du fait de ces exploitations ou leur caractère insuffisant au vu du succès de la création constitue un manquement de l'employeur à ses obligations contractuelles et justifie la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur.

612. Une telle réforme est pertinente en ce qu'elle respecte les principes essentiels du droit d'auteur (créateur personne physique et propriété initiale du créateur) tout en permettant à l'employeur de disposer des droits d'exploitation du fait du contrat de travail pendant le temps du contrat de travail sans avoir à négocier avec le salarié. Il peut donc mener les exploitations qu'il souhaite dans l'exercice de son pouvoir de direction et de gestion. En contrepartie du transfert des droits, l'employeur doit en revanche rémunérer spécialement les créateurs.

²¹⁴⁶ J. Raynard, préc. Cf. supra n°472.

2. Droit à rémunération des créateurs

613. **Salaire et rémunération complémentaire.** Comme le Professeur Quaedvlieg, qui défend l'idée que les principes de la propriété intellectuelle ne doivent pas complètement s'effacer devant ceux du droit du travail²¹⁴⁷, nous pensons qu'il convient, dans le cadre d'un modèle industriel, de mieux rémunérer le créateur salarié, sans pour autant remettre en cause l'appropriation par l'employeur. Or il existe divers moyens de rémunérer le créateur salarié, qui, combinés, peuvent amener à respecter le principe d'association du créateur au succès de sa création²¹⁴⁸, même si cette association est moindre du fait que le créateur ne prend pas le risque de l'exploitation. On peut envisager la mise en place d'une rémunération proportionnelle, qui, toujours, sera la plus équitable dans la mesure où elle associe ni plus ni moins le créateur au succès de sa création que ce que la création génère comme profit. Par ailleurs, elle ne coûte rien à l'employeur en l'absence de succès. On sait toutefois que ce système est largement décrié par les employeurs qui y voient une contrainte de gestion, une charge non déterminable par avance et une obligation envers le salarié, susceptible d'être maintenue même après la rupture du contrat de travail. Les arguments de gestion et de comptabilité ne paraissent pas nécessairement pertinents : d'autres charges sont ainsi proportionnelles au chiffre d'affaires²¹⁴⁹. En revanche, la mise en place d'une rémunération proportionnelle au chiffre d'affaires oblige l'employeur à une reddition de compte et, sans inverser le rapport de subordination, oblige l'employeur envers son salarié, notamment en termes de transparence de gestion. Même si le salarié n'a pas la maîtrise de l'exploitation de la création, il est informé des modalités d'exploitation et du succès de sa création. Certains employeurs ne sont sans doute pas encore prêts à accepter ce qu'ils perçoivent comme une contrainte, certains y décelant un contrôle indirect, du moins un frein, à leur liberté de gestion. Pourtant, la transparence et l'information des salariés sont des principes qui trouvent de plus en plus leur place en droit du travail²¹⁵⁰. L'analyse des systèmes étrangers démontre qu'il est possible de prévoir une rémunération forfaitaire, révisable en cas de disproportion manifeste.

²¹⁴⁷ A. Quaedvlieg, « Salaire, profit, propriété intellectuelle » préc., p.729, illustrant son propos par l'analyse de la décision, Hoge Raad, 27 mei 1994, Nederlandse Jurisprudentie NJ, 1995, p.136 note Spoor ; Bijblad bij de industriële eigendom BIE, 1995, p.73 ; Intellectuele eigendom en Reclamerecht IER, 1994, p.127. Le professeur Quaedvlieg commente la décision en ses termes : « *il semble que dans ce conflit, la propriété intellectuelle cède peut-être un peu trop facilement sa place au droit du travail, tandis que des raisons très légitimes peuvent militer en faveur d'une approche plus étroitement liée à la philosophie soutenant la propriété intellectuelle* ».

²¹⁴⁸ Cf. supra n°504 et s.

²¹⁴⁹ Cf. supra n°505.

²¹⁵⁰ Comp. le devoir d'information du comité d'entreprise, à défaut des représentants du personnel, l'information pourrait éventuellement être donnée par ce biais-là plutôt que par une reddition de compte personnelle.

Ainsi, la rémunération forfaitaire suffira à couvrir les hypothèses les plus courantes et ce n'est qu'en cas de succès exceptionnel de la création que le salarié bénéficiera d'une rémunération exceptionnellement plus importante. Les contraintes en termes de négociation, d'évaluation du chiffre d'affaires et de reddition de compte seront donc limitées à quelques cas particuliers dont l'exceptionnelle rentabilité compensera les efforts de gestion. L'analyse des modèles étrangers fait ainsi émerger un certain consensus autour du principe de la rémunération du créateur salarié dès lors que le salaire ne comprend pas de « *récompense raisonnable pour la cession des droits d'exploitation* »²¹⁵¹.

614. **Montant de la rémunération.** La question de la rémunération du créateur se pose en termes d'équité et ne peut être traitée de la même manière en ce qui concerne des cadres, des cadres dirigeants, des associés et des techniciens ou employés. Il convient d'abord de distinguer selon que le salarié avait une mission créative ou non. Au vu de la définition de l'homme de métier, notamment dans les secteurs hautement technologiques²¹⁵², seuls des ingénieurs en recherche et développement peuvent se voir confier des missions créatives. Le salaire de ces salariés comprend en principe la rémunération de la mission créative, il n'en demeure pas moins qu'ils ont vocation à obtenir une rémunération supplémentaire en cas d'atteinte du résultat attendu de leur activité. Cette rémunération peut être assimilée à une prime d'objectif, accessoire du salaire. Au-delà de la prime de création, doivent par ailleurs être versées des primes de dépôt et d'exploitations dont la nature et le montant varient en fonction des usages²¹⁵³ de la création (des exploitations de la création) et de leur intérêt économique. Comme on a pu l'étudier à travers le cas de la rémunération des inventions chez PSA, il s'agit de rémunérer spécialement les exploitations pour associer forfaitairement le salarié à ces exploitations. Le cumul de prime permet ainsi d'obtenir une rémunération variant en fonction de la réalité des exploitations mises en œuvre. Tel est le cas par exemple des primes de dépôt (en France et à l'étranger quand celui-ci existe au vu de la nature de la création) et des primes récompensant les exploitations, distinguées en fonction des genres, destinations ou selon les modes d'exploitation, les exploitations à l'étranger, les concessions de licence, la détection d'une contrefaçon, le positionnement de l'entreprise sur un nouveau marché. La rémunération de l'exploitation doit par ailleurs être équitable, c'est-à-dire en relation avec le succès de la

²¹⁵¹ Dittrich, *Arbeitnehmer und Urheberrecht*, Intergu-publications, n°55, 1978, cité par A. Quaadvlieg, « salaire, profit, propriété intellectuelle », préc., spéc. p.732.

²¹⁵² Cf. supra n°142.

²¹⁵³ le Professeur Quaadvlieg, préc., évoque des « usages supplémentaires ».

création. La rémunération forfaitaire qui est allouée aux salariés ayant une mission créative pourra donc être révisée en cas d'association insuffisante au succès de la création.

615. En ce qui concerne les créateurs subordonnés n'ayant pas de mission créative, leur association au succès de la création qui est en lien avec leurs fonctions est d'autant plus importante que leur salaire ne rémunérait pas la fonction créative. La prime de création qui doit leur être allouée doit donc être plus importante que celle versée aux créateurs subordonnés ayant une mission créative. Ils doivent par ailleurs bénéficier des autres primes versées au moment du dépôt et des exploitations de la création dans des conditions identiques. En effet, les primes de dépôt et d'exploitation sont payées en fonction de la valeur de l'invention et des exploitations mises en place par l'entreprise. Elles sont un moyen d'intéresser le créateur au succès de sa création, leur montant n'a donc pas à être lié à la qualité ou aux compétences du créateur. Tel n'est pas le cas de la prime de création, qui rémunère le principe même de la création et justifie la vocation à la propriété de l'employeur, et dont le montant doit pouvoir varier en fonction de la qualité du créateur salarié et de ses compétences, dans la mesure où il doit être possible de tenir compte du fait que le salaire habituel a couvert ou non le « travail créatif ». Ainsi, autant pour un ingénieur, chargé ou non de missions de recherche, dont on attend initiative, compétences techniques et managériales, capacité d'organisation, de rationalisation de la production et d'innovation, la création apparaîtra comme la réalisation d'une activité accessoire à son activité habituelle, d'une valeur « exceptionnelle » justifiant le paiement d'une prime « exceptionnelle », mais accessoire du salaire. Autant pour un technicien, la création doit apparaître comme un apport significatif allant au-delà des missions confiées au salarié, et pour lesquelles il est rémunéré, ce qui peut impliquer le versement d'une prime dont l'importance traduira le caractère exceptionnel de la prestation de travail, et dont le montant n'est pas nécessairement en rapport avec le salaire. Autant pour un employé sans compétence technique particulière dans le domaine de la création ou qui n'a pas été recruté pour ces compétences, la rémunération ne devrait plus être calculée en fonction du salaire, la prestation n'ayant plus aucun lien avec les missions traditionnellement confiées au salarié, la rémunération doit alors rémunérer une prestation de travail supplémentaire à l'exécution du contrat de travail, au même titre que le coût engendré par le recours aux services d'un prestataire extérieur.

616. L'exemple, pris en ce qui concerne des créations techniques, pourrait être transposé aux cas de création d'œuvres de l'esprit : les designers, illustrateurs, rédacteurs et responsables de service marketing ou communication, rémunérés pour leur activité créative pourront prétendre à une prime de création, accessoire de leur salaire ; l'assistante de direction, qui conçoit un site internet original ou une campagne de communication comportant des œuvres

publicitaires originales doit être rémunérée spécialement pour cette création qui n'entrait pas dans ces attributions initiales.

617. **Rôle de la négociation collective.** Dans un modèle industriel qui met donc en exergue les mécanismes de droit du travail, la négociation collective a incontestablement un rôle à jouer. C'est à elle que doit premièrement revenir la définition des *minima* de rémunération. Pour être pleinement efficaces, les accords doivent définir des montants minimaux et non se contenter d'indications générales concernant les modalités de calcul. Pour que ces modalités soient parfaitement adaptées à la situation de l'entreprise, il convient d'accorder une place prépondérante à la négociation d'entreprise. A ce titre, il convient de permettre la négociation dans les très petites entreprises, un accord doit donc pouvoir être conclu par une négociation avec un salarié élu au sein de l'entreprise à cet effet, approuvé par référendum et par la commission de branche, ou par une commission de branche ou interprofessionnelle spécialement prévue à cet effet. Cet accord devrait néanmoins, sauf procès-verbal de carence, être soumis à renégociation dès lors que l'entreprise dépasse les onze salariés, qu'elle est donc soumise à obligation de mettre en place les élections du personnel. Il est important de prévoir une telle renégociation dans la mesure où pour une si petite entreprise, le franchissement du seuil de onze salariés peut représenter une importante variation de la masse salariale. Or les nouveaux embauchés n'ont pas approuvé par référendum les conditions acceptées par les anciens salariés. La situation dans l'entreprise peut aussi avoir considérablement évolué. Dès lors que l'entreprise n'est pas soumise à négociation obligatoire, il importe donc d'inciter à la renégociation des accords. Les accords collectifs pour être pertinents doivent prévoir : les modalités de calcul des primes de création ; le montant minimum des primes forfaitaires de dépôt et d'exploitations ; les usages correspondant à l'activité normale d'une entreprise de la branche et les usages supplémentaires ; un taux global de rémunération équitable et un taux de lésion, permettant d'évaluer si la rémunération perçue par le salarié est manifestement disproportionnée. On a toutefois pu constater que la négociation collective n'était pas un levier suffisant, les partenaires sociaux étant, dans certaines branches, peu enclins à négocier sur la question. Il convient donc qu'une réglementation fixe des *minima* de rémunération applicables, un taux global de rémunération équitable et un taux de lésion que les dispositions des accords collectifs ne pourraient qu'améliorer²¹⁵⁴.

²¹⁵⁴ Ceci est conforme à l'application du principe de faveur aux règles relatives à la rémunération, qui continuent de relever de l'ordre public social. Par ailleurs, il ne faut pas laisser aux partenaires sociaux la possibilité, à l'occasion de la négociation d'un accord dit « donnant-donnant », de négocier à la baisse les droits des

618. **Relation employeur-salarié en cas de renonciation de l'employeur à la propriété.** Le contrat de travail régit les relations des parties quant à la création, lorsqu'une mission créative est prévue au contrat. En cas de création, le salarié en état de subordination ne peut s'opposer à l'employeur qui revendique la propriété de la création aux fins d'exploitation. Le salarié n'a, en vertu du contrat de travail qu'un droit à rémunération. Si l'employeur renonce à la propriété et que le salarié souhaite exploiter lui-même la création, il devient lui-même entrepreneur. Le salarié est alors amené soit à quitter son entreprise ; soit à exercer sa nouvelle activité parallèlement à son activité salariée ; soit à demander un congé création entreprise. S'il est, dans le cadre de cette nouvelle activité, placé en dehors de tout lien de subordination, on peut se demander s'il peut vraiment être considéré comme libre de tout engagement vis-à-vis de son employeur, notamment lorsque celui-ci a participé à la création par ses investissements ou que le salarié est lié par une obligation de non-concurrence²¹⁵⁵. Dès lors que le salarié n'est plus en état de subordination mais a retrouvé son indépendance, surtout s'il est lui-même entrepreneur, encore que les statuts puissent se cumuler, la concurrence entre les parties devrait pouvoir jouer pleinement. La réticence à cette idée tient finalement à ce que l'on considère malgré certains antagonismes que les parties ont vocation à collaborer et à se comporter loyalement l'une par rapport à l'autre. Le modèle ne s'affranchit donc pas de toute idée de coopération. On peut alors s'intéresser à la mise en place de modèles coopératifs.

B. Inventer des modèles coopératifs

619. Il s'agit ici de s'interroger sur la possible mise en place de modèles coopératifs, qui s'articulent autour du principe de la collaboration entre l'employeur et le salarié aux fins d'exploitation de la création, le salarié s'affranchissant à ce titre de la subordination qui le lie à l'employeur pour devenir à son tour entrepreneur. Si ces propositions peuvent paraître naïves, le droit positif encourage à oser l'utopie. Le rôle de l'entreprise pourrait changer : congé pour création d'entreprise²¹⁵⁶, congé solidarité²¹⁵⁷, crédits impôts recherche²¹⁵⁸ sont des mécanismes

créateurs salariés au profit de dispositions bénéficiant à l'ensemble de la communauté de salariés. La tentation serait grande mais remettrait en cause l'effectivité de l'application de la loi.

²¹⁵⁵ La jurisprudence en la matière réaffirme toutefois régulièrement le principe de liberté du travail et est de plus en plus exigeante quant à la validité des clauses de non-concurrence. Par ailleurs, en cas de création d'entreprise, le salarié est légalement dispensé de cette obligation de non-concurrence. Cf. supra n°481.

²¹⁵⁶ Permettant au salarié de prendre un congé pour créer ou reprendre une entreprise (Ctrav., art ; L.3142-78). Le salarié peut, à la fin de ce congé, soit reprendre son emploi, soit rompre son contrat de travail. Ce dispositif permet au salarié qui souhaite créer ou reprendre une entreprise de bénéficier d'un droit à réintégration dans son ancien poste de travail.

qui peuvent inciter à dépasser la conception traditionnelle de l'entreprise qui doit manager son image de marque et optimiser sa fiscalité. Le droit positif n'encourage-t-il pas à gommer les frontières entre salariat et entrepreneuriat, en instaurant un congé création d'entreprise, le statut d'auto-entrepreneur ou en incitant encore à l'épargne salariale ? La propriété intellectuelle n'est-elle pas confrontée à un défi majeur face aux revendications des tenants d'une propriété partagée²¹⁵⁹ ? Les universités américaines ne se tournent-elles pas d'ailleurs vers des modèles de propriété partagée²¹⁶⁰ ? Dès lors que l'on accepte d'évoquer des modèles coopératifs, on peut envisager le recours à divers mécanismes relevant soit du droit des biens (1) ; soit du droit des sociétés (2).

1. Modèles issus du droit des biens

620. **Copropriété.** Avant la réforme de 1978, l'employeur et le salarié étaient copropriétaires des inventions hors missions attribuables²¹⁶¹. Ces inventions nées de l'initiative du salarié et des moyens fournis par l'employeur étaient en effet considérées comme le fruit de la collaboration fortuite des parties et, de ce fait, leur appartenaient en copropriété. L'employeur et le salarié partageaient dès lors la maîtrise de l'invention. Bien sûr, les parties pouvaient sortir de l'indivision, à charge pour celle qui voulait exploiter seule l'invention d'en acquérir la pleine propriété. La solution était conforme aux principes de la propriété intellectuelle qui récompense l'innovation par l'octroi d'un droit de propriété ; elle ne paraissait pas satisfaisante en ce qu'elle impliquait un rapport égalitaire entre les parties qui était mal vécu par l'employeur et pouvait conduire à des situations de blocage, qui ne servaient pas l'objectif de faveur à l'exploitation. D'où l'attribution d'un droit d'option pour l'employeur qui peut désormais à lui seul décider d'acquérir la propriété de l'invention. Cette expérience conduit à penser que la copropriété est sans doute un mécanisme trop contraignant, surtout s'il est imposé aux parties. On notera toutefois qu'en droit des brevets, les parties sont entièrement libres d'aménager le régime de la copropriété, le régime légal étant entièrement

²¹⁵⁷ La solidarité peut être familiale (Ctrav., art. L.3142-16 et s.), internationale (Ctrav., art. L.3142-32 et s.) ou à l'égard des zones en état de catastrophe naturelle (Ctrav. art. L.3142-41 et s.). Le congé n'est pas rémunéré. L'entreprise accepte simplement que son salarié prenne un congé pour des raisons humanitaires, sociales ou pour accompagner un parent en fin de vie ou affecté d'un handicap ou d'une pathologie grave.

²¹⁵⁸ Permettant aux entreprises de bénéficier de crédit d'impôts notamment lorsqu'elles confient leurs dépenses de R&D à des organismes de recherche publics, des universités, des fondations reconnues d'utilité publique ou certaines associations sans but lucratif (CGI, art. 244 quater B, II, d) bis).

²¹⁵⁹ Cf. supra n°174, 177 et 310.

²¹⁶⁰ Cf. supra n°178.

²¹⁶¹ Cf. supra n°430.

supplétif de volonté. Le système peut donc être souple à gérer dès lors que les parties ont pris soin de l'organiser en fonction de leurs besoins et de la spécificité de leur relation. Il convient néanmoins de retenir d'une manière générale que tout modèle coopératif ne peut être imposé aux parties mais doit être choisi, ce doit être un moyen d'aménager la gestion de l'exploitation de la création permettant notamment de partager les coûts (frais de dépôt, paiement des redevances, lutte contre la contrefaçon, développement des brevets, recherche de licenciés), d'éviter le paiement de redevances et indemnisation par une compensation en propriété entre les parties. Le partage de la propriété dispense les parties d'un rapport d'indemnisation. Dans certains cas, si les parties préfèrent rester indépendantes et ont des projets distincts quant à l'exploitation de la création, plutôt qu'une copropriété, un modèle fondé sur la multipropriété pourrait être intéressant.

621. **Multipropriété.** La multipropriété est en droit immobilier un dispositif particulier qui permet à des tiers de bénéficier d'un « *contrat de jouissance à temps partagé d'immeuble (timeshare)* (...) [*c'est-à-dire*] *un accord qui confère à l'acquéreur l'utilisation d'un bien immobilier situé dans un site touristique pendant une courte durée (le plus souvent une semaine ou plusieurs semaines) sur plusieurs années* »²¹⁶². Les « *multipropriétaires* » sont en effet titulaires d'une utilité spécifique du bien (en pratique, l'usage du bien immobilier pendant une période donnée). Les parties partagent en revanche les charges de la propriété. La nature juridique de ce droit reste controversée : selon les législations, elle est parfois qualifiée de droit réel, parfois de droit personnel²¹⁶³. Si le mécanisme ne semble pas très affermi, c'est un mécanisme original qui démontre l'intérêt que peut avoir en pratique le partage de jouissance du bien. Or c'est cette idée qui pourrait inspirer

²¹⁶² *Contrat de jouissance à temps partagé d'immeuble, Allemagne, Espagne, Grande-Bretagne, Grèce, Italie, Etude pour le Ministère de la Justice, Juriscope, 2007, rapport de synthèse, p.2, disponible sur http://www.juriscope.org/uploads/etudes/Droit%20civil_Contrat%20de%20jouissance%20d%20immeuble%20a%20temps%20partage_2007_Synthese.pdf*

²¹⁶³ *Ibidem, p.3 : « La nature juridique du droit d'utilisation d'immeuble à temps partagé demeure à ce jour incertaine bien que le phénomène existe déjà depuis les années 1970. Les pays qui font l'objet de la présente étude ont des perceptions différentes du timeshare. Certains le considèrent plutôt comme un droit réel, d'autres plutôt comme un droit personnel, quand ils n'admettent pas la coexistence possible de ces deux qualifications. C'est ainsi qu'en Grèce, le timeshare prend souvent la forme de bail à temps partagé. En Allemagne, la formule la plus répandue est celle de la société par actions qui est propriétaire de l'immeuble, le gère et verse aux actionnaires un dividende annuel sous la forme de points correspondant à un droit d'utilisation pour un appartement et une période identifiés. Au Royaume-Uni, on rencontre le plus souvent la formule du club-trustee dans laquelle les consommateurs paient pour souscrire l'adhésion à un club et l'utilisation à période fixe ou flottante de l'immeuble auquel est affilié le club. En Espagne, le droit d'utilisation peut être constitué comme un droit réel limité susceptible d'être inscrit au registre foncier. En Italie, le timeshare opère souvent dans un cadre similaire au régime de copropriété. Il est à noter que la formule britannique de grande souplesse semble la plus couramment pratiquée du fait que la clientèle du timeshare est principalement britannique. Toutes ces formules ne correspondant pas vraiment aux systèmes classiques connus, ce qui explique la difficulté pour les pays étudiés de donner une qualification juridique du droit d'utilisation d'immeuble à temps partagé et de l'enfermer dans un cadre juridique spécifique ».*

un renouveau des relations des parties quant à l'exploitation des créations de salariés : le partage s'opèrerait ici en fonction des différentes destinations possibles de l'exploitation de la création. Ainsi, chacune des parties obtiendrait la propriété de certaines utilités de la chose (via un droit d'exploitation personnel de l'invention ou une concession de licences ; partage du marché français et des marchés étrangers ; partage de marchés économiques ou d'applications technologiques ou industrielles de l'invention ; partage selon les genres ou les modes d'exploitation des œuvres de l'esprit). Par ailleurs, les parties partageraient les charges liées à la propriété (paiement des redevances, coût d'une action en contrefaçon, etc.). Le recours à la fiducie pour de tels financements pourrait être envisagé. De tels modèles sont à développer. Il est clair qu'un régime légal serait pour l'heure inopportun dans la mesure où il est important que le régime soit adapté à la réalité de la relation des parties. Le partage de propriété doit refléter en effet les apports de chacun et les charges assumées par chacun. Le droit des sociétés présente des solutions plus connues.

2. Modèles issus du droit des sociétés

622. **Apport en industrie.** Le Professeur Quaedvlieg propose d'associer le créateur au succès de sa création en l'associant à l'entreprise. Favorable à la rémunération proportionnelle aux bénéfices engendrés par l'exploitation de la création, il explique que la loi néerlandaise considère que l'employeur et le salarié « *entrent, à un certain degré, dans un contrat aléatoire, où l'employé renonce, en échange d'un salaire fixe aux avantages incertains liés à son invention. (...) Le salaire accordé par un contrat de travail est d'ordinaire fondé sur une valeur prévisible du travail. Ici se trouve concerné non seulement le travail, mais aussi le droit exclusif qui repose sur son résultat et qui est d'une valeur à jamais imprévisible, mais en puissance très considérable. L'employé y renonce. Face à cette concession potentiellement très importante, le salaire ne peut pas offrir une contrepartie qui couvre de façon équitable tous les cas possibles* »²¹⁶⁴. Il admet que la valeur commerciale de la création dépend d'autres services mais répond à ceux qui considéreraient comme inéquitable de rémunérer les créateurs proportionnellement aux bénéfices « *qu'en général des employés qui peuvent réaliser des profits extraordinaires pour l'entreprise ont souvent droit à des rémunérations proportionnelles sous diverses formes, comme des répartitions des bénéfices, des courtages, des tantièmes. C'est une chose généralement acceptée, et personne ne pensera à la considérer injuste ou en conflit avec le principe du droit du travail, que les fruits du travail reviennent à l'employeur. (...) Au sein du contrat de travail se trouve donc un élément d'incertitude qui ne peut pas être efficacement réglé par la contreprestation type de l'employeur : le salaire* »²¹⁶⁵. Il propose

²¹⁶⁴ A. Quaedvlieg, préc. p.741.

²¹⁶⁵ *Ibidem*.

donc « l'apport en société » des droits de l'employé (l'auteur lui-même met des guillemets). *« Une qualification comme apport en société expliquera, pour commencer, pourquoi il est naturel de prendre en considération une participation aux bénéfices comme récompense pour l'employé et non pas comme une gratification »*²¹⁶⁶. Il considère que le créateur est un entrepreneur puisqu'il prend un risque. Or ce risque est commun au créateur et à son employeur et non antagoniste ; d'où l'idée d'un apport en société : *« Si le contrat entre l'inventeur et son employeur a été caractérisé, non à tort, comme un contrat partiellement aléatoire, il faut constater que l'élément de chance contenu dans ce contrat est précisément la chance des profits à réaliser à partir des brevets. Aucune considération ne s'opposerait – et en fait, elle semble conforme à la réalité – à caractériser cette chance comme un risque d'affaires, couru par les deux parties, à partir d'investissements et de sacrifices faits par les deux parties, et dans l'espoir de gain à profiter aux deux parties. Dans cette mesure, l'inventeur ne travaille pas seulement, il entreprend. Il est naturel que, dans la mesure où son salaire ne contient pas de récompense suffisante par rapport aux bénéfices réalisés avec le droit exclusif, il ait droit à une autre rémunération, proportionnelle à son apport et au succès commercial de l'invention »*²¹⁶⁷. Il considère cette thèse encore plus séduisante en droit d'auteur puisque les apports de l'auteur sont encore plus aisément identifiables : l'auteur apporte un capital, sa renommée²¹⁶⁸. *« C'est ce capital-là qui est fourni en apport en société en sus, et en fonction, de la chance des profits à réaliser avec le droit d'auteur. Cette interprétation permet de mieux mettre en relief les spécificités de l'obligation entre les parties (ou de l'ensemble de leurs obligations) que le contrat de travail »*²¹⁶⁹. Le Professeur privilégie cette solution à la propriété partagée qui lui paraît inefficace et considère que ça respecte la volonté du législateur de « concentration des droits », entre les mains d'une seule personne, en l'espèce l'employeur. L'attribution de parts sociales ou d'actions en contrepartie de l'apport en société des droits d'exploitation peut être une forme de rémunération susceptible d'être encouragée et dispensant l'employeur de verser une rémunération en numéraire, ce qui peut être préférable lorsque l'employeur n'a pas la trésorerie suffisante pour rémunérer le salarié ou lorsque l'exploitation de la création a vocation à être au cœur de l'activité de la société, notamment pour les jeunes entreprises innovantes.

623. **Création d'une société aux fins d'exploitation de la création.** Une solution, déjà mise en œuvre par l'Administration en matière d'invention de chercheurs publics (titulaires ou

²¹⁶⁶ *Ibidem*, p.743.

²¹⁶⁷ *Ibidem*.

²¹⁶⁸ Sur la possibilité de considérer la renommée comme un fruit du travail appropriable, cf. *supra* n°89, 101.

²¹⁶⁹ A. Quaedvlieg, *préc.* p.744.

non, notamment les docteurs)²¹⁷⁰, consiste à favoriser la création de sociétés par le créateur. L'Administration propose une aide matérielle à ses chercheurs pour créer de telles sociétés (accompagnement dans la création d'entreprise, mise en place de dispositifs d'accompagnement financier et conseils juridiques ou en gestion, locaux, etc.). Le congé pour création entreprise a pour objet de faciliter une telle installation. Des dispositifs fiscaux pourraient également inciter les entreprises à accompagner la création d'entreprise par leurs salariés. On remarquera d'ailleurs que les jeunes entreprises innovantes sont souvent créées avec la participation du chercheur à l'origine de l'invention, qui est souvent l'associé principal de la société, au moins au début de l'activité de la société²¹⁷¹. En effet, l'association de l'inventeur paraît une nécessité pour la réussite technologique de l'entreprise et la mise en œuvre de l'exploitation. On notera que l'on recommande désormais l'association d'un chercheur et d'un manager pour la création de ces entreprises, le créateur étant souvent démuni ou peu formé à la gestion de l'entreprise. Comme le Code de commerce prévoit un contrat d'appui au projet d'entreprise permettant la création ou la reprise d'une entreprise via une couveuse d'entreprise ou un incubateur²¹⁷², ou un tutorat du repreneur d'une entreprise par le cédant²¹⁷³, l'employeur du salarié pourrait participer à l'accompagnement de son salarié dans son projet d'entreprise et être incité fiscalement à cet accompagnement. La contrepartie de cet accompagnement pourrait être assurée par des parts sociales. Une telle solution peut inciter l'employeur à investir dans un nouveau secteur ou sur une nouvelle production en limitant les risques puisqu'une société distincte est créée, et en intéressant directement le créateur à cette nouvelle exploitation du fait de ses nouvelles fonctions, tout en mettant en place une collaboration entre les parties, au lieu de cultiver leurs antagonismes.

²¹⁷⁰ Cf. supra n°482 et 483.

²¹⁷¹ Le modèle économique de ces sociétés est particulier et implique souvent le rachat ou des augmentations de capital telles que l'associé majoritaire initialement devient minoritaire en cas de succès dans l'exploitation de la société et de l'invention.

²¹⁷² Ccom., art. L.127-1 : « *L'appui au projet d'entreprise pour la création ou la reprise d'une activité économique est défini par un contrat par lequel une personne morale s'oblige à fournir, par les moyens dont elle dispose, une aide particulière et continue à une personne physique, non salariée à temps complet, qui s'engage à suivre un programme de préparation à la création ou à la reprise et à la gestion d'une activité économique. Ce contrat peut aussi être conclu entre une personne morale et le dirigeant associé unique d'une personne morale* ».

²¹⁷³ Ccom., art. L.129-1 : « *le cédant d'une entreprise commerciale, artisanale, libérale ou de services peut, après cette cession, conclure avec le cessionnaire de cette entreprise une convention aux termes de laquelle il s'engage, contre rémunération, à réaliser une prestation temporaire de tutorat* ».

CONCLUSION

624. Ce chapitre a permis de démontrer qu'aucun modèle ne s'impose définitivement à titre universel pour traiter de la question de la propriété des créations subordonnées. Le modèle industriel n'est pas prédominant. Au contraire, c'est le modèle personnaliste qui s'impose au moins en droit d'auteur dans les législations d'Europe continentale, mais même en partie en droit des brevets, et ce du fait du principe du créateur personne physique. Certains systèmes étrangers sont nuancés et mettent en place des dispositifs se contrebalançant pour aboutir à un système équilibré. Par ailleurs, si les différences avec les régimes américains relatifs aux œuvres de l'esprit et aux inventions sont flagrantes à propos des créations subordonnées, elles ne le sont pas moins sur le contenu et le régime de ces « propriétés ». L'impossibilité de transposition des dispositifs américains tient autant à la différence de traitement des employeurs qu'à la différence de traitement des exploitants. Au-delà de la question de la propriété initiale, sur laquelle les débats focalisent d'une manière peut-être stérile, une réforme devrait se concentrer sur la définition des exploitations de l'employeur dues du seul fait de l'existence d'un contrat de travail, des modalités concrètes de cession permettant de sécuriser ces exploitations et des contreparties financières assurées au salarié. Ce chapitre visait à proposer des pistes de réforme pouvant aller jusqu'à la proposition d'un régime unitaire pour les créations subordonnées, qu'elles soient littéraires et artistiques ou industrielles, que le créateur soit salarié ou agent public. Des propositions ont été faites en ce sens. Elles auraient pu être plus précises. C'est le travail qu'aura à faire sans doute le législateur s'il envisageait une telle réforme, ou le Gouvernement pour prendre les décrets d'application. Il faudra alors déterminer si les dispositions réglementaires doivent être identiques pour tout secteur industriel et tout genre de création. La tâche n'est pas aisée. La réforme du droit d'auteur des agents publics a nourri les débats et les polémiques mais le législateur a réussi à légiférer. Les décrets d'application n'ont pas, eux, été pris. Les propositions qui ont été faites ici ne sont donc qu'un prélude, des pistes de réflexion, à nourrir, à nuancer, à compléter, à modifier. Il nous semble en effet que ce qui importe pour qu'une réforme de la matière réussisse, c'est autant les mécanismes mis en place, la technique juridique employée, que la recherche d'un équilibre dans les rapports des parties, équilibre acceptable, favorisant l'exploitation, respectant les droits de chaque partie et encourageant la poursuite de leur collaboration. Le droit ne doit pas être générateur de conflits mais contribuer à assurer la sécurité juridique de relations paisibles. Au vu des modifications qu'elle impliquerait pour l'un comme l'autre système et des crispations qui ont pu être constatées lors des précédentes réformes du droit d'auteur des agents publics ou des journalistes, ou à propos des projets de réforme du droit d'auteur des

salariés de droit privé, il n'est pas certain qu'une réforme unitaire ne provoque des réactions trop épidermiques, quel que soit le modèle choisi. Si elle paraît juridiquement possible, il n'est pas sûr qu'une réforme unitaire soit sociologiquement faisable. Un premier pas consisterait sans doute à harmoniser déjà les régimes au sein de chaque branche de la propriété intellectuelle et à les faire converger entre eux en réformant chacune des branches conformément aux propositions qui ont été faites à partir du modèle qui est déjà appliqué : réforme du droit d'auteur à partir du modèle personnaliste, réforme du droit des brevets à partir du modèle industriel.

CONCLUSION DU TITRE II.

625. L'analyse dans le titre I de cette seconde partie des différents régimes de droit positif applicables aux créations subordonnées a permis de démontrer la diversité des situations juridiques existantes. Face au camaïeu des solutions mises en place, certains praticiens revendiquent la nécessité d'un dispositif spécifique à leur situation, ou le bénéfice d'un dispositif existant pour un certain genre de création et qui leur semble mieux convenir à leur propre situation. Au contraire, une unification du traitement de la question est régulièrement réclamée. Ce titre II a donc été logiquement consacré, dans une démarche prospective, à la définition de ce que pourrait être une réforme du droit de la création subordonnée. Si une telle réforme devait être conduite, elle pourrait soit intervenir ponctuellement pour mettre en place un nouveau régime spécifique à certaines créations, soit harmoniser les régimes aujourd'hui distincts. Dans cette seconde hypothèse, deux démarches sont envisageables : faire converger les régimes par des réformes respectant des principes communs, mis en œuvre d'une manière adaptée au genre de la création et à son mode d'exploitation ; ou mettre en place un régime unitaire.

626. Le premier chapitre nous a permis d'identifier les principes directeurs des régimes et les garanties pouvant être offertes aux parties, et donc d'identifier un socle commun aux différents régimes de création subordonnée. Ces principes et garanties pourront servir de repères pour toute réforme à venir (réforme spéciale pour mettre en place un régime dérogatoire, spécifique à un genre de création déterminé ou réforme générale d'une branche de la propriété intellectuelle ou commune à la propriété intellectuelle).

627. En partant du fondement de la propriété intellectuelle identifié dans la première partie (récompenser et protéger le créateur pour favoriser la création et sa diffusion auprès du public, dans des conditions en garantissant la qualité), deux objectifs principaux ont pu être retenus :

1°) assurer au créateur subordonné la protection due à tout créateur, c'est-à-dire une protection intellectuelle et morale impliquant la protection de sa liberté de création, de sa paternité et de la forme de sa création ; ainsi qu'une protection patrimoniale, c'est-à-dire l'association du créateur au succès de sa création ;

2°) favoriser l'exploitation de la création pour que toute création pertinente soit accessible au public, c'est-à-dire garantir la mise en œuvre de l'exploitation par la partie qui est la plus à même de la conduire en en assurant l'efficacité économique, en en facilitant juridiquement la mise en œuvre, en assurant la sécurité de l'exploitation, sécurité qui implique des relations paisibles entre les parties et une protection contre les tiers.

628. A partir de ces deux objectifs, pouvaient être identifiés :

1°) les principes directeurs de tout régime de création subordonnée : respect de la protection intellectuelle et morale du créateur ; rémunération équitable due au créateur ; nécessité de mettre en place des modalités de transferts des droits simples à mettre en œuvre ;

2°) les garanties à mettre en place : garantie de la liberté des parties (liberté de création, liberté du travail et liberté d'entreprise) ; garantie de la rémunération du créateur salarié dans une mesure raisonnable et équitable ; garanties procédurales contre les atteintes des tiers et pour résoudre les différends des parties.

629. Pour aller au-delà des grands principes, il fallait ensuite étudier précisément quels mécanismes pourraient mettre en œuvre de tels principes. L'analyse des exemples étrangers a permis de mesurer à quel point les mécanismes envisageables étaient divers et que leur pertinence venait de leur combinaison et de la nuance avec laquelle ils étaient appliqués. Aucun modèle, personnaliste ou industriel, ne s'impose définitivement. Des propositions de réformes unitaires ont été faites. Elles sont certes plurielles car il paraît difficile à ce jour de dépasser les différences intrinsèques aux propriétés intellectuelles ; mais leurs différences sont peu profondes, puisqu'elles répondent aux principes directeurs précédemment dégagés. L'objectif d'harmonisation nous semblerait donc atteint si chacune des branches était réformée pour être unifiée en son sein et si les régimes des différentes branches étaient suffisamment convergents entre eux. Les propositions qui ont été faites, si elles sont plurielles, nous semblent permettre cette convergence. D'autres propositions nombreuses auraient pu être faites car nous sommes persuadés que c'est moins du mécanisme, de la technique juridique employée que naîtront des relations paisibles entre créateur subordonné et employeur exploitant que de l'équilibre mis en place par la réforme dans le respect des droits de chacune des parties.

CONCLUSION DE LA PARTIE II.

630. Cette seconde partie a permis d'analyser la confrontation des modèles d'appropriation des fruits du travail et de la création lorsque rapport de travail et rapport de création sont superposés, autrement dit lorsque la relation salarié-employeur se double d'une relation créateur-exploitant.

631. Cette analyse a permis d'établir que les résultats de la confrontation sont divers tant en droit français que dans les droits étrangers et que les régimes mis en place constituent une conciliation des modèles d'appropriation des fruits du travail et de la création. Si un modèle d'appropriation peut prédominer dans la construction, au moins en ce qu'il détermine le principe directeur du régime (ce qui peut être apprécié en ce qu'il propose une propriété initiale de l'employeur ou du créateur ; et donc selon qu'il affirme d'abord l'existence d'un rapport de subordination ou d'abord l'existence d'une propriété personnelle), des nuances sont apportées par des dispositions spécifiques : introduisant un certain personnalisme ou tenant compte du caractère « intellectuel » de la propriété dans le modèle industriel, ou tenant compte des nécessités de l'exploitation, des effets du rapport de subordination et de la relation préférentielle, *intuitu personae*, constituée par l'existence d'un contrat de travail ou la participation à l'exécution d'une mission de service public.

632. Par ailleurs, pour dépasser la question faisant polémique (l'employeur-exploitant doit-il être titulaire à titre originaire des droits de propriété portant sur les créations fruits du travail de leurs collaborateurs, du fait de la relation de subordination ?), on remarque que les modèles, littéraire et artistique comme industriel, ont focalisé sur la question de la rémunération de la création subordonnée. En effet, dans le modèle littéraire et artistique, la propriété permet de garantir (en principe) l'existence d'une rémunération. Au contraire, l'existence certaine d'une rémunération pour le salarié permet de mettre en place un transfert des droits d'exploitation à l'employeur. Pour le créateur subordonné, ce n'est pas tant la transmission à l'employeur des droits d'exploitation qui pose difficulté, celui-ci a évidemment vocation à exploiter, que la garantie de sa rémunération. C'est elle qu'il convient d'abord d'organiser pour « dédramatiser » la question de l'acquisition de la propriété par l'employeur.

633. L'intérêt des mécanismes spécifiques au droit du travail est indéniable : la procédure de conciliation par exemple est à encourager, voire à généraliser et à organiser de manière cohérente, sur le modèle de la procédure prud'homale. Au contraire, d'autres principes du droit du travail, comme le pouvoir de direction de l'employeur, doivent trouver des limites

quand la propriété a vocation à défendre un intérêt supérieur : liberté d'expression, liberté de création, intérêt culturel ou social à accéder à l'information, à la culture, au développement économique et technologique. D'autres mécanismes peinent par ailleurs à trouver leur place dans les régimes existants : tel est notamment le cas de la négociation collective et de l'organisation d'un statut collectif des créateurs salariés. D'un côté, le recours à la négociation collective est fortement mis en avant en tant qu'outil indispensable de gestion de la relation qui apparaît doublement antagoniste en ce qu'elle cumule les « démêlés atemporels » du créateur et de l'investisseur et du salarié et de l'employeur. Or la négociation collective a vocation à réconcilier les « partenaires sociaux » à l'occasion de compromis dans la négociation du statut collectif. D'un autre côté, la mise en place de dispositifs particuliers aux créateurs subordonnés par les partenaires sociaux oblige à la prise en compte de la situation particulière des créateurs au sein de la communauté de salariés ou d'agents publics, ce à quoi les partenaires sociaux, et notamment les représentants des salariés peuvent être réticents : s'ils défendent l'intérêt collectif de la profession, ils ne peuvent se faire les porte-parole d'une catégorie spécifique de travailleurs. A l'exception des branches au sein desquelles la création est prégnante, voire l'objet principal de l'activité, comme les branches de la production audiovisuelle, de l'édition phonographique ou des entreprises de presse, des négociations particulières sont difficiles à mettre en œuvre. Si l'on veut faire jouer un rôle important à la négociation collective, quelle que soit la branche et la taille de l'entreprise, il convient d'organiser des négociations spécifiques par des représentants de ces professions qu'il convient d'identifier, éventuellement dans une négociation interprofessionnelle, comme cela a été le cas initialement pour les cadres. On notera d'ailleurs que le collège cadre peut être un collège identifié au moment des élections professionnelles. L'identification d'une catégorie « créateurs » au sein de la communauté de salariés, et représentée en tant que telle, pourra, hors le cas des entreprises innovantes ou des entreprises culturelles, poser des difficultés. Il ne faut donc pas s'en remettre au seul statut collectif ou au statut individuel, négocié contractuellement mais faire jouer au régime légal son rôle plein et entier d'organisation de la relation, quitte à ce que les conditions concrètes d'application puissent être adaptées aux situations particulières des branches, des entreprises ou des relations individuelles.

634. La loi a vocation à mettre en place un régime légal de la création subordonnée. Les divergences souvent mises en exergue entre les deux modèles clairement identifiés, modèle littéraire et artistique, d'une part ; modèle industriel, d'autre part, nous semblent finalement moins poser difficultés que les divergences entre les régimes exceptionnels, la plupart du temps sectoriels, identifiés au sein de ces modèles. D'abord, l'application de modèles distincts

à des objets distincts n'est pas en soi choquante. Ensuite, l'analyse des modèles a permis de faire émerger une certaine convergence vers des principes communs.

635. Une réforme mettant en place un régime unitaire a été envisagée. Toutefois, à l'heure actuelle, compte tenu des enjeux économiques, des crispations que suscitent ces questions, des antagonismes qui peuvent paraître irréductibles, et de l'habitude de raisonner de manière sectorielle, une telle réforme ne nous semble pas possible en pratique, sauf à ce que le législateur décide d'imposer une réforme qui sera nécessairement décriée. Les efforts mis en place dans différentes commissions ont démontré que la concertation et l'adoption d'un régime faisant consensus paraissaient impossibles. Pourtant, la réforme paraît nécessaire.

636. A notre sens, la réforme devra se dédoubler et suivre deux objectifs :

- réorganiser chacune des branches de la propriété intellectuelle autour d'un régime de droit commun et d'un seul régime exceptionnel, de manière à supprimer le pointillisme sectoriel. A ce titre, la mise en place de dispositions réglementaires organisant au moins à titre supplétif la mise en œuvre concrète des régimes paraît importante ;
- organiser l'harmonisation des deux branches de la propriété intellectuelle entre elles par la déclinaison de principes directeurs communs qui rapprocheront les régimes et permettront aux parties, aux partenaires sociaux et aux juridictions de les interpréter et de les appliquer en cohérence. La clarté, la cohérence et la stabilité des régimes pourraient ainsi contribuer à limiter les conflits et les contentieux.

CONCLUSION GÉNÉRALE

637. **Travail, création et propriétés.** Le sujet invitait *a priori* à la confrontation des notions entre elles²¹⁷⁴. Il a fallu d'abord distinguer les notions de travail et de création, dans leur confrontation à celle de propriété. Le travail n'étant pas lui-même une notion juridique²¹⁷⁵, nous avons dû d'abord procéder à un inventaire des fruits du travail pour observer s'il y avait lieu à reconnaître l'existence d'une catégorie de biens homogène, faisant l'objet d'un droit de propriété. La notion de propriété étant elle-aussi multiple²¹⁷⁶, deux approches ont dû être distinguées : l'approche empirique, qui partait de l'inventaire des fruits du travail et de la création donnant lieu à réservation, ce qui révélait une appropriation de la valeur ; l'approche systémique, qui, au contraire, partait de la définition du droit de propriété pour qualifier les fruits du travail et de la création. et des créations. L'approche empirique a conduit à construire une modélisation²¹⁷⁷ des appropriations des fruits du travail et de la création. Cette modélisation a permis de mettre en évidence les principes d'appropriation des valeurs, fruits de l'activité humaine, productive ou créatrice, d'en étudier les différences et les convergences. La qualification légale de propriété des droits portant sur les créations invitait elle à s'interroger sur le sens de cette qualification, sur l'extension de la qualification aux fruits incorporels et personnels du travail, sur les conséquences de cette qualification. Ainsi, l'analyse des « *propriétés non oisives* »²¹⁷⁸ et la confrontation des résultats obtenus ont été riches d'enseignements. Les enseignements portent aussi bien sur la connaissance des objets, fruits du travail et de la création, sur la définition des droits portant sur ces objets que sur la définition même de la propriété. A ce compte, la propriété est apparue définitivement comme

²¹⁷⁴ Sur l'exclusion de l'approche notionnelle, cf. supra n°20.

²¹⁷⁵ Il est une activité, une puissance créatrice, cf. supra n°1, mais n'est pas une notion juridique. En droit, il est étudié en tant que puissance créatrice de valeurs, celles-ci étant susceptibles de faire l'objet d'une appropriation, essentiellement à travers l'analyse de la force de travail, cf. supra n°6 et s., ou des modes d'acquisition de la valeur, et particulièrement la spécification cf. supra n°48, ou en tant qu'objet de contrat cf. supra n°55 et s., nommé désormais contrat de travail, le droit du travail ayant vocation à réguler la subordination et les pouvoirs de l'employeur issus du contrat de travail.

²¹⁷⁶ M. Xifaras, *La propriété*, préc., dénombreà travers une analyse philosophique de la doctrine du XIXe siècle au moins trois sens à la propriété : la maîtrise souveraine, l'appartenance patrimoniale, la réservation de jouissance.

²¹⁷⁷ Sur la notion de modèle, cf. supra n°23. L'analyse a conforté l'idée que les « modèles » d'appropriation ne dictait pas une règle, un régime à imiter (sens premier du terme modèle), les modèles ici établis sont des constructions abstraites permettant de décrire de manière simplifiée le fonctionnement des mécanismes d'appropriation du travail, notamment à l'occasion du contrat de travail, de l'étudier, de l'analyser et d'en prédire les effets. Les modèles d'appropriation des objets distingués dans la première partie ont donc pu être analysés lorsque les objets sont superposés de manière à déterminer s'ils s'excluaient, s'opposaient, se complétaient. Les principes ainsi mis en évidence ont permis de proposer un système respectueux des principes et réglant les conflits entre les vocations concurrentes à la propriété de l'employeur et du créateur.

²¹⁷⁸ Cf. supra n°1.

une notion se déclinant au pluriel²¹⁷⁹. Au-delà de la distinction du travail et de la création, il convenait d'étudier les effets de la superposition du travail et de la création sur les modèles d'appropriation²¹⁸⁰. L'analyse de cette superposition a permis de démontrer que les régimes de propriété intellectuelle étaient tiraillés entre les deux modèles d'appropriation, les principes directeurs du modèle d'appropriation des fruits du travail et du modèle d'appropriation des créations étant opposés. Ces tiraillements conduisent à l'opposition apparente des deux branches principales de la propriété intellectuelle, la propriété littéraire et artistique privilégiant le modèle d'appropriation des créations, ici qualifié de personnaliste, la propriété industrielle privilégiant le modèle d'appropriation des fruits du travail, ici qualifié d'industriel²¹⁸¹. L'opposition, si elle est réelle et irréductible dans les différences d'approche et de traitement de la question, n'en est pas moins nuancée par les exceptions et les applications mises en œuvre en pratique. L'analyse du droit positif conduit en effet à faire émerger un camaïeu de situations et de régimes, dont on peut tirer un certain nombre d'enseignements, notamment quant aux principes généraux qui gouvernent la matière. Ces principes généraux démontrent qu'en réalité les régimes applicables aux créations subordonnées relèvent en premier lieu du régime particulier de la propriété intellectuelle, le modèle d'appropriation des fruits du travail n'est que second et le droit du travail n'a d'incidences que ponctuelles pour contribuer à l'aménagement du régime. Aussi la réconciliation des modèles pouvait-elle être envisagée sur la base de ces principes généraux, communs à la propriété intellectuelle. Au-delà de l'analyse positive de la question de la propriété des créations nées d'un rapport de travail, une analyse prospective proposant des pistes de réforme pouvait donc être envisagée²¹⁸². La doctrine, les

²¹⁷⁹ L'analyse a été ici systémique, cf. supra n°2428, car il importait d'étudier le système en son entier : l'influence des théories de la propriété sur la qualification et l'influence de la qualification sur les théories de la propriété.

²¹⁸⁰ Élément qui conférerait au sujet son actualité, cf. supra n°3. C'est d'ailleurs la résolution de cette question qui a nécessité les développements théoriques sur lesquels ont porté la première partie.

²¹⁸¹ Le terme industriel est ici intéressant à analyser. La propriété industrielle était au début du XXe siècle traitée dans les Traités de droit civil avec le droit commercial et le droit du travail, alors qualifié d'industriel. Le caractère « industriel » de la législation démontre que le droit du travail a d'abord été conçu à travers la figure de l'ouvrier des grandes industries (en ce sens, V. E. Dockès, « Le pouvoir dans les rapports de travail, essor juridique d'une nuisance économique », préc. et les développements supra n°56 et 57). La proximité terminologique avec l'« industrie » (le contrat de travail relève à l'époque de la catégorie générale des louages d'ouvrages, d'industrie et de services) conduit aux amalgames. Or le modèle « industriel » d'appropriation des créations subordonnées est un modèle qui vise à servir les intérêts de l'industrie pour faciliter l'exploitation industrielle d'une forme technique ayant une application industrielle et qui est organisé à partir des mécanismes du droit du travail. Or la « législation industrielle » était ontologiquement une législation du pouvoir patronal qui lui permettait de contrôler ses salariés (E. Dockès, « Le pouvoir dans les rapports de travail, essor juridique d'une nuisance économique », préc.).

²¹⁸² Les contentieux existants, les divers projets de réforme du droit d'auteur et du droit des brevets, qui justifiaient de l'actualité du sujet (cf. supra n°4), invitaient à explorer des pistes de réforme.

praticiens réclament parfois un traitement unitaire de la question²¹⁸³. Le droit positif invite à plus de circonspections : d'abord, les propriétés intellectuelles sont plurielles²¹⁸⁴, sans pour autant s'opposer, et il n'est pas de raison évidente de les unifier sur un point particulier de leurs régimes²¹⁸⁵ ; ensuite, on note, au contraire, l'existence de fortes revendications sectorielles en la matière, il est donc peu probable qu'une réforme unitaire paraisse finalement plus appropriée et plus légitime, la question faisant polémique dans l'une comme dans l'autre des branches de la propriété intellectuelle, une réforme unitaire risque de démultiplier les résistances idéologiques et sociologiques. Des pistes de réflexion pour une réforme, unitaire ou non, ont néanmoins été envisagées. Prenant acte de l'existence de deux modèles, les pistes de réflexion ont été menées dans l'un comme dans l'autre modèle.

638. **Travail et création : distinction des activités, des fruits, des appropriations.** Le premier titre a permis de démontrer que si le travail et la création étaient deux activités intrinsèquement humaines productrices de valeurs, les modèles d'appropriation des fruits de ces activités sont très différents. Alors que le modèle d'appropriation des créations s'est très vite organisé autour de la propriété des formes (œuvres de l'esprit et inventions), l'appropriation du travail est, aujourd'hui encore, plus diffuse. Autant certains fruits du travail ont accédé facilement à la qualité de biens et font l'objet d'une appropriation visible et certaine (fruits corporels du travail, fonds de commerce, signes distinctifs et droits de clientèle), autant d'autres fruits du travail n'ont accédé à la qualité de biens que récemment (clientèle civile) ou font l'objet d'une appropriation indirecte (à travers l'entreprise, les parts de société, le contrat de travail) ou encore incertaine (droits sur l'image, la renommée). L'existence d'une forme externe, détachée de la personne du créateur, permet au contraire la réification du fruit de la création. De la même manière, le fruit du travail doit se détacher suffisamment de la personne pour constituer un objet distinct qui sera susceptible d'appropriation. Car la force de travail, considérée pour elle-même, si elle est un mode de production de la valeur, n'est pas un objet détachable de la personne et ne peut faire en elle-même l'objet d'une appropriation²¹⁸⁶. Pas

²¹⁸³ Cf. supra n°5.

²¹⁸⁴ Sur la diversité des propriétés intellectuelles, F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, préc. n°40 et s.

²¹⁸⁵ En ce sens, J.-P. Clavier, « Les principes relatifs à la titularité des droits sur une invention », préc..

²¹⁸⁶ L'objet du contrat de travail n'est pas le transfert de la maîtrise de la force de travail à l'employeur en tant qu'objet de propriété (cf. supra n°6 et s.), car la force de travail ne peut se détacher de la personne, car la subordination n'est pas complète, et que l'employeur ne maîtrise pas la destination de la force de travail. Sur la limitation du pouvoir de l'employeur à l'obligation du salarié de fournir un travail, déterminé notamment quant à la tâche à accomplir, V. J. Pélessier, G. Auzéro et E. Dockès, *Droit du travail*, préc. n°594. Seul le salarié maîtrise la destination de la force de travail en concluant le contrat de travail. Si la subordination implique un pouvoir de l'employeur, elle n'implique pas la soumission totale du salarié, le droit du travail organisant le respect de la liberté et des droits du travailleur. Par ailleurs, elle est limitée à l'objet du contrat

plus que ne l'est la créativité d'un créateur. Incapable de se détacher de l'homme, la force de travail ne peut être appropriée. Aussi la valorisation du travail ne prend-elle pas toujours la forme d'une propriété mais d'un droit à rémunération, qui compense la valeur du travail fourni, valeur, plus-value qui augmente la valeur d'une matière, d'un bien incorporel ou d'un patrimoine dont le travailleur est ou n'est pas propriétaire. C'est donc le propriétaire de cette matière, de ce bien incorporel ou de ce patrimoine, que nous avons appelé l'investisseur qui a vocation à l'appropriation des fruits du travail, et qui doit en contrepartie rémunération au travailleur. Les modèles d'appropriation des fruits du travail et de la création sont donc à ce titre opposés : celui des fruits du travail consacre la propriété de l'investisseur et le droit à rémunération du créateur, alors que celui des créations consacre la propriété du créateur. Le modèle d'appropriation des fruits du travail semble donc consacrer le principe d'acquisition des fruits du travail salarié par l'employeur. Ce principe est toutefois à nuancer dans la mesure où le modèle admet l'appropriation des fruits personnels du travail par le travailleur (clientèle, droits sur l'image et la renommée) : le lien avec la personnalité du travailleur conduit à une vocation à la propriété particulière, et à la reconnaissance de droits nouveaux, qui font montre d'un certain personnalisme. Par ailleurs, les développements récents du modèle (importance des droits sur la personnalité du travailleur, plébiscite du travail indépendant et de l'« auto-entreprise ») conduisent à remarquer l'émergence d'un mouvement vers un renouveau du modèle propriétaire, à travers la personnification des biens ou la réification de l'activité. Au contraire, le modèle d'appropriation des créations voit l'individualisme propriétaire atténué par les modes de gestion collectifs ou les partages de propriété mis en place par la pratique. Le principe même de l'appropriation est parfois contesté.

639. **Propriété des créations et des fruits du travail.** La qualification des droits portant sur les fruits du travail et de la création n'était pas aisée, et ce d'abord du fait de la diversité des théories de la propriété. Cette diversité est due aux différents sens donnés au terme de propriété. C'est dire que ces théories ne sont pas nécessairement exclusives l'une de l'autre. Certaines mettent en réalité l'accent sur le rapport d'appartenance, d'autres sur le contenu du droit, la maîtrise souveraine²¹⁸⁷. L'analyse de la propriété en termes de rapport d'appartenance

de travail. En revanche, la cause du contrat de travail est bien l'acquisition des fruits du travail par l'employeur.

²¹⁸⁷ La réserve de jouissance, troisième forme du concept de propriété mise en évidence par M. Xifaras (*La propriété*, préc.) semble pouvoir relever de la maîtrise souveraine dès lors que l'on admet que la maîtrise peut ne pas être matérielle. Le droit de propriété est toutefois ici spécial : l'immatérialité et plus encore l'ubiquité de la forme impose un régime adapté et conduit à la distinction des propriétés réelles et des propriétés intellectuelles, distinction qui s'infère de la distinction des maîtrises portant sur les objets. V. également F.

rejoint en partie l'analyse de l'appropriation car elle conduit à la qualification de propriété de tout droit subjectif, quel qu'en soit le contenu. L'analyse de la propriété à partir du contenu et de l'étendue du droit sur l'objet est plus dirimante d'une qualification car elle distingue le droit de propriété des autres droits subjectifs. Notre analyse s'est donc concentrée sur cette acception de la propriété, non pas pour réfuter la pertinence des théories analysant la propriété comme un rapport d'appartenance, ce qui ne correspondrait pas à la réalité du concept de propriété, mais parce que les opérations de qualification n'étaient nécessaires que dans une telle acception de la propriété. Les théories définissant le droit de propriété étant là encore diverses, nous avons tenté de déterminer les critères de qualification de droit de propriété à partir des dénominateurs communs à ces théories. Les critères de patrimonialité (définie à partir de la pécuniarité et de la cessibilité) et de maîtrise souveraine (définie à partir de la maîtrise de la destination du bien permettant de définir les utilités exploitées) ont paru à ce titre opérants. Les opérations de qualification ont permis de conclure à la qualification de propriété des droits portant sur les créations, ainsi que des droits portant sur un certain nombre de fruits du travail. Certains ont toutefois été exclus de la qualification. La qualification, si elle est importante, ne permet toutefois pas de déduire un régime applicable à l'ensemble des biens. Les régimes des droits portant sur les créations et les fruits du travail sont en effet très variés et obligent à reconnaître au-delà d'un éventuel droit commun des biens la nécessité d'un droit des biens spéciaux²¹⁸⁸. On remarquera à cet égard que même le projet de réforme du Livre II du Code civil, qui part du constat de l'obsolescence du Code civil en ce livre consacré au droit des biens et en propose une réforme moderne, n'envisage pas de régler définitivement au sein du Code civil le sort des biens spéciaux, au premier rang desquels les créations faisant l'objet de droits de propriété intellectuelle²¹⁸⁹. Ainsi, l'analyse systémique conduit à mettre en évidence que la qualification de propriété des droits portant sur les fruits du travail et les créations influence également les théories de la propriété en ce qu'elle consacre la diversité des régimes de propriété.

640. **Propriétés : un pluriel plutôt qu'un singulier.** L'analyse a donc conforté le titre du sujet : il n'est pas une mais des propriétés. La propriété est plurielle en son concept, en ses acceptions, en ses définitions, les droits de propriétés sont également pluriels en leurs

Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, préc. n°30, évoquant une « *notion flexible* » susceptible de couvrir la réservation de l'exploitation des choses immatérielles.

²¹⁸⁸ V. en ce sens T. Revet, obs. in RTDCiv. 2009, p.345, à propos de Cass., civ. 1^{re}, 11 déc. 2008, préc., cf. supra n°27.

²¹⁸⁹ H. Périnet-Marquet (dir.), *Propositions de l'Association Capitant pour une réforme du droit des biens*, LexisNexis, 2009, coll. Carré Droit.

contenus et en leurs régimes. Les divers régimes de propriété sont pluriels du fait de la diversité des objets auxquels ils s'appliquent dès lors que l'on retient une définition du droit de propriété dépassant celle d'un droit réel portant sur une chose corporelle dont les contours et les utilités sont plus facilement définis et ont servi de modèle de conception du droit de propriété tel qu'il est aujourd'hui décrit dans le Code civil. Or ce sont ces utilités, ces usages, ainsi que les lois et règlements, qui définissent le contenu des droits de propriété dont les biens font l'objet. Le mode de raisonnement inhérent aux systèmes de droit civil invite à la classification, à l'ordonnancement. La diversité des objets conduit toutefois à des ordonnancements non exclusifs²¹⁹⁰. L'analyse des droits de propriété portant sur les créations et les fruits du travail a conduit ainsi à proposer, au-delà des classifications traditionnelles, deux modes de classification permettant de distinguer les biens en fonction des particularités qui leur sont propres, ce qui invitent à l'adoption de principes communs à tous les biens relevant de cette catégorie : il s'agit de la distinction des propriétés réelles et intellectuelles et de la distinction des propriétés personnelles et impersonnelles. La diversité des régimes tient aussi à la diversité des intérêts juridiquement protégés par les régimes des droits de propriété. Car le droit de propriété protège évidemment le bien, entendu comme une valeur économique appropriée. Toutefois, les régimes de propriété, tels qu'ils sont arbitrés par le législateur lorsqu'il en régleme les contours, visent également à la protection d'autres intérêts : intérêt personnel non économique, personnaliste, du propriétaire ; intérêt de la société (économique, culturel, social, ...). Les arbitrages du législateur conduisent là-encore à la diversité des régimes. Pour ce qui est des droits de propriété portant sur les créations et les fruits du travail, on peut observer qu'ils ont en commun de n'être pas des propriétés oisives, mais des propriétés tournées vers l'exploitation, et dans une mesure plus ou moins prononcée en fonction des objets, selon que le législateur a tenu ou non à mettre cet élément en exergue, une propriété personnaliste. Ces deux éléments sont essentiels à la définition des régimes de propriétés intellectuelles et permettent d'en comprendre les fonctionnements, notamment quant à la question de la propriété des créations nées d'un rapport de travail.

641. **Appropriations des créations nées d'un rapport de travail.** La confrontation de la superposition du travail et de la création à la propriété conduit logiquement à revenir aux modèles d'appropriation des fruits du travail et de la création, la question étant avant tout une question de titularité des droits, donc d'analyse du rapport d'appartenance, donc d'analyse de l'appropriation de ces créations particulières. Les modèles d'appropriation étant opposés dans

²¹⁹⁰ Non systématiques pour reprendre les conclusions de J.-P. Clavier, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, préc.

leurs principes directeurs, la propriété intellectuelle est tiraillée entre les deux modèles. L'opposition manifeste de ses deux branches principales, l'une mettant *a priori* en exergue le modèle d'appropriation des créations, l'autre celui des fruits du travail, est toutefois à nuancer. Les modèles ne s'excluent pas mais se combinent, se conjuguent pour décliner des applications diverses. Si la propriété industrielle confère une place importante au modèle d'appropriation des fruits du travail en ce qu'elle organise le régime de la titularité à partir des principes du droit du travail, le régime n'en met pas moins en exergue le principe du créateur personne physique et, dans une certaine mesure, l'association du créateur au succès de sa création. Les propositions récentes de réforme du régime des inventions de salariés vont d'ailleurs en ce sens. L'association reste certes indirecte et ne laisse pas la place à la reconnaissance d'un droit de propriété au profit de l'inventeur subordonné, on peut toutefois trouver une résurgence de personnalisme dans ces propositions, personnalisme reconnu en droit public au profit des agents publics et considéré comme un levier incitatif pour la création et l'exploitation. On notera par ailleurs qu'il n'est pas anodin que ce soit la branche « industrielle » de la propriété intellectuelle qui mette en exergue le modèle d'appropriation des fruits du travail, qualifié encore d'« industrie » au début du XXe siècle : cette branche de la propriété intellectuelle, consacrée à la protection des formes techniques, susceptibles d'application industrielle, met en exergue le principe général de faveur à l'exploitation et organise le régime de manière à faciliter ces exploitations par un aménagement du transfert de propriété sécurisant l'exploitation, ce n'est donc que sur la question de la rémunération que le personnalisme peut trouver à s'exprimer. Au contraire, le modèle littéraire et artistique, traditionnellement plus personnaliste, met en exergue la propriété du créateur comme garantie de la protection de la forme littéraire et artistique, car celle-ci manifeste un lien plus étroit avec la personnalité du créateur puisqu'elle en porte l'empreinte. Toutefois, l'industrialisation croissante de l'exploitation de ces créations, notamment dans le secteur de la « société de l'information et de la communication » conduit à l'adoption de régimes dérogatoires, aménageant spécialement les conditions du transfert de propriété. Ces régimes dérogatoires, s'ils obéissent globalement à des principes généraux communs, sont très divers, sans que la diversité des régimes puisse être justifiée. L'opposition des modèles nous est apparue finalement moins évidente que ce qu'une présentation caricaturale aurait pu laisser penser. Au contraire, la réconciliation des modèles paraît possible à la lecture des principes généraux gouvernant la question et la réforme souhaitable, au moins pour harmoniser l'ensemble, notamment quant aux mécanismes aménageant le transfert des droits.

642. **Les principes généraux de l'appropriation des créations subordonnées.** Les principes généraux de l'appropriation des créations subordonnées ne sont en fait que des

déclinaisons des principes généraux de la propriété intellectuelle, propriété non oisive et personnelle : la faveur à l'exploitation et le personnalisme de la propriété. Le personnalisme conduit à consacrer le principe de créateur personne physique et d'association du créateur au succès de sa création. La faveur à l'exploitation conduit à poursuivre le double objectif de sécurité juridique et de rapidité des affaires par un aménagement opérationnel des conditions de la cession. Il apparaît que les régimes de propriété des créations subordonnées pourraient être réconciliés s'ils garantissaient suffisamment le respect des libertés fondamentales susceptibles d'être invoquées par les parties (liberté de création, liberté du travail et liberté d'entreprise), la rémunération des parties ainsi que la sécurité juridique de l'exploitation et de la relation de travail. Ces principes généraux et les intérêts protégés par ce socle commun que l'analyse des régimes de droit positif permet d'établir, démontre que la question de la propriété des créations subordonnées est avant tout une question de propriété intellectuelle, et non de droit du travail, et qu'elle est réglée à partir de la conception française, continentale, de la propriété intellectuelle. Si le droit comparé a pu nourrir la réflexion sur les pistes de réformes, les systèmes anglo-saxons n'ont pu qu'être faiblement instructifs car les régimes qu'ils proposent sont trop distincts des régimes de propriété intellectuelle français. Et cela est autant dû à un traitement différencié de la relation de travail qu'à un traitement différencié des droits portant sur les créations, ici qualifiés de droits de propriété. Ni le droit du travail, ni le droit de la propriété intellectuelle français n'envisagent de s'en remettre à la liberté contractuelle pour régler les relations entre l'employeur et le salarié, entre l'exploitant et le créateur. Le régime de titularité des créations subordonnées ne fait pas à ce titre figure d'exception. L'analyse du droit comparé a en revanche permis de construire des pistes de réforme incluant éventuellement des mécanismes originaux d'aménagement du transfert des droits patrimoniaux à l'employeur.

643. **Pistes de réforme.** L'harmonisation des régimes de titularité des droits sur les inventions ou les œuvres de l'esprit créées à l'occasion d'un rapport de travail devrait mettre en exergue le principe de créateur personne physique, propriétaire initial des droits portant sur les créations et aménager un mécanisme de transfert automatique des droits au profit de l'employeur en contrepartie duquel une rémunération supplémentaire au salaire serait versée.

644. Il importe d'abord de définir le champ d'application de cet aménagement de la cession : ce champ d'application est défini à partir de l'objet du contrat de travail puisque c'est l'existence du contrat de travail qui détermine la vocation à la propriété de l'employeur. Or l'objet du contrat de travail est la mise à disposition de la force de travail. Cette mise à disposition est toutefois limitée au champ du contrat de travail (limites temporelles du travail, objet du travail, défini par les missions du salarié, son poste, sa classification) car si le salarié est un travailleur subordonné, la subordination du salarié n'est pas totale, le pouvoir de

l'employeur né du contrat de travail est limité au contrat de travail. Ainsi, seules les créations ayant un lien avec les fonctions du salarié sont soumises au mécanisme d'aménagement de la cession.

645. Il importe ensuite de définir le mécanisme d'aménagement de la cession. On a pu observer un éventail complet de mécanismes existant tant dans la loi française que dans les lois étrangères. Certains mécanismes comme la « dévolution » ou l'« attribution » des droits peuvent être écartés pour être ambigus : le terme de cession qualifie mieux le transfert des droits, l'acquisition à titre dérivé et onéreux des droits d'exploitation. Quant au mécanisme facilitant la cession, il semble qu'il importe moins que l'étendue de la cession qu'il met en œuvre. En effet, il y a peu de différence en pratique entre une simple présomption de cession, une cession automatique, surtout si elle est supplétive de volonté, ce que le droit communautaire impose pour un certain nombre de créateurs, notamment les réalisateurs audiovisuels, ou un droit d'option susceptible d'être exercé tacitement, le silence valant acceptation de la cession. Il importe surtout, au vu de la relation durable des parties, de limiter le formalisme des cessions. En revanche, la délimitation de la cession est essentielle. Cette délimitation est inhérente au droit de la propriété intellectuelle (qui est avant tout une maîtrise de la destination de la création, maîtrise qui s'exprime par l'existence d'un droit d'exploitation démembrable, ce qui se traduit, en droit d'auteur, par le principe de délimitation de la cession et, en droit des brevets, par l'exploitation du titre à travers l'octroi de licences, c'est-à-dire dans l'un comme dans l'autre cas une exploitation de la propriété sous forme de partage de jouissance des utilités de l'objet de la propriété avec les tiers) et à l'objet du contrat de travail (délimitant la jouissance de la force de travail consentie à l'employeur par des limites temporelles, spatiales et de destination, ce qui relève de la définition des tâches susceptibles d'être imposées au salarié, c'est-à-dire de ses missions et de l'étendue de sa participation à l'activité de l'entreprise). Droit de la propriété intellectuelle et contrat de travail concourent donc ici à exiger une délimitation temporelle mais aussi matérielle de la vocation à exploiter de l'employeur. La vocation à la propriété de l'employeur est donc limitée à la durée du contrat de travail et aux exploitations correspondant aux activités normales de l'employeur, ces exploitations étant définies à partir des limites temporelles et spatiales de l'activité normale de l'entreprise, ainsi qu'à partir des marchés sur lesquels l'entreprise est positionnée. Ces « activités normales » permettent de définir les modes d'exploitation et destinations relevant du transfert automatique des droits à l'employeur. Les autres exploitations, relevant d'une exploitation exceptionnelle de la création, *a priori* du fait du caractère « exceptionnel » de la création, ne sont pas entrées dans le champ prévisible d'application du contrat de travail, et ne peuvent donc être appropriées par l'employeur qu'avec le consentement du créateur salarié.

Les pistes de réflexion proposent divers moyens de mettre en œuvre concrètement ces principes à l'occasion d'une réforme, unitaire ou non, des régimes de titularité des droits. En effet, si la recherche d'une solution unitaire a été poursuivie, comme le préconisait une partie de la doctrine et certaines revendications de praticiens manifestées lors de colloques notamment, les chances de succès d'une telle réforme paraissent limitées au vu de la logique sectorielle dominante en la matière et de la dichotomie traditionnelle entre les deux branches de la propriété intellectuelle. Or cette dichotomie est inhérente aux différences d'objets, de contenus des droits, mais aussi aux différences d'objectifs et d'intérêts protégés par ces droits. Il n'est donc pas évident qu'elle doive nécessairement être dépassée pour la seule question des créations subordonnées. La diversité n'est pas toujours signe de flottements, elle peut être signe de nuances et d'adaptation. Et s'il est un enseignement à tirer de l'analyse des « propriétés non oisives », c'est la richesse du concept de propriété, qui se décline résolument au pluriel.

BIBLIOGRAPHIE

DOCUMENTS OFFICIELS ET RAPPORTS

Travaux législatifs

- ALLARDE (d'), *Rapport du comité des contributions publiques sur les patentes*, 15 février 1791, disponible sur www.gallica.bnf.fr
- BLANC E., *Rapport n°3112, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n°3035), modifiée par le Sénat, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit*, disponible sur : http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r3112.asp#P2905_709559
- BOUFFLERS, *Rapport au nom du comité d'agriculture et de commerce, relatif aux encouragements et aux privilèges à accorder aux inventeurs de machines et de découvertes industrielles*, 30 décembre 1790, Archives parlementaires, disponible sur www.gallica.bnf.fr
- DUBERNARD J.-M., *Rapport n°3339 en date du 26 septembre 2006, fait à l'Assemblée Nationale, au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié*.
- DUTREIL R., Ministre des PME, *Discours présentant le projet de loi PME* au Sénat, le 13 juin 2005, disponible sur www.senat.fr
- ECKENSPIELLER D., *Rapport au nom de la commission des Affaires culturelles sur le projet de loi relatif à la rémunération au titre du prêt en bibliothèque et renforçant la protection sociale des auteurs*, Sénat, session ordinaire de 2002-2003, annexe au procès verbal du 2 octobre 2002, disponible sur [www.senat.fr /rap/102-0011.pdf](http://www.senat.fr/rap/102-0011.pdf)
- GRÉGOIRE, *Rapport au nom du comité d'instruction publique, décret sur la récompense à décerner au citoyen CLARETON, inventeur de mécaniques propres à enseigner simultanément la musique à plusieurs élèves à la fois*, compte-rendu intégral des débats disponible sur <http://www.senat.fr/seances/s200605/s20060510/s20060510011.html>
- GROUSSIÉ A., *Le contrat de travail et le Code civil*, Association Nationale française pour la protection légale des travailleurs, examen des textes que la Commission du Travail de la Chambre des députés propose d'introduire au Code civil, Alcan 1908 p.79
- HAMELIN E., *Rapport n°703, au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, sur le projet de loi, adopté par le sénat, relatif à la rémunération au titre du prêt en bibliothèque et renforçant la protection sociale des auteurs*, enregistré le 19 mars 2003, disponible sur [www.assemblee-nationale.fr /12/pdf/rapports/r0703.pdf](http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r0703.pdf)
- JOLIBOIS C., *Rapport fait au nom de la commission spéciale*, Doc. Sénat n°212, deuxième session extraordinaire de 1984-1985, T. 1, p.9
- LAKANAL, *Projet d'éducation du peuple français le 26 juin 1793*, an II de la République, présenté à la Convention nationale, au nom du Comité d'instruction publique. Imprimé par ordre de la Convention nationale, disponible sur www.gallica.bnf.fr
- LAKANAL, *Rapport au nom du comité d'instruction publique*, 19 juillet 1793, imprimé par l'Assemblée Nationale, disponible sur www.gallica.bnf.fr
- LE CHAPELIER, *Rapport au nom du comité de Constitution sur la Pétition des Auteurs dramatiques*, 13 janvier 1791, imprimé par l'Assemblée Nationale, disponible sur www.gallica.bnf.fr
- RICHARD A., *Rapport n°2235 du 26 juin 1984, lu, discuté et adopté les 28 et 29 juin 1984, relatif au projet de loi sur le droit d'auteur*, disponible sur <http://archives.assemblee-nationale.fr/7/cr/1983-1984-ordinaire2/111.pdf>
- RICHARD A., *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République*, Doc. Ass. Nat. n°2235, seconde session ordinaire de 1983-1984
- THYRAUD J., *Rapport au Sénat n°233 fait au nom de la commission des lois*, déposé le 11 avril 1990 ; *Rapport au Sénat n°477 fait au nom de la commission des lois*, déposé le 25 septembre 1990

Rapports

- ADNOT P., *La valorisation de la recherche dans les Universités*, rapport d'information n°341, fait au Sénat au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, publié en annexe de la séance du 10 mai 2006.

- ANTONMATTEI P.-H. et SCIBERRAS J.-C., *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, Rapport à M ; le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, nov. 2008, disponible sur <http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport-Antonmattei-Sciberras-07NOV08.pdf>
- BENABOU V.-L., MARTIN J. ; HENRARD O., *Le régime juridique des œuvres multimédias : droit des auteurs et sécurité juridique des investisseurs*, rapport de la commission du CSPLA spécialisée sur les aspects juridiques des œuvres multimédias, janvier 2006, disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000008/index.shtml>.
- BIRRAUX C. et LE DÉAUT J.-Y. (Députés), *L'innovation à l'épreuve des peurs et des risques*, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Rapport à l'Assemblée nationale n°4214 et Rapport au Sénat n°286, déposé le 24 janvier 2012.
- BONNELL R., *Le droit des auteurs dans le domaine cinématographique : coûts, recettes et transparence*, rapport pour le Centre National de la Cinématographie, rendu en décembre 2008, édition CNC, 2009.
- BOISSONAT J. (coord.), *Le travail dans 20 ans, Rapport pour le Commissariat général du plan*, Odile Jacob, 1995
- BORZEIX J.-M., *La question du droit de prêt en bibliothèque*, rapport pour Mme la Ministre de la Culture et de la Communication, juillet 1998, disponible sur www.culture.gouv.fr/culture/actual/communiq/borzeix.pdf
- CATALA P., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2006.
- GAUDRAT P. (dir.), *Coopération public/privé dans le domaine de la R&D et propriété intellectuelle*, Etude commanditée par le Commissariat Général du Plan et le Ministère de la Recherche, 2001.
- GAUDRAT P. et MASSÉ G., *La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création*, Rapport à Madame la Ministre de la Culture, Madame la Ministre de la Justice et Monsieur le Secrétaire d'Etat à l'Industrie, synthèse disponible sur : <http://www.droitsdauteur.culture.gouv.fr/audrat.pdf>
- GUILLAUME H. (supervision), *Rapport sur la valorisation de la recherche*, pour le compte de l'inspection générale des finances et de l'inspection générale de l'administration de l'éducation nationale et de la recherche, janvier 2007.
- HADAS-LEBEL R., *Mission sur la mise en œuvre du droit d'auteur dans le cadre du statut de salarié de droit privé*, 2002, disponible sur <http://www.lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/023000625/0000.pdf>
- LUCAS A. (dir.), *Rapport de la commission spécialisée du CSPLA portant sur la création des agents publics*, 2001, disponible sur <http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/agents%20publics%20-%20rapport.pdf>
- SIRINELLI P. (dir.), *Rapport de la commission spécialisée du CSPLA relative aux créations des salariés de droit privé*, 2001.
- SUPIOT A. (sous la dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, rapport pour la Commission des Communautés européennes, Flammarion, coll. Documents et Essais, 1999
- TIROLE J., HENRY C., TROMMETTER M., TUBIANA L. et CAILLAUD B., *Propriété intellectuelle, rapport du Conseil d'analyse économique*, La documentation française, 2003

SOURCES JURIDIQUES

Ouvrages généraux, traités, manuels

- ATIAS C., *Droit civil, Les biens*, 11^e éd., Litec, 2011
- AUBERT J.-L., *Le contrat, Droit des obligations*, Dalloz, coll. connaissance du droit, 3^e éd., 2005
- AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 3^e éd. 2010
- AUBIN G. et BOUVERESSE J., *Introduction historique au droit du travail*, coll. Droit fondamental, PUF, 1995
- AUBY J.-M., AUBY J.-B., DIDIER J.-P., TAILLEFAIT A. T., *Droit de la fonction publique*, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2009
- AZEMA J. et GALLOUX J.-C., *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 6^e éd., 2006, coll. Précis droit privé
- BEIGNIER B., *Le droit de la personnalité*, PUF, coll. Que sais-je ? 1992
- BERENBOOM A., *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Bruxelles, 1995, ed. Larcier
- BERGEL J.-L., BRUSCHI M., CIMAMONTI S., *Traité de droit civil, Les Biens*, LGDJ, 2^e éd., 2010, dir. J. Ghestin
- BERTRAND A., *Le droit d'auteur*, Dalloz, 3^e éd., 2010, coll. Dalloz Action
- BERTRAND A., *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 1999
- BINCTIN N., *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2010
- BRACONNIER S., *Droit des services publics*, PUF, coll. Thémis droit, 2^e éd., 2007
- BRY G., *Cours élémentaire de législation industrielle, lois du travail et de la prévoyance sociale, questions ouvrières*, L. Larose et L. Tenin, 1912
- BUY F., MARMAYOU J.-M., PORACCHIA D., RIZZO F., *Droit du sport*, LGDJ, 2^e éd., 2009
- CAIN M.-O., *Le droit rural, l'exploitant agricole et les terres*, Litec, 2^e éd., 2008
- CARBONNIER J., *Droit civil, T.2 Les biens, Les Obligations*, PUF, 2004, coll. Quadrige Manuel
- CARBONNIER J., *Droit civil, Les biens*, 14^e éd., PUF, coll. Thémis
- CARON C., *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009
- CARON C., et LECUYER H., *Le droit des biens*, Dalloz, Connaissance du droit, 2002
- CLAVIER J.-P. et F.-X. LUCAS, *Droit commercial*, Flammarion, coll. Champs Université, 2003
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 2010
- CORNU G., *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, 12^e éd., Domat, Montchrestien, 2005
- COUTURIER G., *Traité de droit du travail, T. II relations collectives de travail*, coll. Droit fondamental, PUF, 2001
- COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, LexisNexis, 2^e éd., 2011
- DEMOLOMBE C., *Cours de Code Napoléon, T. IX, Traité de la distinction des personnes et des biens* Paris, Durand, 1870
- DECOCQ A. et G., *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 4^e éd. 2010
- DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, 3^e éd.
- DESBOIS H., *Le droit d'auteur, Droit français, Convention de Berne révisée*, Dalloz 1950
- DESSEMONTET F., *Le droit d'auteur*, Cedidac, n°39, 1999
- DIDIER P., *Droit commercial, T. 1, les sources, l'entreprise individuelle*, coll. Thémis droit privé, PUF, 1992
- DIDIER P., *Droit commercial, T. I, Introduction générale, l'entreprise commerciale*, Economica, 2005
- DROSS W., *Droit civil, Les choses*, LGDJ, 2012
- DROSS W., *Droit des biens*, Domat, Montchrestien, 2012, coll. droit privé
- EDELMAN B., *La propriété littéraire et artistique*, PUF, 1999, coll. Que sais-je ?, n°1388
- EDELMAN B., *Droits d'auteurs, droits voisins, Droit d'auteur et marché*, Dalloz, 1993

- ESPLUGAS P., *Le service public*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2^e éd., 2001
- FABRE-MAGNAN M., *Les obligations*, coll. thémis droit privé, PUF, 2004
- FLOUR J., AUBERT J.-L. ET SAVAUX E., *Les obligations*, T.1 L'acte juridique, 11^e éd., Armand Colin, 2004
- FOYER J. ET VIVANT M., *Le droit des brevets*, PUF, 1991, coll. Droit fondamental
- FRISON-ROCHE M.-A. et PAYET M.-S., *Droit de la concurrence*, Dalloz, 1^{re} éd., 2006, coll. Précis, droit privé
- GAUDU F., *Le contrat de travail*, Dalloz, Connaissance du droit, droit privé, 1996
- GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 6^e éd., 2007
- GHESTIN J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 1993
- GIRARD P.-F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^{ème} éd., rééd. Dalloz, présentée par J.-P. Lévy et mise à jour par F. Senn, 2003
- GREFFE F. et P., *Traité des dessins et modèles*, Litec, 2000
- GREFFE F. et P.-B., *Traité des dessins et des modèles*, Litec, 8^e éd., 2008, Préf. Y. Reboul
- GUGLIELMI G.-J. et KOUBI G., *Droit du service public*, Montchrestien, 3^e éd., 2011
- HALPÉRIN J.-L., *Le code civil*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2003
- HOUPIN C. et BOSVIEUX H., *Traité général et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, T. 1, 7^e éd., Librairie de la société du Recueil Sirey, 1935
- HUET J., *Les principaux contrats spéciaux*, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 2^e éd., 2001
- LACHAUME J.-F., BOITEAU C., PAULIAT H., *Droit des services publics*, Armand Colin, 3^e éd., 2004
- LARROUMET C., *Droit civil*, T. II, Les biens, droits réels principaux, 5^e éd., Economica, 2006
- A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., 2012
- MALAUURIE P. et AYNÈS L., *Les Biens*, Defrénois, 2010, 4^e éd., coll. Droit civil
- MARTY G., RAYNAUD P. et JESTAZ P., *Droit civil, les obligations*, T. II, le régime, 2^e éd., Sirey, 1989
- MARTY G. et RAYNAUD P., *Droit civil*, T. 1, Introduction générale à l'étude du droit, 2^e éd. Sirey, 1972
- MATHÉLY P., *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, Librairie du Journal des notaires et des avocats, 1991
- MATHIEU M.-L., *Droit civil, Les Biens*, Sirey Université, 2^e éd., 2010
- MAZEAUD A., *Droit du travail*, 5^e éd., Montchrestien 2007, coll. Domat droit privé
- MAZEAUD H., MAZEAUD L. et TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, T. 1, éd. Montchrestien, 1965
- MEYER N., *L'ordre public en droit du travail : contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, LGDJ, 2006, Bibl. de droit privé, T.461, Préf. J. Pélissier
- MOUSSERON J.M., SCHMIDT-SZALEWSKI J., VIGANT P., *Traité des brevets*, Librairie Technique, 1984, coll. CEIPI
- ORLIAC C., *Le contrat de travail*, PUF, 1969, coll. Que sais-je ?, n°1332
- PASSA J., *Droit de la propriété industrielle*, T.1, LGDJ, 2006
- PATAULT A.M., *Introduction historique au droit des biens*, PUF, collection fondamental, 1989
- PÉLISSIER J., AUZERO G., DOCKÈS E., *Droit du travail*, Dalloz, 27^e éd., Précis, droit privé, 2012
- PÉLISSIER J., LYON-CAEN A., JEAMMAUD A., DOCKÈS E., *Grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 4^e éd., 2008
- PÉLISSIER J., SUPIOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Précis Dalloz, 23^e éd., 2006
- PÉROCHON F. et BONHOMME R., *Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 2009, 8^e éd.
- PIC P., *La protection légale des travailleurs et le droit international ouvrier*, F. Alcan, 1909
- PIOTRAUT J.-L., *Droit de la propriété intellectuelle*, Ellipses, 2004, coll. référence – Droit
- PLANIOU M. et RIPERT G., ROUAST A., *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., LGDJ, 1954, T. XI, contrats civils, le contrat de travail, par A. ROUAST
- PLANIOU M. et RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français*, T. III, Les biens, par M. PICARD, LGDJ, 1952

- PLANTEY A., *La fonction publique, Traité général*, Litec, 2^e éd., 2001
- POLLAUD-DULIAN F., *La propriété industrielle*, Economica, coll. Corpus droit privé, 2010
- POLLAUD-DULIAN F., *Le droit d'auteur*, Economica, coll. Corpus droit privé, 2005
- POLLAUD-DULIAN F., *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, coll. Domat droit privé
- POUILLET E., *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, Librairie générale de jurisprudence, 1908
- POUILLET E., *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, Marchal et Billard, 4^e éd., 1899
- POUILLET E., *Traité théorique et pratique des brevets d'invention*, Librairies générales de jurisprudence 1872
- RENAUT M.-H., *Histoire du droit de la propriété*, Ellipses, coll. Mise au point, 2004
- RIPERT G. et BOULANGER J., *Traité de droit civil d'après Planiol*, T.3, contrats civils, 1958
- ROBAYE R., *Le droit romain*, T. II, coll. Pédasup, Bruylant, 2002
- ROUAST A. et DURAND P., *Traité de législation industrielle, Traité de droit du travail*, Dalloz 1947
- ROUBIER P., *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, 1954, T. I et II
- SCELLE G., *Le droit ouvrier, Tableau de la législation française actuelle*, A. Colin, 1929
- SCHMIDT-SZALEWSKI J. et PIERRE J.-L., *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^e éd., 2007
- SUDRE F., MARGUÉNAUD J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., LEVINET M. (dir.), *Grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 6^e éd. 2011
- TAFFOREAU P., *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino éditeur, 2004, coll. Manuels
- TERRÉ F., SIMLER P. ET LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, 9^e ed., Dalloz, coll. Précis, 2005
- TERRÉ F. et SIMLER P., *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, 4^e éd., Coll. Droit privé, Précis Dalloz, 2004
- TERRÉ F. et SIMLER P., *Droit civil, Les biens*, 5^e éd., Dalloz, précis, 2000
- TERRÉ F., *Introduction générale au droit*, précis Dalloz, 1998
- VERKINDT P.-Y., *Le droit du travail*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2005
- VIDAL D., *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^e éd., 2010
- VIVANT M. et BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009
- VIVANT M., *Le droit des brevets*, Dalloz, coll. connaissance du droit, 2005
- ZENATI-CASTAING F et REVET T., *Les biens*, PUF, 3^e éd., coll.droit fondamental, 2007
- ZENATI-CASTAING F et REVET T., *Manuel de droit des personnes*, PUF, coll. Thémis, 2006
- ZENATI F. et REVET T., *Les biens*, PUF, 2^e éd., coll. droit fondamental, 1997

Ouvrages spécialisés

- AL-KOUCHAIRI L., *Les critères juridiques du contrat de travail*, Thèse Genève 1958
- ANCEL P., *L'indisponibilité des droits de la personnalité : une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, thèse dactylographiée, Dijon, 1978
- ANDORNO R., *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Préf. de F. Chabas, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T.263, 1996
- AUBERT-MONPEYSEN T., *Subordination juridique et relation de travail*, ed. CNRS, 1988
- AUDIER J., *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, Préf. de P. Kayser, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T.159, 1979
- AUTENNE A., *Analyse économique du droit de l'actionnariat salarié, apports et limites des approches contractualiste, néo-institutionnaliste et comparativiste de la gouvernance d'entreprise*, Bruylant, 2005, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, T.44
- BEAUCOURT A., *le contrat de travail, nature juridique et principaux effets, droit civil et législations comparées*, Thèse Paris, 1912

- BECQUET S., *Le bien industriel*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, T. 448, 2005, Préf. T. REVÊT
- BELLIVIER F. et NOUVILLE C., *Contrats et vivant*, LGDJ, 2006, coll. Traité des contrats sous la direction de J. GHESTIN
- BELLIVIER F., *Le patrimoine génétique humain : étude juridique*, thèse Paris I, 1997
- BELORGEY, *Refonder la protection sociale*, La Découverte 2001
- BILLIAU M. et LOISEAU G., *Le régime des créances et des dettes*, coll. Traité des contrats sous la direction de J. GHESTIN
- BLAIZOT-HAZARD C., *Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français*, LGDJ, 1991, coll. Bibl. de dr. public, T.159, préf. P. DEVOLVÉ
- BLANLUET G., *Essai sur la propriété économique en droit économique français : recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, LGDJ, 1999, coll. Bibl. droit. privé, T.313, Préf. P. CATALA ET M. COZIAN
- BLONDEL P., *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, Préf. D'ANDRÉ PONSARD, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T.95, 1969
- BORENFREUND G., LYON-CAEN A., SOURIAU M.-A. et VACARIE I. (dir) *La négociation à l'heure des révisions*, Dalloz 2005, coll. thèmes et commentaires, actes du colloque du 11 juin 2004
- BOUCRIS-MAITRAL G., *Création et salariat*, thèse Lyon II, 2005, dir. A. Jeammaud
- BOUGEROL D., *La notion d'œuvre audiovisuelle*, Thèse Poitiers, 2006, dir. H.-J. Lucas
- BUYDENS M., *La protection de la quasi-crédation : information, publicité, mode, photographies documentaires et esthétique industrielle*, Larcier, 1993
- CARAMELLI M., *L'Actionnariat salarié, ses effets sur la performance des entreprises et les attitudes des salariés au travail dans le contexte des grands groupes*, Aumage éditions, 2008
- CARBONNIER J., *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd.
- CARON C., *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, publications de l'IRPI, Vol. 17, avant-propos A. Françon
- CHARTIER Y., *La réparation du préjudice*, Dalloz 1996
- CHARTIER Y., *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Dalloz, 1983
- CHARVIN R. et SUEUR J.-J., *Droits de l'homme et libertés de la personne*, 2^e éd., Litec, 1997
- CHATELAIN E., *Nature du contrat entre ouvrier et entrepreneur (étude critique de droit économique)*, Alcan 1902
- CHATAIGNIER D., *Contribution à l'étude des droits des salariés sur leurs inventions*, Thèse Paris, 1934
- CHERPILLOD I., *Le droit d'auteur en Suisse, Précis et guide pratique*, Cedidac, n°3, 1986
- CLAVIER J.-P., *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, L'Harmattan, 1998, coll. Logiques juridiques, Préf. J.M. Mousseron
- CLÉMENT-FONTAINE M., *Les œuvres libres*, Thèse Montpellier, 2006, dir. M. VIVANT
- COLIN P., *De la détermination du mandat salarié*, Thèse, Paris, 1931
- CONTAMINE-RAYNAUD M., *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris 1974
- CORIATT-ATTIA I., *Le statut de la pluriactivité en droit social*, Préf. de D. Berra, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de Science politique d'Aix-Marseille, Centre de droit social, 1999
- CORNU M., *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, thèse, publiée sous le titre *Le droit culturel des biens*, Bruylant, 1997
- CORNU M., LAMBERTERIE I. (DE), SIRINELLI P., WALLAERT C. (dir.), *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, CNRS éditions, 2003
- COSTES M., *Essai sur la nature juridique du contrat d'entreprise*, Thèse, Toulouse, 1913
- COURET A. et LE NABASQUE H. (dir.), *Quel avenir pour le capital social ?* Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004
- CRIONNET M., *Les droits intellectuels et les régimes matrimoniaux en droit français*, Préf. D'A. Françon, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T.140, 1975
- DABIN J., *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952

- DABIN J., *La définition du droit subjectif*, Mémoires de l'Académie royale de Belgique, section lettre, 1947, T. 33, p.107
- DAVID A., *Structure de la personne humaine, essai sur la distinction des personnes et des choses*, thèse Paris, 1953
- DECOCQ A., *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Préf. de G. Levasseur, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T.21, 1960
- DENOIX DE SAINT MARC S., *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Litec, 1999, coll. Le droit des affaires – propriété intellectuelle, publications de l'IRPI
- DESPAX M., *L'entreprise et le droit*, Thèse Toulouse, LGDJ, 1956
- DOCK M.-C., *Contribution historique à l'étude des droits d'auteur*, Thèse Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960
- DOCKÈS E., *Valeurs de la démocratie, huit notions fondamentales*, Dalloz-Sirey, coll. Méthodes du droit, 2005
- DOCKÈS E. et LHUILIER G. (dir.), *Le corps et ses représentations*, Litec, 2001, coll. Théories et droit
- DOUTRELEPONT C., *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire*, Bruylant – LGDJ, 1997
- DRAI L., *Le Droit du travail intellectuel*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, T. 42, 2005, préf. P.-Y. Verkindt
- DROSS W., *Le mécanisme de l'accession, éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, Thèse Nancy, 2000, dir. G. Gobeaux
- DUSSOLIER S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Ed. Larcier, 2005
- EDELMAN B., *Le sacre de l'auteur*, Le Seuil, Essai, 2004
- EDELMAN B. et HEINICH N., *L'art en conflits, l'œuvre de l'esprit entre droit et sociologie*, Ed. La Découverte, 2002
- EDELMAN B., *La personne en danger*, PUF, doctrine juridique, 1999
- EDELMAN B. et HERMITTE M.-A., (PRÉS.) : *L'homme, la nature et le droit*, Bourgeois, 1988
- FALQUE-PIERROTIN I., *Internet et les réseaux numériques*, La documentation française, 1998
- FRANÇON A. et PÉROT-MOREL M.-A., *les dessins et modèles en question, le droit et la pratique*, Librairies techniques, collection droit des affaires, étude du CREDA, 1
- FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), *Concurrence, santé publique, innovation et médicament*, LGDJ-lextenso, 2010, coll. Droit et économie 987
- GEIGER C., *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, IRPI, 2004
- PRADELLE G. (de la), *L'homme Juridique*, Maspéro, 1979
- GESLIN M., *Les créations d'employés*, Thèse Montpellier, 1988
- GINOSSAR S., *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ 1960
- P. GIROD, *La réparation du dommage écologique*, LGDJ, 1974, Bibl. de droit public, T.120, préf. R. Drago
- GONÇALVES-GOJOSSO C., *Les risques environnementaux dans l'entreprise sous les aspects pénaux et assurantiels*, Thèse Poitiers, 2006, dir. J. Monnet et L. Leturmy
- GOUBEAUX G., *La règle de l'accessoire en droit privé*, Préf. de D. Tallon, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T.93, 1969
- GOUTAL J.-L. (dir.), *Brevetabilité des logiciels*, Ed. Hermes-Lavoisier, coll. Droit des technologies avancées, Travaux du CUERPI, Vol. 9, n°1-2/2002
- GRARE G., *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, thèse Paris II, 2003
- GRELON B., *Les entreprises de service*, thèse, Economica, 1978
- GROVES P., *Copyright & Designs Law, a question of balance*, Graham & Trotman, 1991, p.38
- HIEZ D., *Etude critique de la notion de patrimoine en Droit privé actuel*, Préf. P. JESTAZ, LGDJ, collection Bibliothèque de Droit privé, T.399, 2003
- HILAIRE J., *Le droit, les affaires et l'histoire*, Economica, 1995, Préf. B. OPPETIT
- HUET-GUYARD J.-M., *La distinction du domaine public et du domaine privé*, thèse, Paris, Domat- Montchrestien, 1939
- HUGON C., *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, Litec, 1993

- HUGUET A., *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur. Etudes sur la loi du 11 mars 1957*. Préf. de René Savatier, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T.30, 1962
- JEAMMAUD A. (DIR), *Les périmètres du droit du travail*, Actes du colloque de Lyon, 16 et 19 octobre 2009, Semaine sociale Lamy, 30 mai 2011
- JOHANSSON A., *La détermination du temps de travail effectif*, LGDJ, Bibliothèque de droit social, coll. Thèses, T. 44, 2006, préf. F. Meyer
- JOSSELIN-GAILL M., *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique*, Joly, 1995
- JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus de droit*, T. Ier de l'essai de téléologie juridique, Dalloz, 1927
- JOUARY P., *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, thèse Paris I, 2002
- KAWAGUCHI H., *The essentials of Japanese Patent law, Cases and Practice*, Kluwer Law international BV, 2007
- LALIGANT O., *Le véritable critère du droit d'auteur : originalité ou création ?* PUF Aix-Marseille, 1999
- LAMBERTERIE I. (de) (dir.), *Le droit d'auteur aujourd'hui*, éditions du CNRS, 1991
- LATREILLE A., *Les mécanismes de réservation et les créations multimédias*, Thèse, Paris-Sud, 1995
- LAVAL L., *Etude sur la nature juridique du contrat de travail*, Thèse Grenoble, 1908
- LE BRIS R-F., *La relation de travail entre époux*, Préf. d'Y. Loussaouarn, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T.68, 1965
- LECLERC P., *Les clientèles attachées à la personne*, Préf. P. Catala, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T.55, 1965
- LEFEBVRE-TEILLARD A., *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996
- LE FLOCH P., *Le fonds de commerce, essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, Préf. de J. PAILLUSSEAU, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T.192, 1986
- LEFRANC D., *La renommée en droit privé*, Defrénois, 2004, coll. Doctorat et notariat, T.8, Préf. H.-J. LUCAS
- LE GOFF J., *Du silence à la parole, une histoire du droit du travail, des années 1830 à nos jours*, Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2004, Préf. P. Waquet, Postface C. CHETCUTI
- LESCUDIER J., *De la notion juridique de salarié*, Thèse, Paris, 1931
- LE TOURNEAU P., *Le parasitisme*, Litec, 1998
- LIBCHABER R., *La recodification du droit des biens, le code civil, 1804-2004, livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004
- LIBCHABER R., *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, 1992, coll. Bibl. de dr. privé, T.225, préf. P. MAYER.
- LINDON R., *Une création prétorienne : les droits de la personnalité*, manuels Dalloz de droit usuel, 1974
- LOISEAU G., *Le nom, objet d'un contrat*, LGDJ, 1997, coll. bibl. de droit privé, T.274, Préf. J. Ghestin
- LUCAS A., *La protection des créations industrielles abstraites*, Librairies techniques, 1975, préf. E. du Pontavice
- LUCAS-SCHLOETTER A., *les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, Cahiers IRPI, n°5, 2004
- LYON-CAEN G., *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990
- LYON-CAEN G., *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, Connaissance du droit, Droit privé, 1995
- MCKEOWN J. S. Fox, *Canadian Law of Copyright & industrial designs*, 3e ed., Carswell, Thomson Professional publishing, 2000
- MAGNIEN P., *Essai sur la notion de salarié*, Thèse Grenoble, 1938
- MAGNIN L., *Know-how et propriété industrielle*, CEIPI, Litec, 1974
- MARTIN J.-P., *Droit des inventions de salariés, France, Allemagne, Royaume-Uni, États-Unis, Japon*, 3^e éd., Litec, coll. Pratique professionnelle, procédure, 2005
- MARTINI A., *La notion de contrat de travail. Étude jurisprudentielle, doctrinale et législative*, Thèse, Paris, 1912
- MARÉCHAL C., *Concurrence et propriété intellectuelle*, Litec, 2008, coll. IRPI, n°32, Préf. G. Bonet
- MIALON M.-F., *Les pouvoirs de l'employeur*, LGDJ, 1996

- MOINE-DUPUIS I. (dir.), *Le médicament et la personne, aspects de droit international*, Actes du colloque des 22 et 23 sept. 2005, Dijon, Litec, 2007, coll. Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, vol. 28
- MOINE I., *Les choses hors commerce, une approche de la personne humaine juridique*, Préf. d' E. Loquin, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T.271, 1997
- MONTELS B., *Contrats de l'audiovisuel*, Litec, 2007, coll. Litec professionnels, n°49
- MORANGE G., *Contribution à la Théorie générale des libertés publiques*, thèse, Nancy, 1940
- MORIN M.-L., *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ 1994, pref. M. DESPAX.
- MOUSSERON J. M., *Le droit du brevet d'invention, contribution à une analyse objective*, Préf. M-H. Cabrillac, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T.23, 1961
- MOUSSERON M., *Les inventions de salariés*, thèse Montpellier, Litec, collection CEIPI, 1995
- NERSON R., *Les droits extra-patrimoniaux*, Thèse Lyon, 1939
- OVERSTAKE J., *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969
- PAILLUSSEAU J., *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, coll. Bibliothèque de droit commercial, T. 18, Librairie Sirey, 1967, préf. Y. Loussouarn
- PARANCE B., *La possession des biens incorporels*, LGDJ-Lextenso, 2008, coll. Bibl. de l'Institut André Tunc, T.15, Préf. L. Aynès et F. Terré
- PARISOT V., *La notion de bien culturel*, thèse, Dijon, 1993
- PEGLOW K., *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, T.402, 2003, préf. J.-B. Blaise
- PÉLISSIER A., *La possession des meubles incorporels*, Dalloz, 2001, préf. M. Cabrillac
- PÉRINET-MARQUET H. (dir.), *Propositions de l'Association Capitant pour une réforme du droit des biens*, LexisNexis, coll. Carré Droit, 2009
- PETIT F., *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, LGDJ, 2000, coll. Bibl. de dr. Privé, T.291, Préf. P. Rodière
- PFISTER L., *L'auteur, propriétaire de son œuvre. La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, Thèse Strasbourg III, 1999
- PIC C. ET KREHER J. *Le nouveau droit ouvrier français dans le cadre de la charte du travail*, LGDJ 1943
- PIERRAT E., *La guerre des copyrights*, Fayard, janv. 2006,
- POLLAUD-DULIAN F., *La brevetabilité des inventions, étude comparative de jurisprudence France – OEB*, Litec, collection Droit des affaires – propriété intellectuelle, publications de l'IRPI n°16, 1997
- POLLAUD-DULIAN F., *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, T. 205, 1989, préf. A. Françon
- POTHIER J., *Œuvres, Traité des personnes et des choses, annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle* par M. Bugnet, 2ème édition, Paris, 1864
- RAYNARD J., *La propriété littéraire et artistique à l'épreuve de la méthode du conflit de lois*, LGDJ, Bibliothèque Droit de l'entreprise T.26, 1991
- REBEYROL V., *L'affirmation d'un droit à l'environnement et la réparation des dommages environnementaux*, Defrénois, 2009, coll. Doctorat et notariat, T.42, préf. G. Viney.
- RECHT P., *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété : histoire et théorie*, LGDJ, Gembloux, éditions J. Duculot, 1969
- REVEY T., *La force de travail, étude juridique*, Litec, 1992, coll. Bibl. de droit de l'entreprise, T. 28, préf. F. Zenati.
- RIDEAU F., *La formation du droit de la propriété littéraire et artistique en France et en Grande-Bretagne, une convergence oubliée*, PUAM, 2004, coll. Histoire du droit
- RIGAUX F.S., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant-Bruxelles, Paris, 1990
- RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955

- RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951
- RIPERT G., *Le déclin du droit, études sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1998 (rééd. 1949)
- RIPERT G., *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Thèse Aix-Marseille, 1902
- ROUBIER P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963
- ROUJOU DE BOUBÉE M.-E., *Essai sur la notion de réparation*, Préf. P. HÉBRAUD, LGDJ 1974
- SALORD G., *La propriété collective des œuvres*, thèse Paris II, 2007
- SARDAIN F., *La propriété intellectuelle à l'épreuve du logiciel : l'exemple des interfaces*, thèse Poitiers, 2002, dir. Gaudrat P.
- SAVATIER R., *Le droit de l'art et des lettres, Les travaux des muses dans les balances de la justice*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Pichon et Durand-Auzias, 1953
- SAVATIER R., *L'exercice libre de l'art et des lettres au regard du droit économique*, München, Verlag Dokumentation, 1970
- SAVATIER J., *Étude juridique de la profession libérale*, LGDJ, 1947
- SAVATIER R., *Avènement et dépassement de la théorie juridique du fonds de commerce*, Gand, Université de Gand
- SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*, Dalloz, 1948
- SAVATIER R., *Le droit comptable du travail humain*, Québec, Faculté de droit de l'Université de Laval, 1967
- SAVATIER R., *L'introduction et l'évolution du bien-clientèle dans la construction du droit positif français*, SI, 1999
- SAVATIER R., *La distinction, en droit français, de l'œuvre collective et de l'œuvre de collaboration*, Berlin, J. Schweitzer, 1972
- SAVATIER R., *L'artiste ou l'écrivain salarié : le problème*, S.I.
- SAYAG A. (dir.), *Le contrat-cadre, T. 1, exploration comparative, France, Allemagne, Italie, Angleterre, États-Unis*, Litec, coll. Le droit des affaires, 1994
- SCHMIDT-SZALEWSKY J., *L'invention protégée après la loi de 1968*
- SERNA M., *L'image des personnes physiques et des biens*, ECONOMICA, collection Droit des affaires et de l'entreprise, série : Recherches, 1997, Préf. de B. Oppetit
- SIMLER C., *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Litec, 2010, coll. CEIPI, T. 55, Préf. C. Caron et avant-propos Y. Reboul
- SIRINELLI P., *Le droit moral de l'auteur dans le droit commun des contrats*, Thèse Paris II., 1985
- SOUBIRAN-PAILLET F., *L'invention du syndicat (1791-1884), itinéraire d'une catégorie juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, recherches et travaux, n°6, 1999
- SOUBIRAN-PAILLET F. et POTTIER M.-L., *De l'usage professionnel à la loi, les chambres syndicales ouvrières parisiennes de 1867 à 1884*, L'Harmattan, 1996, coll. logiques juridiques
- STARCK B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947
- STERLING J. A. L. et CERPENTER M. C. L., *Copyright law in the United Kingdom & The Rights of performers, authors and composers in Europe*, Legal Books, PTY Ltd, 1986
- STROWEL A. (dir.), *Autour de la figure de l'auteur*, Bruylant, 2005
- SUPIOT A., *Critique du droit du travail*, PUF, coll. Quadrige Essais débats, 2^e édition, 2002
- SUPIOT A. (sous la dir.), *Le travail en perspectives*, LGDJ, collection Droit et société, 1998
- TCHOTOURIAN I., *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, T.522, 2011, Préf. Y. Dereu.
- TRÉMORIN Y., *L'immobilisation par destination*, thèse Poitiers, 2000
- VEGTING W.G., *Domaine public et res extra-commercium, étude historique du droit romain, français et néerlandais*, Amsterdam, Paris Sirey, 1948
- VERGNE A., *La notion de Constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, De Boccard, 2006, coll. Romanité et modernité du droit
- VILLEY M., *Critique de la pensée juridique moderne, douze autres essais*, Dalloz, 1976

- VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de la philosophie du droit*, 1961-66, Paris Montchrestien, 1968
- VILLEY M., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 2^e éd., Dalloz, rééd. 2002
- VIRASSAMY G., *Les contrats de dépendance*, LGDJ, 1986
- XIFARAS M., *La propriété, Étude de philosophie du droit*, PUF, collection Fondements de la politique, 2004
- YANNAKOUROU S., *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur, étude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale*, LGDJ 1995, coll. Bibl. dr. privé, T. 247, préf. A. Lyon-Caen
- ZATTARA A.-F., *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, Paris, LGDJ, 2001
- ZENATI F., *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à l'étude du droit subjectif*, Thèse, Lyon, 1981
- ZOLLINGER A., *Droit d'auteur et droits de l'Homme*, LGDJ, 2008, coll. Faculté de droit et Sciences sociales de Poitiers, Préf. P. Gaudrat

Articles, notes et observations

- ALLEAUME C., « Droit d'auteur des journalistes : la révolution en marche », *Legipresse* 2009, 265, II, 121
- ANTUPPAS J., « Propos dissidents sur les droits dits « patrimoniaux » de la personnalité », *RTDcom.* 2012, p.35
- ANTEM D., « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », *Deffrénois*, 2004, p.327
- ANTONMATTE P.-H., « les éléments du contrat de travail », *DS* 1999, p.330
- ARMENGAUD J. et BERTHET-MAILLOLS E., « Enquête sur les pratiques des laboratoires pharmaceutiques : les propos mesurés et constructifs de la Commission européenne », *Propri. Intell.* 2010, p.550
- ARMENGAUD J. et BERTHET-MAILLOLS E., « Du mauvais usage du droit des brevets en matière pharmaceutique, selon le rapport préliminaire de la Commission européenne », *Propri. Intell.* 2009, p.132
- ATIAS C., « Les biens en propre et au figuré : destitution du propriétaire et disqualification de la propriété », *D.* 2004, p.1459
- ATIAS C., « Des vocations à la propriété », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Mélanges Catala*, Litec, p.597
- AUBERT J.-L., « le droit de disposer de l'immeuble », in *Etudes Flour*, Deffrénois, 1979, p.1
- AZÉMA J., « Le droit à attribution des inventions mixtes », in *Les inventions d'employés*, Journées d'actualité du droit de l'entreprise, Montpellier, Librairies Techniques, coll. *Actualités du droit de l'entreprise*, 1979, p.135.
- BABINET F., « dit et non-dit du texte : rapports sociaux et portée juridique de la loi du 21 mars 1884 », in *Convergences, Études Marcel David, Calligrammes* 1991, p.19
- BARBIER R., « La valorisation de la recherche », in *Quel droit pour la recherche*, I. de Lamberterie ET E. Vergès (dir), actes du colloque de Grenoble, 16 et 17 juin 2005, *Litec*, coll. colloques & débats, 2006, p.59
- BARTA J., « Le droit d'auteur et la créativité d'employé », *RIDA* juill. 1984 p.69
- BARTHÉLÉMY J., « La notion de temps de travail, son évolution et sa déclinaison », *JCP S* 2005, 1276
- BARTHÉLÉMY J., « Contrat de travail et activité libérale », *JCP* 1990 G. I. 3450
- BATIFFOL H., « Problèmes contemporains de la notion de biens », in *Arch. Phil. Dr.*, 1979, T.24, p.9
- BÉCOURT D., « Quelques commentaires sur le rapport Gaudrat », *Gaz. Pal.*, vendredi 15 et samedi 16 décembre 2000 p.4
- BÉCOURT D., « La problématique de la rémunération des journalistes dans les nouveaux médias », *D. Aff.*, suppl. du 27 mai 1999, p.168.
- BÉCOURT D., « Droit d'auteur et droit du travail », *JCP* 1988 G. I. 3364
- BENABOU V.-L., « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA* avr. 2002, p.3
- BÉRAUD R., « L'indisponibilité juridique », *D.* 1952, chr. p.187
- BERLIOZ P., « Quelle protection pour les informations économiques secrètes de l'entreprise ? », *RTDcom.* 2012, p.263

- BERNAULT C., « Archives ouvertes et droit d'auteur : un nouveau mode de diffusion des travaux scientifiques », *Propr. Intell.* 2011, p.374
- BERNAULT C., « Le droit d'auteur des enseignants : l'enseignant est-il un fonctionnaire comme les autres ? », *CCE* 2010, études n°6
- BILLIAU M., « Contrefaçon, propriété et responsabilité », *CCE*, sept. 2005, études n°29, n°3
- BINCTIN N., « Le projet de brevet européen à effet unitaire : en attendant un brevet de l'Union ? », *Propr. Intell.* 2011, p.270
- BINCTIN N., « Les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses », *CCE* 2006, études n°14
- BLAISE J.-B., « L'arrêt Magill : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des facilités essentielles », *D. Aff.* 1996, p.859
- BOIZARD M., « La réception de la violence économique en droit », *LPA* 2004, n°120, p. 5
- BONET G., « Abus de position dominante et droits sur les créations : une évolution inquiétante de la jurisprudence communautaire ? », in *Mélanges Colomer*, Litec 1993, p.87
- BOSKOVIC O., « La patrimonialité des droits, brèves observations sur une notion fondamentale », *RRJ* 2005-4, I, p.1783
- BOUDOT M., « Biens de famille », *Rép.Civ. Dalloz*
- BOUTILLIER S., « L'entrepreneur face à la propriété industrielle : histoire et actualité », in B. Laperche (coord.), *Propriété industrielle et innovation, la 'nouvelle économie' fausse-t-elle l'enjeu ?*, L'Harmattan, coll. Économie et Innovation, 2001, p 13.
- BOUVIER O.-L., « La notion de temps de travail effectif : évolutions en droit interne et en droit communautaire », *RJS* 11/05, p.751
- BRINKHOF J., « wish list in the area of patent law », *PIBD* 2004 n°797-II-93
- BRONZO N., « France Brevets, ou le fonds d'investissement qui ne voulait pas être un patent troll », *RLDI* 2012, n°83, p. 79, n°2802
- BRUGUIÈRE J.-M., « Le droit à l'image possible objet de contrat », note sous CA Versailles, 22 sept. 2005 : *Legipresse*, juin 2006, p.109
- BRUGUIÈRE J.-M., « L'immatériel à la trappe ? », *D.* 2006, p.2804
- BRUN A., « Le lien d'entreprise », *JCP* 1962 G. I. 1719
- BRUGUIÈRE J.-M., « Contrat sur l'image : la première chambre civile persiste et signe », *Legipresse*, mai 2010, p.27
- BRUGUIÈRE J.-M., « La patrimonialisation de l'image : état des lieux » : *Legicom* 2009/2 p.19
- BUI-LETURCQ M., « Patrimonialité, droits de la personnalité et protection de la personne, une association cohérente », *RRJ*, 2006-2, p.767
- BUY M., « L'enrichissement sans cause dans les relations de travail », in *Mélanges Béguet*, Faculté de Droit de Toulon et du Var, 1985 p.70
- BUYDENS M. et DUSSOLIER S., « Les exceptions au droit d'auteur : évolutions dangereuses », *CCE* 2001, p.10
- CAPITANT H., « Sur l'abus de droit », *RTDciv.* 1928, p.365
- CARON C., « Abus de droit et droit d'auteur, une illustration de la confrontation du droit spécial et du droit commun en droit civil français », *RIDA* avril 1998, p.3
- CARON C., « Les virtualités dangereuses du droit de propriété », *Defrénois* 1999, doct. et jur. p.897
- CARON C., « Le journaliste, l'œuvre collective et l'Internet ou les méfaits du radicalisme », *CCE*, juillet-août 2000 p.23
- CARON C., « Chronique ordinaire de la titularité des droits d'auteur sur Internet », *Expertises* décembre 2001 p.428
- CARON C., « L'adaptation du droit d'auteur de la création salariée à l'entreprise », *Legicom* n°29, 2003/1, p.20
- CARON C., « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », in *colloque organisé par le CUERPI*, le 28 novembre 2003 à Grenoble, « Propriétés intellectuelles : unité ou diversité. A la recherche d'un droit commun des propriétés intellectuelles », publié in *Cahiers de droit de l'entreprise, JCP E*, suppl. n°4, 14 oct. 2004

- CARON C. « Aspects contemporains de l'usufruit », *Droit et patrimoine*, mai 2005
- CARON C., « Droit moral ou droits moraux », conférence au colloque de Caen, 23 mars 2006, publiée in *LPA*, 2007, n°244, p.28
- CARON C., « Œuvre collective : la rémunération peut être proportionnelle », *CCE*, 2005, comm. n°99
- CARRIÉ L., « Journaliste assimilé : le collaborateur direct de la rédaction », *Legipresse* 2009, 260, III, 59
- CASTRONOVO M., « Clause de clientèle et clause de non-concurrence », *RDT*, 2010, p.507
- CATALA P., « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTDciv.* 1966, p.185
- CEDRAS J., « Les œuvres collectives en droit français » *RIDA* octobre 1979 p.3
- CHAMPAUD C., « Le contrat de société existe-t-il encore ? », in *Le droit contemporain des contrats*, Travaux et recherches de la faculté de Rennes, *Economica*, 1987, p.125
- CHARMONT J., « L'abus de droit », *RTDCiv.* 1902, p.113
- CHATELAIN E., « Esquisse d'une nouvelle théorie sur le contrat de travail conforme aux principes du code civil » *RTDCiv.* 1904 p.313
- CHATELAIN E., « Une application de la nouvelle théorie du contrat de travail », *RTDCiv.* 1905 p.271
- CHATELAIN E., « Remarques sur le contrat de travail », *Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale*, 1905 p.297
- CHATELAIN E., « Un problème de droit : en vertu de quel mode d'acquisition l'entrepreneur est-il propriétaire des produits de l'industrie ? », *Revue critique* 1906, p.99
- CHAUVEL P., « Violence, contrainte économique et lésion », in *Mélanges Sobm*, Presses universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, p.19
- CHERPILLOD I., « Titularité et transfert des droits », in *La nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur*, F. MARCHETTO (dir.), cedidac, n°26, 1994, p.69
- CHILSTEIN D., « les biens à valeur vénale négative », *RTDciv.* 2006, p.663
- CLAUDEL E., « Les droits de propriété intellectuelle confrontés au droit communautaire de la concurrence : l'histoire d'une soumission croissante », *RTDeur.* 2004, p.458
- CLAVIER J.-P., « les principes relatifs à la titularité des droits sur une invention », *RLDI*, mars 2008, p.64
- CLAVIER J.-P., « La protection par brevet des inventions biotechnologiques : le procès du système de brevet », in *Copyright, Copynwrong*, acte du colloque Le Mans- Nantes – Saint-Nazaire, Ed. MeMo, février 2010., p.77.
- COLLOMB G., « La clientèle du fonds de commerce », *RTDcom.* 1979, p.1
- CONDORELLI L., « Article I. du premier protocole additionnel », in *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir), Paris, *Economica*.
- CORNU M., « Droits d'auteur des fonctionnaires : le périmètre contenu de l'exception de service public », *D.* 2006, p.2185
- CORNU M., « L'espérance d'intangibilité dans la vie des œuvres - Réflexions sur la longévité de certains biens », *RTDciv.* 2000, p.697
- CORNU M. « L'accès aux archives et le droit d'auteur », *RIDA* 2003/3, p. 107
- COUTURIER G., « Le contrat de travail en droit français », *RIDC*, 1979 p.533
- CUCHE P., « Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail », *Revue critique* 1913 p.412
- CUCHE P., « La définition du salarié et le *criterium* de la dépendance économique », *DH* 1932 p.101
- DABIN J., « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », *Revue critique* 1939 p.413
- DABIN J. « une nouvelle définition du droit réel », *RTDCiv* 1962 p.20
- DAIGRE J.-J., « L'entreprise unipersonnelle en droit français », *RIDC* 2/1990, p.665
- DAVID A. « Les biens et leur évolution », *Arch. Phil. Dr.*, T.VIII, Sirey, 1963 p.165
- DAVERAT X., « l'impuissance ou la gloire, remarques sur l'évolution contemporaine du droit des artistes-interprètes », *D.* 1991 chr. p.93
- DEBORD F., « le régime du travail dans l'Administration », *Semaine Sociale Lamy*, 30 mai 2011, p.40

- DECOOPMAN N., « la notion de mise à disposition » *RTDCiv.* 1981 p.300
- DE GAULLE L., « La notion de redevance en droit d'auteur », *RIDA* 1/1996, p.69
- DEMOGUE R., « Les souvenirs de famille et leur condition juridique », *RTDCiv.*1928 p.27
- DERIEUX E., « œuvres de commande, liberté de création et droit moral de l'auteur », *RIDA* juillet 1989 p.199
- DERIEUX E., « Droit d'auteur des journalistes et diffusion sur Internet », *JCP G.* 1998 II. 10044
- DERIEUX E., « Le droit d'auteur des journalistes à l'épreuve d'Internet », *JCP G.* 2000 II. 10280
- DERIEUX E., « CJUE et titularité des droits d'exploitation d'une œuvre cinématographique », *RLDI* 2012, n° 82, p. 47, n°2755
- DEROUSSIN D., « Personnes choses, corps », in E. Dockès et G. Lhuillier (dir.), *Le corps et ses représentations*, Litec, 2001, coll. Théories et droit, p.79
- DERRUPÉ J., « L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale, in *L'avenir du droit, Mélanges Terré*, Dalloz-PUF, Juris-Classeur, p.577
- DÉRUPPÉ J., *J.-Cl. Sociétés*, Fasc. 47-10
- DESBOIS H., « La conception française du droit moral de l'auteur », *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruylant, Bruxelles et Sirey, Paris, 1963, TII. p.521
- DESBOIS H., « Commentaire de la loi n°46-682 du 13 avril 1946 », *D.* 1946, lég. p.277
- DESJEU X., « Quelle protection pour le modèle fonctionnel » ? », *Gaz. Pal.* 1981, p.297
- DESJEU X., « Peut-on copier une forme utile ? », *Gaz. Pal.* 1990, I. D. p.3
- DESJEU X., « Le droit de la responsabilité civile comme limite au principe de la liberté du commerce et de l'industrie », *JCP E* 1985 II. 14929
- DESPAX M., « Droit du travail et transformations sociales », in *Études de droit commercial, Mélanges Cabrillac*, Litec, 1968, p.143
- DESPAX M., « L'entreprise en Droit du travail », *Rapport français*, Annales de la Faculté de droit de Toulouse, 1965, T. XIII, fasc. 2, p. 127
- DESSERTAUX M., « Abus ou conflit de droits », *RTDCiv* 1906, p.119
- DIETZ A., « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en Allemagne, critique et prospective, Quatorze thèses », in *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Litec, coll. le droit des affaires, propriété intellectuelle, n°29, 2007
- DIETZ A., « Le concept d'auteur selon le droit de la Convention de Berne », *RIDA* 1/1993, p.3
- DOAT J.-P., « Le renforcement des droits attachés aux créations d'employés : plaidoyers pour une vue unitaire », *Prop. Intell.*, novembre 2001 n°129
- DOCKÈS E., « Essai sur la notion d'usufruit », *RTDCiv.* 1995, p.479
- DOCKÈS E., « Point de vue », *RJS* 1998 p.168
- DOCKÈS E., « Le pouvoir dans les rapports de travail, essor juridique d'une nuisance économique », *DS* 2004, p.620
- DOCKÈS E., « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p.203
- DOCKÈS E., « Rapport de synthèse », in *Actionnaires salariés pour un partage des profits et projets de l'entreprise*, Actes du colloque FAS, Faculté de Droit de Lille, 27 juin 2005, Aumage éditions, 2006, p.149
- DOCKÈS E., « Notion de contrat de travail », *Semaine sociale Lamy*, 30 mai 2011, p.88
- DOCKÈS E., « La liberté d'expression au travail », *Dr. ouvr.* 2011, p.53
- DORMONT S., « La propriété intellectuelle au service de l'intérêt général », *RLDI* 2011, n°77, p.47, n°2583
- DRAI L., « La création salariée au prisme de la rupture du contrat de travail », *Prop. Intell.* 2007, n°23
- DRAGO G., « De quelques apports du droit constitutionnel à une définition de l'entreprise », in *Mélanges Champaud, Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1997, p.299
- DREYER E., « L'énigme du trouble anormal causé par l'image d'une chose », *CCE* 2006, étude n°20

- DREYER E., « Lésion et rémunération forfaitaire de l'auteur », *RDPI* 1997, n° 76, p.44
- DROSS W., « Une approche structurale de la propriété », *RTDciv.* 2012, p.419
- DROSS W., « Le singulier destin de l'article 2279 du Code civil », *RTDciv.* 2006, p.27
- DROSS W. et B. MALLET-BRICOUT, « L'avant-projet de réforme du droit des biens, premier regard critique », *D.* 2009, p.508
- DUCOMTE J.-M., « La Révolution française et la propriété littéraire et artistique » in *Propriété et Révolution*, Actes du colloque de Toulouse des 12-14 octobre 1989, textes réunis par G. Koubi, Paris, *éditions du CNRS*, Toulouse, Service des publications de l'Université de Toulouse I, 1990, p.109
- DUPICHOT J., « Pour une réflexion doctrinale sur la (nécessaire) sanction du parasitisme économique : vers un particularisme des sanctions ou vers un retour au droit commun ? », *Gaz. Pal.* 1987 I. D. p.348
- DURAND P., « La notion juridique d'entreprise », *Trav. Ass. Capitant*, T. 3, 1947, p.56
- DURAND P., « Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail », *JCP* 1944, I. 347
- DURRANDE S. « Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale », *D.*1984 chr. p.197
- DUSSOLIER S., « Le droit de destination : une espèce franco-belge vouée à la disparition », *Propr. Intell.*, 2006, n°20, p.281
- DUSSOLIER S., « Les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », *Propr.intell.*, 2006, n°18, p.10
- EDELMAN B., « Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image » *D.*1970 chr. p.119
- EDELMAN B., « Liberté et création dans la propriété littéraire et artistique », *D.*1970, chr.p.197
- EDELMAN B., « La main et l'esprit », *D.*1980, chr. p.43
- EDELMAN B., « Le droit moral dans les œuvres artistiques », *D.*1982 chr. p.263
- EDELMAN B., « Création et banalité », *D.*1983, chr. p.73
- EDELMAN B., « Nature et sujet de droit », *Droits*, n°1, 1985 p.125
- EDELMAN B., « Sujet de droit et techno science », *Arch. Phil. Dr.*, T.34 Sirey, 1989 p.167
- EDELMAN B., « L'œuvre multimédia, un essai de qualification », *D.* 1995, chr. p. 109
- EDELMAN B., « L'œuvre collective, une définition introuvable », *D.*1998 chr. p.141
- EDELMAN B., « De la liberté et de la violence économique », *D.* 2001, p.2315
- ESCANDE-VARNIOL M.-C., « Sur la qualification juridique des changements d'horaires ou de lieu de travail », *DS* 2002, p.1064
- ESMEIN P., « Une clientèle de profession libérale est-elle un bien patrimoniale ? », *Gaz. Pal.*, 1952 I. D.14
- ESMEIN P., « La commercialisation du dommage moral », *D.* 1954, p.113
- FABRE-MAGNAN M., « Le contrat de travail défini par son objet », in *Le travail en perspectives*, dir. A. Supiot, p.101
- FABRE-MAGNAN M., « Le forçage du consentement du salarié », *Dr ouvr.* 2012, p. 459
- FALCK (VON) A. et SCHMALTZ C., « *A lump sum : a new method for rewarding employees in Germany* », *Patent World*, fév. 2005, n°169, p.18
- FAVENNEC-HÉRY F., « Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif » : *RJS* 2003, p.459
- FAVREAU A., « La valeur sociale des objets de la propriété intellectuelle », *RLDI* 2011, n°77, p.64, n°2585
- FENOLL-TROUSSEAU M.-P., « la rémunération des auteurs sur internet », *CCE* 2001, comm. n°6
- FLAMENT L., « L'étudiant stagiaire », *JCP S* 2007, 1371
- FLOUR J., « Plus-value et fruit des biens indivis », *JCP* 1943 I. 336
- FOYER J., « préface à la deuxième partie Biens », in *Inventer*, centre du droit de l'entreprise de Montpellier, 2001 p.97
- FRANCESCHELLI R. « Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur », *Mélanges Rouhier*, T.II Dalloz-Sirey 1961 p.453
- FRANÇON A., « L'usufruit des créances », *RTDciv.* 1957, p.1

- FRÉMOND P., « Les droits des fonctionnaires ou agents publics ou agents des établissements publics sur les œuvres artistiques créées en leurs services », *Gaz. Pal.* 1978 I. p.50
- FRÉMOND P., « La lésion en matière de droit d'auteur », *Cahier du droit d'auteur*, janv. 1989, p.4
- FREYRIA C., « Le prix de vente symbolique », *D.* 1997, chr. p.51
- FRISON-ROCHE A.-M., « L'évolution conceptuelle et technique du cadre juridique européen et français relatif à la propriété intellectuelle sur les médicaments et le vivant », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, p.289
- FRISON-ROCHE A.-M. ET TERRE-FORNACCIARI D., « Quelques remarques sur le droit de propriété », in *Vocabulaire fondamental du droit, Arch. Phil. Dr.*, tome 35, Sirey 1990, p.233
- FRISON-ROCHE A.-M., « Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, études offertes à P. Catala, Paris, *Litec* 2001, p.759
- GALLOUX J.-C., « De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant », *Droit prospectif, Revue de la recherche juridique*, 1989/3 p.521
- GARRIGUES B., « La contre-prestation du franc symbolique », *RTDciv.* 1991, p.459
- GARRON R. « Influence de la destination sur le régime juridique des droits », *D.*1965 chr. p.191
- GARY O'NEILL T., « Law and practice of employee inventions in Canada », in *Symposium on employee inventions, Bucharest, October 6 & 7, 1992, organized by the State office for Inventions & Trademarks of Romania in cooperation with the WIPO*, p.115
- GAUBIAC Y., « L'assiette de la rémunération proportionnelle selon la loi française sur le droit d'auteur », in *Mélanges Françon*, Dalloz 1995, p.163
- GAUDRAT P., « V° Propriété littéraire et artistique, 1^{ère} partie, la propriété des créateurs », *Rép. droit civil*, Dalloz.
- GAUDRAT P., « V° Propriété littéraire et artistique, 2^e partie, Droits des exploitants », *Rép. droit civil*, Dalloz.
- GAUDRAT P., « Le point de vue d'un auteur sur la titularité », in *Le droit d'auteur aujourd'hui*, I. de Lamberterie (dir.), éditions du CNRS, 1991 p.143
- GAUDRAT P., « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », *Mélanges Françon*, Dalloz 1995, p.195.
- GAUDRAT P., « Brèves observations sur le régime de l'œuvre multimédia », *RTDcom.*, 2000 p.99
- GAUDRAT P., « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », *RIDA*, 4/2001, p.71
- GAUDRAT P., « Droits des auteurs, droits moraux, théorie générale du droit moral », *Encyclopédie Juris-Classeur Propriété littéraire et artistique*, Fasc. n°1210,
- GAUDRAT P., « droits des auteurs, droits moraux, droit de divulgation », *J-Cl Propriété littéraire et artistique*, fascicule n°1211,
- GAUDRAT P., « A la poursuite de l'œuvre multimédia », *Droit des technologies avancées* n°5 Mars 2002 p.15
- GAUDRAT P., « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la 'société de l'information'// L'inversion du paradigme propriétaire », *RTDCom* 2003, p.285
- GAUDRAT P., « Le droit d'auteur au lendemain de la transposition : Titre 1^{er} de la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 », *RTDcom.* 2006, p.814
- GAUDRAT P., « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTDcom.* 2009, p.323
- GAUDRAT P., « Objet du droit d'auteur, œuvres protégées, notion d'œuvre », *Juris-Classeur Propriété Littéraire et Artistique*, fasc. n°1134, 2009, n°116
- GAUDRAT P., « La qualification juridique des jeux vidéo », *RTDcom.* 2010, p. 319
- GAUDRAT P. et SARDAIN F., « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur », *CCE* 2005, étude 17
- GAUDU F., « L'organisation du marché du travail », *DS*, 1992, p.941
- GAUDU F., « La Sécurité sociale professionnelle, un seul lit pour deux rêves », *DS* 2007, p.393
- GAUDU F., « De la flexicurité à la sécurité sociale professionnelle. L'emploi entre mobilité et stabilité », *Formation emploi* 2008, p.71, disponible sur <http://formationemploi.revues.org/1052>

- GAULLIER F. et VERCKEN G., « Rémunération proportionnelle des auteurs : atténuations et remises en cause du principe de l'assiette prix public hors taxes », *Propr. Intell.* 2006, p.155
- GAUTIER P.-Y., « Le droit subjectif sur l'image d'un bien, ou comment la Cour de cassation crée de la 'para-propriété intellectuelle' », *JCP G* 1999 II 10078
- GAUTIER P.-Y., « Le contrat bouleversé : de l'imprévisibilité en droit des propriétés littéraire et artistique », *D.* 1990, chr. p.130
- GAUTIER P.-Y., « L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculéiens et des Sabinien », *D.* 1988, chr. p.152
- GAUTREAU M., « Un principe contesté : le droit pécuniaire de l'auteur salarié ou fonctionnaire » *RIDA* 2/1975 p.165
- GENDREAU Y., « Genèse du droit moral dans les droits français et anglais », *Droits prospectifs, revue de la recherche juridique*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1988/1
- GENDREAU Y., « Synthèse possible ou impossible du droit civil et de la *common law* – l'exemple du Canada », in *La mise en œuvre des droits d'auteurs, le rôle de la législation nationale en droit d'auteur*, Congrès de Berlin, 16-19 juin 1999, *ALAI* 2000, p.355
- GENDREL M. ET LAFARGE P., « Lien de subordination et lois sociales dans les professions du spectacle », *Gaz. Pal* 1952 II. D. p.40
- GÉNY F., « Une théorie nouvelle sur les rapports juridiques issus du contrat de travail », *RTD Civ.* 1902, p.333
- GERMAIN M., « Les droits politiques des actionnaires », in *Le salarié, sujet de droit des sociétés*, Actes du colloque de la Faculté de droit de Caen, 20 novembre 2004, *Bull. Joly Sociétés*, n°spécial, juill. 2005, p.39
- GILLIÉRON P., « Open source et droit des brevets », *revue Lamy droit de l'immatériel*, 2007, n°24, p.67
- GINOSSAR S., « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD Civ.* 1962, p.573
- GIRAUDET C., « Laprotection du travailleur économiquement dépendant », *Semaine sociale Lamy*, 30 mai 2011, p. 80
- GOTZEN F. et JANSSENS M.-C., « Les chercheurs dans les universités et les centres de recherche : un cas particulier du droit d'auteur des salariés ? étude en droit français et belge », *RIDA* 1995 p.3
- GOUTAL J.-L., « La protection juridique des logiciels », *D.*1984 chr. p.197
- GOUTAL J.-L., « présomption de titularité des droits d'exploitation au profit des personnes morales : la Cour de cassation maintient sa jurisprudence », *RIDA* 1/1998 p.65
- GRAS F., « extension de l'accord sur les journalistes professionnels rémunérés à la pige : un vaudeville social », *Legipresse*, 2011, 279, chr., p.24
- GRAS F., « Le journalisme en ligne ou la victoire de la tautologie », *Legipresse* 2010, 271, II, 53
- GRAS F., « Nouvelles pierres à l'édifice jurisprudentiel du statut du journaliste pigiste », *Legipresse* 2009, III, 241
- GREFFE F., « Les dessins et modèles et les droits de propriété artistiques », in *Mélanges Mathély*, Litec 1990, p.173
- GREHANT B., « Rémunération des inventeurs salariés : un point de vue industriel », *Propr. ind.* 2006, études n°13
- GROUDEL H. « Le critère du contrat de travail », in *Tendances du droit du travail français contemporain, études offertes à Gh Camerlynck*, Dalloz 1978 p.49
- GRZEGORCKY C. « Le concept de bien juridique : l'impossible définition » *Arch. Phil. Dr.*, T.24 Sirey 1979 p.259
- GUITI J., « Presse audiovisuelle et internet : Vers un refus de principe de l'œuvre collective », *Expertises*, mars 2002 p.106
- GUGLIELMI G.-J., « L'introuvable principe de gratuité du service public », in G Koubi et G.J. Guglielmi (dir.), *La gratuité, une question de droit ?*, *L'Harmattan*, 2003, coll. Logiques juridiques, p. 39
- HALLOUIN J.-C., « L'exercice des prérogatives par les salariés actionnaires, droits financiers et patrimoniaux », in *Le salarié, sujet de droit des sociétés*, Actes du colloque de la Faculté de droit de Caen, 20 novembre 2004, *Bull. Joly Sociétés*, n°spécial, juill. 2005, p.44
- HASSLER J. et LILTI M., « Diffusion sur internet : deux points de vue sur la rémunération », *Expertises*, juin 1998, p.168

- HECQUARD-THERON M., « De l'intérêt collectif », *AJDA* 1986, p.71
- HEIMBACH K. J., « *Law and practice of employee inventions in Germany* », in *Symposium on employee inventions*, Bucharest, October 6&7, 1992, organized by the State Office for Inventions & Trademarks of Romania in cooperation with the WIPO, p.43.
- HENRY C., « Développement durable et propriété intellectuelle. Comment l'Europe peut contribuer à la mise en œuvre des ADPIC », in *Droit et Economie de la propriété intellectuelle*, p.223
- HERMITTE M.-A., « Le corps hors du commerce et hors du marché », *Arch. Phil. Dr.* T. 33, 1988, p.323
- HERMITTE M.-A., « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation : l'exemple des droits intellectuels », *Arch. Phil. Dr.*, T.30, « La Jurisprudence », Sirey, 1985 p.331
- HUMBLLOT B., « Droit des brevets : éloge posthume de la licence obligatoire de dépendance », *RLDI* 2012, n°83, p.69, n°2801
- HUGENHOLTZ B., « Why the Copyright Directive is Unimportant and Possibly invalid », *EIPR* 2000, p.499
- HUGON C., « L'œuvre multimédia, le critère de l'interactivité consacrée par la Cour de cassation », *CCE*, 2003, étude n°21
- JACK K. « Les conventions relatives à la personne physique » *Revue Critique*, 1933 p.363
- JAMBU-MERLIN R. « Les travailleurs intellectuels à domicile » *DS* 1981 p.561
- JAMBU-MERLIN R., « Le navire, hybride de meuble et d'immeuble », in *Etudes J. Flour*, Defrénois, 1979, p.305
- JAVILLIER C., « Fidélité et rémunération », *DS* 1991 p.386
- JEAMMAUD A., « Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement », in *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Actes du colloque organisé par l'AFDT, en l'honneur de Gérard Lyon-Caen, Paris, 13 mai 2005, p.15.
- JEAMMAUD A., « Proposition pour une compréhension matérialiste du droit du travail », *DS* 1978 p.337
- JEAMMAUD A., « Les fonctions du droit du travail », in *Le droit capitaliste du travail*, PUF de Grenoble, 1980
- JEAMMAUD A., « Les principes dans le droit français du travail », *DS* 1982 p.607
- JEAMMAUD A., « Les polyvalences du contrat de travail » in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989 p.299
- JOBERT A., « Légimité de la branche et diversité des usages », in *La négociation à l'heure des révisions*, G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac et I. Vacarie (dir), Dalloz 2005, coll. thèmes et commentaires, actes du colloque du 11 juin 2004, p.79.
- JOSSERAND L., « La personne humaine dans le commerce juridique », *DH* 1932 p.1
- JULIEN P., « Les clientèles civiles, remarque sur l'évolution de leur patrimonialité », *RTDCiv* 1963 p.213
- KAYSER P., « Le droit dit à l'image », *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, T. II. Dalloz-Sirey 1961 p.73
- KAYSER P., « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *RTDCiv* 1971 p.445
- KENDÉRIAN F., « Le fondement de la protection de l'image des biens : propriété ou responsabilité ? », *D.* 2004, p.1470
- KÉRÉVER A., « Un aspect de la loi du 3 juillet 1985 : la modernisation de la loi du 11 mars 1957 », *RIDA* 1/1986, p.69
- KÉRÉVER A., « Le droit d'auteur français et l'État », *RIDA*, 4/1981, p.3
- KLINE R. C., « *Law and practice of employee inventions in the united state of america* », in *Symposium on employee inventions*, Bucharest, October 6 & 7, 1992, organized by The State Office for Inventions & Trademarks of Romania in cooperation with the WIPO, p.67
- KOUMANTOS G., « La nouvelle loi hellénique sur le droit d'auteur et les droit voisins », *RIDA* janv. 1994
- LAGARDE X., « Prix et salaire », *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p.527 ;
- LAITHIER Y.-M., « Remarques sur les conditions de la violence économique », *LPA*. 2004, n°233, p. 5 et n°234, p.5

- LALIGANT O., « Fragment d'un discours sur la notion d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur : œuvre et réalisation », *Revue la recherche juridique : droit prospectif*, 1994-3 p.887
- LAMBERT T., « L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux », *Rev. sociétés*, 1993, p.11
- LAMBOT G., « L'agent public, l'auteur et la libre réutilisation des informations publiques », *RLDI* 2011, n°73, p. 95, n°2440
- LANGLOIS P., « Le pouvoir d'organisation et les contrats de travail », *DS* 1982 p.83
- LAPORTE-LEGEAIS M.-E., « Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle », *JCP G* 1991 I 3540, p.391
- LAPORTE-LEGEAIS M.-E., « Etendue du droit de divulgation de l'œuvre posthume », *JCP E* 2010, 1602
- LAPORTE-LEGEAIS M.-E., « Preuve de l'originalité par présomption », *JCP E* 2010 1691
- LAPOUSTERLE J., « Droits d'auteur des journalistes : de l'orthodoxie au pragmatisme », *Legipresse* 2010, n° 270, II, p.37
- LATREILLE A., « La notion d'œuvre collective ou l'entonnoir sur la tête », *CCE*, 2000 p.15
- LATREILLE A., « L'histoire de la photographie, reconnaissance et protection – Une nouvelle œuvre de l'esprit – approche juridique », communication lors du colloque « L'originalité en photographie », 31 mai 2010, Paris-Palais du Luxembourg, actes publiés in *RLDI*, avril 2011
- LATTES J.-M., « Le corps du salarié dans l'entreprise », in *Mélanges Despax*, PUF des sciences sociales de Toulouse, 2001, p.333
- LE CANNU P., « Les rides du capital social », in A. Couret et H. Le Nabasque (dir.), *Quel avenir pour le capital social ?* Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004, p.3
- LECLERCQ P., « L'information est-elle un bien ? », avec le concours de Pierre Catala, in *Droit et informatique : L'hermine et la puce*, éd. Masson, 1992, coll. F. R. Bull, Préf. J. Carbonnier, p.91
- LÉGER J.-M., « La cession légale des droits d'auteur des journalistes : considérations pratiques sur les contributeurs et œuvres visés par le texte », *RLDI* 2012, perspectives n° 2569
- LEMASURIER M., « Le statut du journaliste en France », *DS* 1956 p.401
- LEMENNICIER B., « Le corps humain : propriété de l'Etat ou propriété de soi », in *Droits*, 1991 n°13, p.111
- LE NABASQUE H., « La fin de la connexion apports/capital ? » in *Quel avenir pour le capital social ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004, p.124
- LE NABASQUE H., « Les actions sont des droits de créances négociables », *Mélanges Guyon*, Dalloz 2003
- LENOIS C. et WALLON B., « Informatique, travail et liberté », *DS* 1988 p.225
- LE ROY J.-M., « Tout ce que vous avez toujours voulu savoir sur les droits d'exploitation d'une œuvre cinématographique (sans jamais oser le demander...) », *RLDI* 2012, n°82, p.52, n°2756
- LE STANC C. et PRUM A., « Les droits en France du créateur d'informations », *RIDE* 1989/2 p.211
- LE TOURNEAU P., « Très brèves observations sur la nature des contrats relatifs aux logiciels » *JCP N* 1982 I. 220
- LE TOURNEAU P., « Du nouveau sur la protection du logiciel et la protection des idées » *Revue juridique et commerciale* 1984 p.65
- LE TOURNEAU P., « Du mérite et des vertus de la responsabilité civile », *Gaz. Pal.* 1985 I. D.p.283
- LE TOURNEAU P., « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin) », *RTDciv.* 1988 p.506
- LIBCHABER R., « V° Biens », *Répertoire civil dalloz*, 2002
- LIBCHABER R., « L'usufruit des créances existe-t-il ? », *RTDciv.* ; 1997, p.615
- LINDON R., « L'idée artistique fournie à un tiers en vue de sa réalisation », *JCP* 1970 I. 2295
- LIOTARD I., « Les brevets sur les méthodes commerciales : état des lieux et perspectives économiques », *Propr. Intell.* 2004, n°11 p.615
- LOISEAU G., « Typologie des choses hors du commerce », *RTDciv.* 2000, p.47
- LOISEAU G., « Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français », *Revue de droit de McGill*, 1997, vol. 42, p ; 319

- LUCAS A., « Objet du droit d'auteur, Titulaires du droit d'auteur, règles générales », fascicule 1185, *Encyclopédie Propriété littéraire et artistique*, Juris-Classeur, actualisé par C. BERNAULT
- LUCAS A., « L'assiette de la rémunération proportionnelle due par l'éditeur », *D.* 1992, chr. p.269
- LUCAS A., « Les logiciels créés par des salariés », *Expertises* 1990 p.190
- LUCAS F.-X., « la distinction des titres de capital et des titres de créances », in A. Couret et H. Le Nabasque (dir.), *Quel avenir pour le capital social ?* Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004 p.21
- LUCAS F.-X., « Retour sur la notion de valeurs mobilières », *Bull. Joly sociétés* 2000, p.765
- LUCAS DE LEYSSAC M.-P., « L'arrêt bouquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constituent pas des contrefaçons », *Revue de science criminelle* 1990 p.507
- LYON-CAEN A., « La révision du droit de la négociation collective, observations de méthode », in G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac et I. Vacarie (dir.), *La négociation à l'heure des révisions*, Dalloz 2005, coll. thèmes et commentaires, actes du colloque du 11 juin 2004, p.1
- LYON-CAEN G., « L'entreprise dans le droit du travail », *Études de droit contemporain, travaux et recherches de l'institut de droit comparé de Paris*, 1966 p.323
- LYON-CAEN G., « Fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Dr. Ouvr.* 1951, p.1
- LYON-CAEN G., « Les clauses restrictives de la liberté du travail (clauses de non-concurrence ou clauses de non réembauchage) », *DS* 1963 p.88
- LYON-CAEN G., « La publication des cours de professeurs d'Université », *RIDA*, 2/1967, p.13
- LYON-CAEN G., « Défense et illustration du contrat de travail » *Arch. Phil. Dr.*, T.13, Sirey 1968 p.59
- LYON-CAEN G., « La liberté du travail et le droit français du travail » in *La liberté du travail*, Université de Liège, 1969 p.19
- LYON-CAEN G., « Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail » in *Hommages à Paul Orion*, Faculté de droit de Liège, 1972 p.173
- LYON-CAEN G., « les principes généraux du droit du travail » in *Tendances du droit du travail français contemporain, Études offertes à G. Camerlynck*, Dalloz 1978 p.35
- LYON-CAEN A., « L'égalité et la loi en droit du travail », *DS* 1990 p.68
- MACKAAY E., « On property rights and their modification » in *Economic policy and applied economics*, disponible sur <https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/88/1/0043.pdf>
- MACKAAY E., « The economics of intellectual property rights in civil law systems », disponible sur <https://depot.erudit.org>
- MACKAAY E., « La propriété intellectuelle et l'innovation – Analyse économique du droit », in *Droit & Patrimoine*, Dossier Propriétés intellectuelles : le droit favorise-t-il l'innovation ?, actes du colloque de Sciences Po du 22 mai 2003 (sic), octobre 2003, p.59
- MACKAAY E., « L'économie des droits de propriété émergents sur l'Internet », in *Cahiers de propriété intellectuelle*, 1997, 9/3, p.281, disponible sur <http://www.robic.ca/cpi/Cahiers/09-2/04MackaayW97.htm>
- MACKAAY E., « La possession paisible des idées : toute information doit-elle faire l'objet d'un droit de propriété ? » *JCP* 1984 I. 3132
- MALECKI C., « L'apporteur en savoir-faire : du mal-aimé au bien-aimé ? », *Bull. Joly Sociétés*, 2004, p.1169
- MARECHAL C., « L'évaluation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon », *RTDcom.* 2012, p.245
- MARTIN D.R., « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *D.* 1996, chr. p.47
- MARTIN D.R., « De l'inscription en compte d'actifs scripturaux », *D.* 1998, chr. p.15
- MARTIN D.R., « Valeurs mobilières : défense d'une théorie », *D.* 2001, chr. p.1228
- MARTIN D.R., « De la revendication des sommes d'argent », *D.* 2002, chr. p.3279
- MARTIN D.R., « Du corporel », *D.* 2004, p.2285
- MARTIN D.R., « La théorie de la scripturalisation », *D.* 2005, chr. p.1702

- MARTIN J.-P., « La compétence de la Commission nationale des inventions de salariés en matière de brevetabilité » *JCP G* 1984, II
- MARTIN J.-P., « Rémunération et fiscalité des inventions de salariés en France », *Gaz.Pal.*, 1988, II. p.718
- MARTIN J.-P., « Rémunération de l'inventeur salarié : un tournant ? », *RDPI* 1998, n°89, p.5
- MARTIN J.-P., « La directive européenne du 29 avril 2004 visant au respect des droits de propriété intellectuelle : aboutissement ou point de départ ? » : *Propr. Ind.*, 2004, Etudes n°16
- MARTIN J.-P., « Les rémunération d'inventions de mission du secteur privé : une loi pour réduire les distorsions avec le secteur public », *Propr. Ind.* 2006, Etudes n°1
- MARTIN J.-P., « Inventions de salariés : bilan de la jurisprudence 2006 », *Propr. ind.* 2007, études n°7
- MARTIN R., « De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété », *RTDciv.* 1975, p.52
- MARTIN R., « Personne, corps, volonté », *D.* 2000, chr. p.505
- MASSA C.-H. et STROWEL A., « La proposition de directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle : déchirée entre le désir d'harmoniser les sanctions et le besoin de combattre la piraterie », *CCE*, 2004, chr. n°4
- MATHYSSENS J., « Sanction de la lésion dans les contrats relatifs au droit d'auteur », *RIDA* oct. 1959, p. 73
- MBOMGO P., « Réflexions sur l'impunité de l'écrivain et de l'artiste », in *Légipresse*, 2004, n°213, II, p.85
- MEL J., « Les créations de fonctionnaires », *CCE* 2006, étude 31
- MÉMÉTEAU G., « L'appropriation ou des Rattenfänger von Hamein », *RRJ* 1996, p.447
- MERGES R. P. et NELSON R. R., « On the complex economics of patent scope », *Columbia Law review*, 90 (4), p.839
- MESTRE J.-L., « Le conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *D.* 1984, chr. p.1
- MEVORACH N., « Le patrimoine », *RTDciv.* 1936, p.811
- MEYER I., « Le casse-tête du statut juridique adapté au jeu vidéo », *RLDI* 2011, n°71, p.65, n°2366
- MITSUO Y., « Law and practice of employee inventions in Japan », in Symposium on employee inventions, Bucharest, october 6 & 7, 1992, organized by The State Office for Inventions & Trademarks of Romania in cooperation with the WIPO p.170
- MORANGE J., « La déclaration et le droit de propriété », *Droits* 1988, n°8, p.110
- MOREL R., « les conventions collectives de travail et la loi du 25 mars 1919 », *RTDciv.* 1919, p.417
- MORIN M.-L., « Louage d'ouvrage et contrat d'entreprise », in *Le travail en perspectives*, sous la direction d'Alain Supiot, *LGDJ*, collection Droit et société, 1998, p.125
- MORIN M.-L., « Crise de la société salariale et transformations des relations contractuelles », *document de travail* LIHRE, Université de Toulouse, 1997
- MORIN M.-L., « Sous-traitance et relations salariales ; aspects de droit du travail », *Travail et Emploi*, n°60, 3, 1994
- MOULY C., « La propriété », in *Droits et libertés fondamentaux*, sous la direction de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et T. Revet, Paris, Dalloz, 4^{ème} édition, 1997, p.475
- MOULY J., « Les modifications disciplinaires du contrat de travail. Chronique d'humeur à propos d'un revirement », *D.* 1999, p.359
- MOULY J., « Disciplinaires donc non contractuel », *DS* 2003, p.395
- MOULY J., « Une nouvelle création prétorienne à la charge de l'employeur : l'obligation de protection juridique du salarié », *D.* 2007, p.695
- MOURON P., « Droit d'auteur des journalistes et pluralisme de la presse écrite », *Légipresse* 2011 280, chr. p.90
- MOUSSERON J.M., « Entreprise, parasitisme et droit », Rapport aux entretiens de Nanterre du 3 et 4 avril 1992, in *Inventer*, Centre du Droit de l'entreprise, 2001, p.147
- MOUSSERON J. M., « Valeurs, biens, droits », *Mélanges André Breton et François Derrida*, Dalloz 1991 p.277 ; in *Inventer*, Centre du Droit de l'entreprise, 2001, p.131
- MOUSSERON J.M., RAYNARD J. et REVET T., « De la propriété comme modèle », *Mélanges Colomer*, Litec, 1993, p.281.

- MOUSSERON J.M. et SCHMIDT J., « les créations d'employés », *Mélanges Mathélys*, Litec, 1990, p.273
- MOUSSERON J. M., « Pour un aménagement de l'auteur salarié au regard de la propriété intellectuelle », *JCP E* 1998 p.1047
- MOUSSERON J.M., « Les inventions de salariés après la réforme des 13 juillet 1978, 4 septembre 1979 et 4 août 1980 », *RTDCom* 1980 p.185
- MOUSSERON J.M., « Les inventions d'employés », *RTDCom* 1965 p.547
- MOUSSERON M., « La commission nationale des inventions de salariés », *Droit des brevets*, 1994, III, p.27
- MOUTOUH H., « Le propriétaire et son double, variations sur les articles 51 et 52 de la loi du 29 juillet 1998 », *JCP* 1999, I. 146
- NAUMAN S., « La brevetabilité des méthodes commerciales en Europe », *JCP E* 2000 p.1853
- NELSON R.R., « The market economy, and the Scientific Commons », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, p.27
- NURIT-POINTIER L., « Repenser les apports en industrie », *LPA*, 3 juill. 2002, n°132, p.4
- OBERTHUR J.-P., « La révision du prix de cession du droit d'auteur en publicité », *RIDA* oct. 1985, p. 45
- PAILLUSSEAU J., « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP E* 1984, I, 3148
- PARLEANI G., « Violence économique, vertus contractuelles, vices concurrentiels », in *Mélanges Guyon*, Dalloz, 2003, p.881
- PASSA J., « Les divergences dans la définition de l'acte de contrefaçon dans les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle », in actes du colloque organisé par le CUERPI, le 28 novembre 2003 à Grenoble, « Propriétés intellectuelles : unité ou diversité. A la recherche d'un droit commun des propriétés intellectuelles », publié in Cahiers de droit de l'entreprise, *JCP E*, suppl. n°4, 14 oct. 2004, p.23 ; *Propr. Intell.* 2004, n°10, p.513
- PÉPIN R., « La notion d'inventeur dans le contexte universitaire », *Lex Electronica*, vol. 11 n°3 (Hiver 2007) : <http://www.lex-electronica.org/articles/v11-3/pepin.pdf>
- PÉROT-MOREL M.-A., « La double protection des dessins et modèles », in *Le droit d'auteur aujourd'hui*, édité par I. de Lamberterie, éditions du CNRS 1991 p.117
- PETEL-TEYSSIE I., « Louage d'ouvrage et d'industrie – Contrat de travail : généralités – Prohibition de l'engagement perpétuel », *Juris-Classeur Civil*, Art. 1780, Fasc. B., 1991
- PEYRE J., « Droit de la propriété intellectuelle/droit de la concurrence : attente d'un dénouement dans les Affaires IMS et Microsoft » *revue Lamy Concurrence*, nov. 2004, n°9, p.26
- PIATTI M.-C., « La copropriété intellectuelle », in colloque organisé par le CUERPI, le 28 novembre 2003 à Grenoble, « Propriétés intellectuelles : unité ou diversité. A la recherche d'un droit commun des propriétés intellectuelles », publié in Cahiers de droit de l'entreprise, *JCP E*, suppl. n°4, 14 oct. 2004, p.7
- PIC P., « les règlements d'atelier, la protection légale des salaires et le délai-congé », *RTDciv.* 1912, p.861
- PIEDELIEVRE A., « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », in *Mélanges de Juglart*, p.55
- PIGNARRE G., « L'obligation de sécurité patronale entre incertitudes et nécessité », *RDT* 2006, p.150
- PIRIOU F.-M., « Le droit moral à l'épreuve des relations auteur/personne morale », *RIDA* 4/2001 p.245
- POLLAUD-DULIAN F., « Droit moral et droits de la personnalité », *JCP G* 1994, I, 3780
- POLLAUD-DULIAN F., « Les auteurs de l'œuvre audiovisuelle », *RIDA* juill. 1996, p.51
- POLLAUD-DULIAN F., « Ombre et lumière sur les droits d'auteur des salariés », *JCP G* 1999 I. 150
- POLLAUD-DULIAN F., « De la prescription en droit d'auteur », *RTDciv.* 1999, p.585
- POLLAUD-DULIAN F., « Propriétés intellectuelles et travail salarié », *RTDcom.* 2000, p.273
- POLLAUD-DULIAN F., « L'existence d'un contrat de travail n'empêche pas de déroger à la jouissance des droits de propriété intellectuelle », *JCP G*. 2002 II. 10414
- PONCELET C., « Intervention en ouverture du colloque », in *Actionnariat salarié, Participation et intéressement dans les Entreprises, quel avenir ?*, Journée d'étude organisée par la FAS, Palais du Luxembourg, Paris, 18 mars 2010, Aumage éditions, 2010, p.15

- POUMAREDE J., « De la difficulté de penser la propriété (1789-1793) », in *Propriété et Révolution*, Actes du colloque de Toulouse des 12-14 octobre 1989, textes réunis par G. Koubi, Paris, éditions du CNRS, Toulouse, services des publications de l'Université de Toulouse I, 1990 p.27
- PRIESTLEY T., « A propos du « contrat d'activité » proposé par le rapport Boissonat », *DS* n°12 décembre 1995
- QUAEDVLIEG A., « Salaire, profit, propriété intellectuelle. Observations générales sur le droit du travail, le droit de la propriété intellectuelle et le droit des sociétés », *Les cahiers de propriété intellectuelle*, vol. 11, n°3, p.729
- RACINE J.-B., « La notion de prix en droit contemporain des contrats », *RIDE* 1999, p.81
- RAYNARD J., « Créations et inventions de salariés : une divergence irréductible ? », colloque organisé par le CUERPI, le 28 novembre 2003 à Grenoble, « Propriétés intellectuelles : unité ou diversité. A la recherche d'un droit commun des propriétés intellectuelles », publié in *Cahiers de droit de l'entreprise, JCP E*, suppl. n°4, 14 oct. 2004, p.13
- RAYNARD J., « Du nouveau droit français des dessins et modèles, de l'influence de l'ordonnance du 25 juillet 2001 sur le principe de l'unité de l'art », *Propr. Ind.*, avr. 2002 p.9
- RAYNARD J., « Propriétés incorporelles un pluriel bien singulier », *Mélanges Burst*, Litec, 1997, p.527
- REMY P., « La propriété privée considérée comme un droit de l'homme », in *La protection des droits fondamentaux*, Actes du colloque organisé à Varsovie des 9 au 15 mai 1992 par les Facultés de Droit de Varsovie et de Poitiers, Paris, PUF 1993, p.123
- RENOUX-ZAGAME M-F., « Du droit de Dieu au droit de l'homme : sur les origines théologiques du concept moderne de propriété », *Droits* 1985 n°1 p.17
- RENOUX-ZAGAME M-F., « Histoire du droit de la propriété », *Revue Administrer* déc. 1989, p.13
- REMET T., « L'objet du contrat de travail », *DS* 1992 p.859
- RIPERT G., « le statut du fermage. Du droit contractuel au droit de l'entreprise », *D.* 1946, chr. p.1
- RIPERT G., « Le prix de la douleur », *D.* 1948, chr. p. 1
- ROMET I., « La saisie-contrefaçon, unité et diversité : neuf propositions pour harmoniser la saisie-contrefaçon », p.29
- ROTONDI M., « le rôle de la notion de l'abus du droit », *RTDciv.* 1980, p.66
- ROUBIER P., « Les inventions d'employés », *DS* 1945, p.356 et 460
- ROUSSEL GHISLAIN, « Le droit d'auteur des auteurs salariés et employés : étude comparative des législations nationales », *Droit d'auteur*, juillet-août 1990 p.232
- ROUSSINEAU T., « Droit patrimonial à l'image : encore un rendez-vous manqué », *Legipresse*, 2009, 262, III, 109
- ROY-LOUSTAUNAU C., « Contrat de travail à durée déterminée : requalification-sanction et qualification », *DS* 2003, p.465
- RUBELLIN-DEVICHI J., « la gestation pour le compte d'autrui », *D.*1985, chr.p.147
- RUETE M., « The German employee-invention law : an outline », in J. Phillips (ed.), *Employees'Inventions, a comparative study*, Fernsway Publications, 1981, p.180
- SAINT-HALARY-HOUIN C., « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du code civil », *RTDcom.* 1979, p.645)
- SAINT-JOURS Y., « De l'obligation contractuelle de sécurité de résultat de l'employeur », *D.* 2007, p.3024
- SARDAIN F., « La qualification logicielle des jeux vidéo : une impasse pour le multimédia », *JCP E* 2001, p. 312
- SAVATIER R., « La nature juridique et les caractères nouveaux du droit à un bail rural », *D.* 1946, chr. p.41
- SAVATIER R., « De sanguine jus », *D.*1954, chr. p.141
- SAVATIER R., « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTDciv.* 1958 p.331
- SAVATIER R., « Le droit et l'échelle des valeurs », in *Mélanges Roubier*, p.441
- SAVY R., « La constitution des juges », *D.* 1983, chr. p.105
- SAYAG A., « L'entreprise individuelle : faux débats et vraies questions », in *Mélanges Rodière*, p.289

- SCHMIDT J., « La notion d'invention face aux développements technologiques », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, p.243
- SCHOETTL J.-E., « L'administration dispose-t-elle d'un droit d'auteur ? », *Droit de l'informatique et telecoms*, 1988/4 p.6
- SCORDAMAGLIA V., « Un nouveau venu dans le monde de la propriété intellectuelle : le dessin ou modèle communautaire non enregistré », *Propr. Ind.*, avr. 2002 p.6
- SÉCHIER-DECHEVRENS J., « Vers un déséquilibre contractuel de la clause de non-concurrence », *D.* 2006, p.1357
- SÉRIAUX A., « La notion juridique de patrimoine, brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994, p.801
- SÉRIAUX A., « La notion de choses communes. Nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir », in *Droit et environnement. Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PUAM, 1995, p.23 et s.
- SÉRIAUX A., « V° Patrimoine », *Rép. Civ. Dalloz*, 2010
- SIIRIAINEN F., « Théorie générale de la gestion collective, aménagement du caractère exclusif des droits par la gestion collective », *J.-Cl Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1551, 2006
- SIIRIAINEN F., « théorie générale de la gestion collective, dimension d'intérêt général et régulation de la gestion collective », *J.-Cl Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1552, 2006
- SIIRIAINEN F. « « Droit d'auteur » contra « droit de la concurrence » : versus « droit de la régulation » », *RIDE* 4/2001, p.413
- SINGH A., « La délicate coexistence de l'œuvre préexistante et de l'œuvre composite ou dérivée », *RDPI*, 1998, n°93, p.29
- SIRINELLI P., « Le quasi-usufruit », *LPA* 21 et 26 juill. 1993
- SIRINELLI P., « Contrat obligatoire pour céder les droits d'auteur », *Expertises* 1992 p.184
- SIRINELLI P., « Droit d'auteur présumé », *D.*2001 somm. comm. p.2634
- STERLING J. A. L., « Codification et systématisation du droit d'auteur – l'exemple britannique (la loi de 1988 sur le droit d'auteur, les droits des dessins industriels et le droit des brevets) », in *La mise en œuvre des droits d'auteur, le rôle de la législation nationale en droit d'auteur*, Congrès de Berlin, 16-19 juin 1999, *ALAI* 2000
- SUEUR T. et COMBEAU J., « Un monument en péril : le système des brevets en Europe », in M.-A. Frison-Roche et A. Abello (dir.), *Droit et Economie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, coll. Droit & Economie, p.95
- STROWEL A., « L'œuvre selon le droit d'auteur », *Droits, revue française de théorie juridique*, PUF, 1993 n°18 « la Qualification », p.1979
- STROWEL A., « Liberté, propriété, originalité : retour aux sources du droit d'auteur », *Le journal des procès* n°265, 2 décembre 1994, p.4
- SUPIOT A., « Les salariés ne sont pas à vendre, en finir avec l'envers de l'article L.122-12, alinéa 2 », *DS* 2006, p.264
- TAFFOREAU P., « De la possession d'un droit d'auteur par une personne morale », *CCE*, avr. 2001 p.9
- TASSIN A. H., « Le droit de propriété dans la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RD publ.*1953, p.317
- TELLIER-LONIEWSKI L., « Intéressement des fonctionnaires et agents publics aux résultats de l'innovation », *Gaz. Pal. I. doctrine* p.627
- TERRÉ F., « l'évolution du droit de propriété dans le Code civil », in *Destins du droit de propriété*, Droits, 1985, I, p.37
- TIROLE J., « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », in M.-A. Frison-Roche et A. Abello (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, coll. Droit et économie, p.3
- TOURNAUX S., « L'intensité de l'obligation de sécurité de l'employeur : un traitement aux effets mal mesurés », *Dr. ouvr.* 2012, p.571
- TRAN WASESCHA T.-L., « L'accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, p.135
- TRICOIRE A., « Quand le projet est mis à nu, l'auteur l'est aussi », *D.* 2006, p. 1162

- VACARIE J., « La renonciation du salarié », *DS* 1990, p.766
- VAREILLES-SOMMIÈRES B. (de), « la définition et la notion juridique de la propriété », *RTDciv.* 1905, p.443
- VATINET R., « Développement de la participation des salariés (L. n°2006-1770, 30 déc. 2006, Titre I) », *JCP S* 2007, 1001
- VATINET R., « Développement de l'actionnariat salarié (L. n°2006-1770, 30 déc. 2006, Titre II) », *JCP S* 2007, étude 1032
- VERCKEN G., « L'originalité vue par la pratique : vers une reconnaissance de présomptions généralisées d'originalité » *LPA* 2007, n° 244, p. 17
- VERCKEN G., « Le formalisme dans les contrats d'auteur : un point après la décision de la Cour de cassation du 21 novembre 2006 » : *RIDA* janv. 2009, p.5
- VERCKEN G., « Le rapport « la titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création » du Professeur P. Gaudrat », *CCE*, janv. 2002 p.19
- VERCKEN G. et VIVANT M., « Le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées : figures anciennes et pistes nouvelles », *cab. dr. entr.* 2000, n°2, p.18
- VILLEY M., « Le droit subjectif en question », in *Arch. Phil. Dr.*, T.9, 1964, *Le droit subjectif*, p.
- VILLEY M. « Notes sur le concept de propriété », *Pensée juridique moderne, 12 essais*, Dalloz, p.187
- VINEY G., « les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français », *JCP G*, 1996, I, 3900
- M. VIVANT, « les exceptions nouvelles au lendemain de la loi du 1^{er} août 2006 », *D.* 2006, p.2159
- VIVANT M., « L'investissement, rien que l'investissement », *RDLI* 2005, n°3, p.41
- VIVANT M., « Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? », *RIDA* 4/1997, p.60
- WAQUET P., « Tableau de jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail », *DS* 1999, p.566
- WEBER A., « De la difficulté d'interpréter un contrat verbal », *Expertises* 1995 p.391
- WEBER C., « Le salarié, organe de direction, le modèle allemand », in *Le salarié, sujet de droit des sociétés*, Actes du colloque de la Faculté de droit de Caen, 20 novembre 2004, *Bull. Joly Sociétés*, n°spécial, juill. 2005
- XALABARDER R., « La protection internationale de l'œuvre audiovisuelle : questions relatives à la qualité d'auteur et à sa titularité initiale », *RIDA* 3/2002, p.2
- ZENATI F., « Du droit de reproduire les biens », *D.* 2004, chr. p.962
- ZENATI F. « La nature juridique du quasi usufruit (ou la métempsychose de la valeur) », in *Etudes P. Catala*, Litec, 2001, p.605
- ZENATI F., « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTDciv.* 1993, p.35

SOURCES NON JURIDIQUES

Ouvrages spécialisés

- ARENDT H., *Condition de l'Homme moderne*, Presses Pocket, coll. Agora, 1994, Préf. P. Ricoeur
- ARISTOTE, *Physique*, Les Belles Lettres, 2^{ème} édition 1952
- ARISTOTE, *Poétique*, Livre de Poche, collection les Classiques de Poche, 2000
- BAETENS J., *Le combat du droit d'auteur, Anthologie historique, suivie d'un entretien avec A. Berenboom*, textes réunis et présentés, Les impressions nouvelles, 2001
- BENJAMIN R., *Notion de personne et personnalisme chrétien*, Paris, Mouton, La Haye, 1971
- BLAY M., *Dictionnaire des concepts philosophiques*, Larousse – CNRS éditions, 2006
- BOURDIEU P., *Les règles de l'art*, Paris, Le Seuil, 1992
- BOYER R. ET DURAND J.-P., *L'après-fordisme*, nouvelle édition augmentée, Syros, Paris 1998
- BRAVERMAN H., *Travail et capitalisme monopoliste. La dégradation du travail au XX siècle*, Maspéro, Paris 1976
- CAHUC P. et ZYLBERBERG A., *Economie du travail, La formation des salaires et les déterminants du chômage*, De Boeck Université, Balises, coll. Ouvertures économiques, 1996
- CHALLAYE F., *Histoire de la propriété*, Paris, PUF, Que sais-je ? n°36, 6^e édition, 1967
- COASE R., *La Firma, le marché et le droit*, Diderot multimédia, Paris 1997
- COLLEYN J.-P., *Le regard documentaire*, Editions du Centre Georges Pompidou, coll. Supplémentaires, 1993
- CORLAT B. et WEINSTEIN O., *Les nouvelles théories de l'entreprise*, Le livre de poche, coll. Références, 2004
- COUTROT T., *Critique de l'organisation du travail*, La découverte, collection repères, 2002
- DE BANDT J. et GOURDET G. (dir.), *Immatériel, Nouveaux concepts*, Economica, 2001
- DEJOURS C., *Souffrance en France*, Seuil Paris 1998
- DESMAREZ P., *La Sociologie industrielle aux Etats-Unis*, Armand Colin, Paris 1986
- DUPONT DE NEMOURS P.-S., *De l'origine et des progrès d'une science nouvelle*, 1768, rééd. par A. Dubois, Geuthner, 1910, coll. des économistes et de réformateurs sociaux de la France
- ELIADE M., *Le sacré et le profane*, Hambourg, 1957, Folio/Essais, Gallimard, 1965
- FARCHY J., *Internet et le droit d'auteur, la culture Napster*, CNRS éditions, 2003
- FOULQUIÉ P., *Dictionnaire de la langue philosophique*, PUF, 1962, V° Propriété
- FUMAROLLI M., *L'Etat culturel, Essai sur une religion moderne*, Librairie Générale Française, coll. Livre de poche, Biblio essais, 1992
- GUELLEC D. et RALLE P., *Les nouvelles théories de la croissance*, La Découverte, 5^e éd., 2003
- GORZ A., *Critique de la division du travail*, Seuil, Paris, 1983
- GORZ A., *Métamorphoses du travail, Quête de sens*, Galilée, Série Débats, 1988
- GUERIN M., *Qu'est-ce qu'une œuvre ?* Actes Sud, 1986
- HEGEL G.-W.-F., *Principes de philosophie du droit*, éd. J. Vrin, 1982
- KANT E., *Critique de la faculté de juger*, Folio Essai 1996
- KANT E., *Métaphysique des mœurs*, Partie I, Doctrine du Droit, éd. J. Vrin, 1971
- KANT E., *Qu'est-ce qu'un livre ?* Textes de Kant et Fichte traduits et présentés par J. Benoist, PUF, collection Quadrige, mars 1995
- KUNDERA M., *L'immortalité*, traduit du tchèque par Eva Bloch, Gallimard, 1990
- KUNDERA M., *Les testaments trahis*, Gallimard, 1993

- LALLEMENT M., *Le travail, une sociologie contemporaine*, Gallimard, 2007, coll. Folio Essais
- LE MERCIER DE LA LARIVIÈRE P., *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, J. Nourse, 1767
- LEPAGE H., *Pourquoi la propriété ?*, Paris, hachette, 1985
- LÉVÊQUE F. et MENIÈRE Y., *Economie de la propriété intellectuelle*, La découverte, 2003, coll. Repères
- LOCKE J., *Traité du gouvernement civil*, 1690, Paris, Flammarion, 1992, texte intégral de la 5^e édition de Londres de 1728 éditée en France l'An III de la République, traduction de D. Mazel, Introduction, bibliographie et notes par S. Goyard-Fabre
- MACPHERSON C.B., *La théorie politique de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke*, Oxford, Univ. Press, 1962
- MARZANO M., *Philosophie du corps*, Puf, Que sais-je ?, 2007
- MARZANO M., *Je consens, donc je suis, Ethique de l'autonomie*, Paris, Puf, 2006
- MÉDA D., *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Flammarion, 1999 (BU sci éco-aquarium)
- MÉDA D., *Qu'est-ce que la richesse ?* (BU Droit)
- NOBLE D. F., *Forces of Production, A Social History of Industrial Automation*, Alfred Knopf, New York, 1984
- PANOFSKY E., *Essai d'iconologie, les thèmes humanistes dans l'art de la Renaissance*, Gallimard 1967
- PANOFSKY E., *Idea*, Gallimard, 1989
- PARIS T., *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, Préface de J.-D. Reynaud, PUF, Sciences sociales et société, 2002
- PROUDHON P.-J., *Qu'est-ce que la propriété ? ou recherches sur le principe du droit et du gouvernement, premier mémoire*, Garnier Flammarion, 1966, chronologie et introduction par E. James
- PROUDHON P.-J., *Traité du domaine de propriété ou de la distinction des biens*, Dijon, 1839, T.1
- ROUSSEAU J.-J., *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Garnier Flammarion, 1992
- ROUSSET J., *Forme et signification, Essais sur les structures littéraires de Corneille à Claudel*, Librairie José Corti, 5^{ème} édition, 1970
- SAGOT-DUVAUROUX D., *Les majorats littéraires et un choix de contribution au débat sur le droit d'auteur au XIX^e siècle*, Les presses du Réel, 2002
- TULLY J., *Locke, Droit naturel et Propriété*, Paris, PUF, 1992
- VERCELLONE C. (cous la dir.), *Sommes-nous sortis du capitalisme industriel ?*, La Dispute, 2002
- WALZER M., *Les Sphères de justice, une défense du pluralisme et de l'égalité*, Seuil, Paris 1997

Articles

- BACH R., « Les physiocrates et la science politique de leurs temps », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques* 2/2004 (n°20), p. 5
- BALZAC H. (de), « Préface au Lys dans la vallée » publiée in *Le Combat du droit d'auteur, Anthologie historique, suivie d'un entretien avec A. Berenboom*, textes réunis et présentés par J. Baetens, Les impressions nouvelles, 2001, p.89
- BALZAC H. (de), « Lettre adressée aux écrivains français du XIX^e siècle » Paris, le 1^{er} novembre 1834, publiée in *Le Combat du droit d'auteur, Anthologie historique, suivie d'un entretien avec A. Berenboom*, textes réunis et présentés par J. Baetens, Les impressions nouvelles, 2001, p.77
- BALZAC H. (de), « Extrait d'une note peu connue adressée le 3 mars 1841 aux membres de la commission parlementaire chargée d'étudier la révision de la loi sur la propriété littéraire », publiée in *Le Combat du droit d'auteur, Anthologie historique, suivie d'un entretien avec A. Berenboom*, textes réunis et présentés par J. Baetens, Les impressions nouvelles, 2001, p.101
- BARBET D., « Retour sur la loi de 1884 : la production des frontières du syndical et du politique », *Genèses* 3/1991, p.5
- BARTHES R., « la mort de l'auteur », *Œuvres complètes*, T. 2, Le Seuil, 1994, p.491

- BARTOLI H. « Une civilisation du travail ? » in *Convergences, Etudes offertes à Marcel David*, Caligrammes, Bernard Guillemot, 1991, p.53
- BOURDIEU P., « La production de la croyance. Contribution à une économie des biens symboliques », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°13, février 1977, p.4-43
- CAHUC P. ET KRAMARZ F., « Le contrat de travail unique, clef de coûte d'une Sécurité sociale professionnelle », in *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Actes du colloque organisé par l'AFDT, en l'honneur de Gérard Lyon-Caen, Paris, 13 mai 2005, p.55
- CHESNAIS F., « Rapports de propriété et formes de captation du « cognitif » au bénéfice du capitalisme financier », in *Sommes-nous sortis du capitalisme industriel ?*, sous la direction de C. Vercellone, La Dispute, 2002
- CORIAT B. et ORSI F., « Propriété intellectuelle, marchés financiers et promotion des firmes innovantes. Un retour sur la 'nouvelle économie' », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, p.265 1
- CORSANI A., « Le capitalisme cognitif : les impasses de l'économie politique », in *Sommes-nous sortis du capitalisme industriel ?*, sous la direction de C. Vercellone, La Dispute, 2002
- COURTOIS G., « La critique du contrat de travail chez Marx », *Arch. Phil. Dr.*, T. XII Sirey 1967 p.33
- DELAUNAY J.-C., « Le capitalisme de la finance, des services et de la connaissance », in *Sommes-nous sortis du capitalisme industriel ?*, sous la direction de C. Vercellone, La Dispute, 2002
- DESJARDINS A. « Le code civil et les ouvriers », *Revue des deux mondes* 1888, p.350
- ERBES-SEGUIN S., « Le contrat de travail ou les avatars d'un concept », *Sociologie du travail* 1983/1 p.1
- FOUCAULT M., « Qu'est-ce qu'un auteur ? », in *Dits et Ecrits*, Gallimard, 1994, p.789
- FREYSSINET M., « la requalification des opérateurs et la forme sociale actuelle d'automatisation », *Sociologie du travail*, n°4 Dunod, Paris 1984
- GARNIER O. « La théorie néo-classique face au contrat de travail : de la « main invisible » à la poignée de main invisible » in *Le travail, Marché, Règles, Conventions*, Economica, 1986 p.313
- GAUTÉ J., « Les économistes contre la protection de l'emploi : de la dérégulation à la flexicurité », DS 2005, p.40
- LABRUSSE H., « Le mot travail : un acheminement poétique », in *Analyse et réflexion sur le travail*, éditions Marketing 1978 p.59
- LALOT C., « Formes de l'art, Formes de l'esprit », PUF 1951 p.3
- LAPERCHE B., « Texte et contexte du brevet », in B. Laperche (coord.), *Propriété industrielle et innovation, la 'nouvelle économie' fausse-t-elle l'enjeu ?*, L'Harmattan, coll. Economie et Innovation, 2001, p.13
- LEPAGE H., « L'analyse économique et la théorie du droit de propriété, Droits 1985 n°1 p.91
- PROUDHON J., « Les majorats littéraires, Examen d'un projet de loi ayant pour but de créer, au profit des auteurs, inventeurs et artistes, un monopole perpétuel », in *Le Combat du droit d'auteur, Anthologie historique, suivie d'un entretien avec A. Berenboom*, textes réunis et présentés par J. Baetens, Les impressions nouvelles, 2001 p.141
- QUÉRUEL N., « La rémunération variable, un outil très délicat à manier », *Le Monde, suppl. Economie*, 27 fév. 2007, p.X.
- QUÉRUEL N., « Attention à ne pas briser la dynamique collective », *Le Monde, suppl. Economie*, 27 fév. 2007, p.X
- ROJOT J., « L'actionnariat salarié, une solution ou un problème », in P.-E. Tixier (dir.), *Ressources humaines pour sortie de crise*, éd. Sciences Po Les Presses, 2010
- ROUSSEL P., « Salaire individualisé – Rémunération au mérite : impasse ou avenir ? », in J.-M. Peretti et P. Roussel (coord.), *Les rémunérations, politiques et pratiques pour les années 2000*, Vuibert, coll. Entreprendre, Série Vital Roux, 2000
- SCHMÉDER G., « Ruptures et discontinuités dans la dynamique de la division du travail », in *Sommes-nous sortis du capitalisme industriel ?*, sous la direction de Carlo Vercellone, La Dispute, 2002
- SEGRESTIN D., « Les communautés pertinentes de l'action collective », *Revue française de sociologie*, n°2, 1990
- SERFATI C., « Le capital financier au cœur des rapports de production contemporains », in *Sommes-nous sortis du capitalisme industriel ?*, sous la direction de Carlo Vercellone, La Dispute, 2002

SMIERS J., « la propriété intellectuelle, c'est le vol. Plaidoyer pour l'abolition des droits d'auteur », *Le Monde diplomatique*, septembre 2001

VERCELLONE C. et HERRERA R., « Transformations de la division du travail et *general intellect* », in *Sommes-nous sortis du capitalisme industriel ?*, sous la direction de C. Vercellone, La Dispute, 2002

INDEX

Abus de droit 68, 218, 222, 265, 300 et s., 310, 314, 338, 518, 540, 547

Activité créatrice

- activité inventive 141 et s.
- originalité 135
- réalisation de la conception de l'auteur 132 et s.

Agent public

- auteur 358, 392
- cession automatique 399, 403
- compétence juridictionnelle 452, 540
- contrôle hiérarchique 394, 396, 398
- droit de préférence 399, 401
- droit moral 395 et s.
- inventeur 468
- logiciel 404, 408
- mission de l'agent 399
- mission de l'employeur 402
- rémunération supplémentaire 400, 469, 470
- subordination 53, 443

Appropriation

- accession 59 et s., 235, 260, 297
- cession automatique 391, 399
- dévolution 406
- droit de préférence 399 et s.,
- droit d'option 446
- possession 232 et s., 260, 272
- présomption de cession 412
- secret 97 98, 255
- spécification 22, 48, 53, 62, 274, 580
- titularité dérivée 556 et s.
- titularité initiale 348, 380, 552 et s.

Bénéfices exceptionnels

- bestseller paragraph 569
- rémunération équitable 507, 537, 570, 605, 613

Cession

- cession automatique 391, 399
- cession délimitée 361, 391, 399
- cession globale des œuvres futures 314, 360-361, 512 et s., 559, 564, 592
- droit de préférence 401
- présomption de cession 412

Concurrence

- clause de non-concurrence : 62, 72, 98, 99, 101; 522
- obligation générale de non-concurrence : 351, 382, 448, 464, 522

Conditions de brevetabilité 140-148

Contentieux

- compétence juridictionnelle 452, 540
- conciliation 453, 541
- litiges avec les tiers 539

Contrat de travail

- distinction (associé, contrat d'entreprise, mandat, stagiaire) 440 et s.
- durée du contrat 438
- fonctions du salarié 445
- louage de service, d'ouvrage et d'industrie 63 et s.
- objet 79 et s.
- responsabilité du salarié 68-69
- statut 83 et s.
- subordination 10, 56, 80, 350 et s., 444 et s., 611

Convention collective 433 et s., 536 et s., 570, 617

Créateur

- agent public 358, 393 et s., 408
- auteur 134 et s.
- inventeur : 140 et s., 150
- journaliste 388 et s.
- logiciel 405 et s.
- réalisateur audiovisuel (V. Œuvre audiovisuelle)

Déclaration des inventions 447

Dessins et modèles 214, 341, 501, 540, 585

Destination 215 et s., 269 et s., 589

Droit de préférence

- contrat d'édition 614
- employeur 586, 614
- exploitation commerciale des œuvres d'un agent public 401

Entreprise

- création d'entreprise 158, 367
- appropriation 74 et s.

Force de travail 8 et s., 58, 61 et s., 79 et s.

Forme

- forme littéraire et artistique 17, 19, 135 et s.
- forme technique 146 et s.
- ubiquité 259 et s., 276-277, 292, 295, 298, 317, 333

Gestion collective 156 et s., 173, 186, 332, 415, 416

Homme du métier 141 et s., 150

Industrie 48 et s., 59 et s., 63 et s., 66, 641

Information 98-99, 127, 147, 152, 178, 252, 260, 272, 284, 312, 374, 381, 430, 446, 463, 501, 527, 576, 604, 609

Interprétation (artiste-interprète) 86, 101, 107, 137

Invention

- classement 444 et s.
- conditions de brevetabilité (V. cette entrée)
- déclaration d'invention 447
- distinction du titre et de l'invention 158, 428

Investissement 70, 72, 78, 82, 120, 125, 146, 153, 157, 159, 179, 182, 188, 219, 276, 299, 313, 367, 371 et s., 382, 410, 419, 438, 446, 459, 484, 486, 500 et s., 522, 527 et s., 552, 598, 618, 622

Logiciel 22, 99, 125, 143, 159, 173 et s., 373, 398, 404 et s., 419, 488, 499, 513, 540, 601, 604

Loyauté 33, 99, 101, 351, 428, 432, 440, 448, 514, 518, 522, 528, 565, 586

Mission

- contrat de travail 80
- invention de mission 445
- mission de l'auteur du logiciel 408
- œuvre de mission 600

Obligation d'exploiter 118, 247, 296, 464, 523, 525, 562, 577, 591

Œuvre

- œuvre de l'esprit (notion) 17, 134 et s.
- œuvres futures (V. cession globale des œuvres futures)

Œuvre audiovisuelle

- contrat de production 410 et s.
- réalisateur 350, 396, 410, 412, 547

Œuvre de commande pour la publicité 159, 375, 393, 418

Œuvre multimédia 135, 159, 373, 513

Originalité 19, 62, 120, 134 et s., 140, 152, 173, 260, 264, 340, 358, 501, 511, 540, 552, 585

Pacte culturel 152, 312-313, 398, 500

Patrimonialité 13, 225 et s., 241 et s., 303 et s.

Personnalisme 10, 13, 22, 23, 39, 52, 106, 127 et s., 149 et s., 156, 166, 296, 303, 305, 332, 335, 343, 345, 429, 501, 506, 540, 544, 552, 572, 601, 624, 629, 637, 640, 641

Personne morale

- créateur (non) 131 et s.,
- présomption de titularité 260

Présomption

- présomption de cession 412, 556 et s.
- présomption de titularité des personnes morales 260

Prêt de main d'œuvre 442-443

Principe de faveur 58, 158, 168, 436, 517, 606

Rémunération

- bestseller paragraph 569
- individualisation 92 et s.
- intéressement 95
- juste prix 454 et s.
- prime de dépôt 469, 507, 613
- rémunération équitable 537, 569, 605, 613 et s.
- rémunération proportionnelle 362, 408, 470, 504 et s., 537, 580 et s., 592
- rémunération supplémentaire 433, 472
- rémunération variable 96

Secret 98-99

Sécurité juridique 510 et s.

Stagiaire : 437-441

Subordination

- contrat de travail 10, 56, 80, 611
- organisation du régime des inventions de salariés 444 et s.
- liberté de création 350 et s.

Syndicat : 86-87, 161 et s., 398

Usages professionnels : 273, 305

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ ET MOTS-CLÉS – SUMMARY AND KEYWORDS.....	9
SOMMAIRE	13
LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	17
INTRODUCTION	23
PARTIE I. LA PROPRIÉTÉ SUR LES CRÉATIONS ET LES FRUITS DU TRAVAIL	53
TITRE I. ANALYSE EMPIRIQUE : LES MODÈLES D'APPROPRIATION DES CRÉATIONS ET DES FRUITS DU TRAVAIL	59
Chapitre I. L'appropriation des fruits du travail	69
Section I. Consécration de la propriété du capital face au travail.....	73
§ 1. Appropriation du travail par l'investisseur.....	74
A. Contingence de l'approche propriétaire.....	74
1. Désintérêt du droit du travail	74
2. Rôle limité de l'industrie dans le Code civil comme mode d'acquisition de la propriété.....	79
3. Rôle de l'industrie en droit des sociétés.....	89
B. Justifications de l'appropriation	91
1. Subordination, responsabilité et appropriation	91
2. Liberté d'entreprise, responsabilité et appropriation.....	94
§ 2. Principes généraux du modèle d'appropriation du travail.....	96
A. Appropriation du travail par l'entreprise	98
1. Valorisation du travail indépendant par l'entreprise.....	100
2. Captation du travail salarié par le contrat de travail.....	107
B. Droits personnels du travailleur salarié : rémunération et statut.....	117
Section II. Émergence de la réflexion personnaliste	127
§ 1. Personnalisme et salariat.....	127
A. Individualisation de la rémunération	127
B. Insuffisance de l'appropriation du travail	135
§ 2. Personnalisme et appropriation des fruits du travail : au-delà du salariat.....	142
A. Appropriation des fruits personnels du travail : intérêt de l'approche propriétaire.....	142
B. Plébiscite de l'indépendance.....	147
Conclusion.....	151
Chapitre II. L'appropriation des créations.....	155
Section I. Consécration de l'individualisme propriétaire par la propriété intellectuelle.....	159
§ 1. Consécration légale ancienne de la propriété des créateurs	159
A. Affirmation de la propriété	160
1. Une propriété naturelle	160
a. Propriété des œuvres de l'esprit.....	160
b. Propriété des inventions.....	163
2. Une propriété nécessaire.....	165
B. Justifications de la propriété.....	168
1. Propriété et liberté de création.....	169
2. Propriété du créateur et responsabilité	173
§ 2. Principes généraux du modèle d'appropriation des créations	177
A. Caractère personnaliste de l'appropriation	177
1. Mode d'acquisition personnaliste	177
2. Nature personnaliste du droit du créateur	202

B. Intérêt économique de l'appropriation	208
1. L'appropriation comme garantie de l'exploitation.....	208
2. L'appropriation comme moyen d'organisation de l'exploitation	212
Section II. Ambiguïté du personnalisme dans la propriété intellectuelle	215
§ 1. Limites de l'individualisme propriétaire	215
A. Développement de la création d'entreprise et assimilation au travail	216
B. Organisation collective des créateurs	220
1. Défense collective des droits et défense d'intérêts collectifs	220
2. Négociation de normes collectives et autonomie collective	231
§ 2. Critique de l'appropriation personnelle.....	240
A. Critique de la référence à la propriété en droit d'auteur.....	240
1. Limites internes à l'exclusivité : exceptions et licences légales	240
2. Limites contractuelles à l'exclusivité : mouvements « libres ».....	242
B. Critique de la référence à la propriété en droit des brevets	248
Conclusion	259
Conclusion du Titre I.	261
TITRE II. ANALYSE SYSTÉMIQUE : LA QUALIFICATION DE PROPRIÉTÉ DES	
 DROITS SUR LES CRÉATIONS ET LES FRUITS DU TRAVAIL	263
Chapitre I. L'influence des théories de la propriété sur la qualification.....	269
Section I. Définition incertaine de la propriété et difficultés de qualification.....	275
§ 1. Présentation synthétique des théories de la propriété	275
A. Polysémie du terme propriété	275
1. Une titularité	277
a. Biens et patrimoine.....	277
b. Patrimoine et titularité	283
2. Une exclusivité.....	286
B. Polymorphisme de la propriété	292
1. Propriété et monopole du propriétaire.....	292
2. Propriété et absolutisme propriétaire.....	294
§ 2. Les critères de reconnaissance de la propriété communs à toutes les doctrines	299
A. Patrimonialité du bien.....	300
1. Pécuniarité du bien	300
2. Cessibilité du bien	309
B. Maîtrise souveraine du bien	313
1. Insuffisance de la maîtrise matérielle du bien.....	313
2. Indispensable maîtrise juridique du bien.....	316
Section II. Opérations de qualification.....	323
§ 1. Patrimonialité de la création et du travail	323
A. Patrimonialité et création	323
1. Patrimonialité et œuvre de l'esprit.....	323
2. Patrimonialité et invention	328
B. Patrimonialité et travail.....	330
§ 2. Maîtrise souveraine des créations et du travail.....	335
A. Maîtrise souveraine de la création.....	336
1. Impossible maîtrise matérielle des formes due à leur ubiquité.....	336
2. Maîtrise juridique de la création : une maîtrise de l'exploitation	342
a. Maîtrise souveraine des créations littéraires et artistiques	342
b. Maîtrise souveraine des créations techniques	348

c. Une maîtrise de la destination.....	350
B. Maîtrise des fruits du travail.....	355
Conclusion.....	365
Chapitre II. L'influence de la qualification sur les théories de la propriété.....	369
Section I. Diversité des régimes propriétaires	373
§ 1. Distinctions classiques	373
§ 2. Distinction des propriétés réelles et intellectuelles.....	378
§ 3. Distinction des propriétés personnelles et impersonnelles.....	393
Section II. Identification des intérêts juridiquement protégés par la propriété.....	399
§ 1. Intérêt économique juridiquement protégé par la propriété.....	401
§ 2. Intérêt personnel juridiquement protégé par la propriété.....	404
§ 3. Intérêt social juridiquement protégé par la propriété.....	408
Conclusion.....	427
Conclusion du Titre II.....	429
Conclusion de la Partie I.	431
PARTIE II. LA PROPRIÉTÉ DES CRÉATIONS NÉES D'UN RAPPORT DE TRAVAIL.....	435
TITRE I. ANALYSE POSITIVE : UNE PROPRIÉTÉ TIRAILLÉE ENTRE DEUX	
MODÈLES	443
Chapitre I. Mise en exergue du modèle personnaliste en droit d'auteur.....	447
Section I. Prévalence du modèle d'appropriation de la création	451
§ 1. Principe directeur : propriété du créateur subordonné.....	451
A. La propriété du créateur, conséquence du personnalisme.....	451
B. La propriété du créateur, garantie de la liberté de création.....	453
C. La propriété du créateur, responsabilisant le créateur	455
§ 2. Organisation du modèle autour de la propriété initiale du créateur.....	457
A. La personne physique créatrice, titulaire initial des droits d'auteur.....	457
B. L'exploitant, cessionnaire des droits d'exploitation	461
Section II. Atténuations au modèle.....	473
§ 1. Émergence d'une création d'entreprise	473
A. Émiettement créatif.....	473
B. Augmentation des investissements	479
C. Influence de la « société de l'information et de la communication ».....	480
§ 2. Mise en place de régimes adaptés à la création d'entreprise	483
A. Attribution initiale des droits à l'entreprise	483
B. Transferts automatiques des droits à l'entreprise	495
1. Dérogations dues à la qualité de l'auteur.....	495
a. Les journalistes	495
b. Les agents publics.....	502
i. Limites à l'exercice du droit moral.....	504
ii. Dérogations au droit commun de la cession.....	509
iii. Difficultés persistantes	511
2. Dérogation due au genre de l'œuvre : la création subordonnée d'un logiciel.....	517
3. Dérogation due aux conditions de création : les œuvres audiovisuelles créées dans le cadre d'un contrat de production audiovisuelle.....	522
Conclusion.....	537

Chapitre II. Mise en exergue du modèle industriel en droit des brevets.....	539
Section I. Prévalence du modèle d'appropriation du travail	545
§ 1. Principe directeur : propriété de l'investisseur.....	545
A. La renonciation au personnalisme	545
B. La propriété, conséquence d'une analyse économique.....	548
§ 2. Organisation du modèle autour du droit du travail.....	553
A. Prégnance du droit du travail	554
1. La référence aux normes du travail	554
2. Le champ d'application de l'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle.....	559
3. La subordination au cœur du classement des inventions	571
4. La subordination au cœur de la définition des obligations du salarié.....	576
B. Limites du droit du travail et influence de la propriété intellectuelle	578
1. La qualité de créateur	578
2. L'unification du contentieux devant les juridictions civiles.....	581
3. La contrepartie financière de l'attribution du droit au titre.....	583
Section II. Atténuations au modèle.....	587
§ 1. Nécessaire incitation à la création.....	587
A. Encouragement à la création	587
B. Insuffisante incitation à l'exploitation des inventions	591
§ 2. Mise en place de régimes incitatifs.....	593
A. Intéressement des créateurs au succès de la création	593
1. Exemple du secteur public	594
2. Développements jurisprudentiels récents	597
B. Encouragement à l'exploitation.....	605
1. Incitation des agents publics à rechercher un exploitant.....	605
2. Incitation au développement d'entreprises innovantes	606
Conclusion	611
Conclusion du Titre I.	613
TITRE II. ANALYSE PROSPECTIVE : LA RÉCONCILIATION DES MODÈLES.....	615
Chapitre I. Les conditions de la réconciliation	621
Section I. Respect des principes généraux du droit.....	625
§ 1. Principes généraux du droit en faveur du créateur.....	625
A. Respect de la qualité de créateur	625
1. Nécessité de la qualification	626
2. Conséquences de la qualification.....	628
3. Nécessité de déterminer des critères de qualification	632
B. Association du créateur au succès de sa création	635
§ 2. Principes généraux du droit en faveur de l'exploitation.....	649
A. Sécurité juridique	650
B. Efficacité économique	662
Section II. Mise en place de garanties	671
§ 1. Garantie de la liberté.....	671
A. Conciliation entre liberté du travail et liberté d'entreprise.....	672
B. Conciliation entre liberté de création et liberté d'entreprise.....	679
§ 2. Garantie de la rémunération	682
A. Garantie d'une rémunération minimale.....	682
B. Garantie d'une rémunération équitable.....	687

§ 3. Garanties procédurales.....	688
A. Protection du créateur et de l'exploitant contre les contrefacteurs	689
B. Spécificité des litiges entre créateurs et exploitants.....	690
Conclusion.....	699
Chapitre II. Les formes de la réconciliation.....	701
Section I. Pistes de réforme centrées sur le modèle personnaliste	709
§ 1. Exemples étrangers.....	711
A. En droit d'auteur.....	711
1. Formes de la cession.....	712
2. Limites de la cession	716
3. Rémunération de la cession	722
B. En droit des brevets	727
§ 2. Pistes de réflexions pour une réforme du droit français	742
Section II. Pistes de réforme centrées sur le modèle industriel	753
§ 1. Exemples étrangers.....	753
A. En droit d'auteur.....	753
B. En droit des brevets	761
§ 2. Pistes de réflexions pour une réforme du droit français	768
A. Combiner les mécanismes de droit du travail et de droit des biens	769
1. Propriété de l'employeur.....	769
2. Droit à rémunération des créateurs.....	776
B. Inventer des modèles coopératifs	780
1. Modèles issus du droit des biens	781
2. Modèles issus du droit des sociétés.....	783
Conclusion.....	787
Conclusion du Titre II.....	789
Conclusion de la Partie II.....	791
CONCLUSION GÉNÉRALE	795
BIBLIOGRAPHIE	807
DOCUMENTS OFFICIELS ET RAPPORTS	809
Travaux législatifs	809
Rapports.....	809
SOURCES JURIDIQUES	811
Ouvrages généraux, traités, manuels	811
Ouvrages spécialisés.....	813
Articles, notes et observations.....	819
SOURCES NON JURIDIQUES.....	834
Ouvrages spécialisés.....	834
Articles.....	835
INDEX	839
TABLE DES MATIÈRES.....	843