

et quelques contentieux ciblés²⁵ – la méthode serait mieux adéquate pour policer un secteur en plein dynamisme. Tout

indique que cette méthode a de l'avenir en France. Quoi qu'il en soit, pour les acteurs de la publicité en ligne, à Paris comme à Bruxelles, l'horizon s'obscurcit. ■

25. Quelques jours après la publication de son avis, l'Autorité se prononçait sur les pratiques mises en œuvre, notamment sur l'Internet, par l'autre géant de la publicité en ligne en France : la société Pages Jaunes (*Aut. conc., déc. n° 10-D-38, 22 déc. 2010 relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre par la société PagesJaunes SA*). L'Autorité n'a pas estimé qu'il était nécessaire de prononcer des mesures conservatoires pour faire cesser les abus de position dominante reprochés à PagesJaunes, mais

Mots-Clés : Publicité en ligne - Publicité liée aux recherches - Droit de la concurrence - Abus de position dominante

son comportement est suffisamment problématique pour que l'instruction au fond se poursuive.

8 L'employé auteur de logiciel et les droits fondamentaux : une question prioritaire de constitutionnalité d'avenir ?



Michel ABELLO,
avocat au barreau de Paris,
spécialiste en propriété
intellectuelle,
professeur chargé de cours
de droit à l'École centrale
Paris



Jérôme TASSI,
avocat au barreau de Paris

L'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que les droits patrimoniaux du salarié auteur de logiciel dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de l'employeur sont dévolus à l'employeur. La constitutionnalité de ce texte introduit par la loi du 3 juillet 1985 pourrait désormais être examinée dans le cadre de la nouvelle procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, effective depuis le 1^{er} mars 2010. Les auteurs s'interrogent principalement sur la conformité de ce texte aux droits constitutionnels de respect de la propriété, d'égalité et de non-discrimination.

1 - La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) constitue une révolution majeure en droit français, ce dont témoignent les premières décisions du Conseil constitutionnel. Sans rentrer dans le détail de cette nouvelle procédure, il convient de rappeler que la Constitution a été modifiée le 23 juillet 2008 pour créer, en France, une procédure d'examen par voie d'exception de la constitutionnalité des dispositions législatives¹. La loi organique du 10 décembre 2009 est venue préciser les modalités et l'étendue de la QPC². Ainsi, depuis le 1^{er} mars 2010, toute partie à une instance a le droit de contester la constitutionnalité d'une disposition législative lorsqu'elle estime que celle-ci porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.

Les relations entre les droits constitutionnels et les dispositions relatives à la protection de la propriété intellectuelle pourraient paraître, au premier abord, distantes. Pourtant, la doctrine s'est déjà interrogée sur les différentes QPC qui pourraient être posées dans le droit de la propriété intellectuelle³. À notre connaissance toute-

fois, aucune QPC n'a encore été posée s'agissant de dispositions du Code de la propriété intellectuelle (CPI). L'objet de cet article est d'examiner la constitutionnalité de l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle selon lequel « *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* ».

Un bref historique de ce texte est nécessaire. Avant la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985, l'auteur salarié d'un logiciel était titulaire de l'ensemble des droits patrimoniaux et moraux sur son œuvre. Conformément aux principes du droit d'auteur, la conclusion d'un contrat de travail n'emportait aucune dérogation à la jouissance de ses droits par le salarié. Dès lors, l'employeur devait obtenir la cession des droits sur le logiciel auprès de son salarié dans les conditions de droit commun⁴. La loi du 3 juillet 1985 a profondément modifié ce système en prévoyant, dans son article 45 (codifié CPI, art. L. 113-9 du CPI par L. n° 92-597, 1^{er} juill. 1992) que

1. V. *Const.* 4 oct. 1958, art. 61-1 et 62.

2. L. n° 2009-1523, 10 déc. 2009 : *JO* 11 déc. 2009, p. 21379. – Pour une analyse approfondie de la QPC, voir le site Internet du Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr.

3. J.-M. Bruguière et F. Dumont, *La question prioritaire de constitutionnalité dans le droit de la propriété intellectuelle* : *Comm. com. élect.* 2010, étude 10. – V. aussi par Ph. Schmitt, *Une question prévisible de constitutionnalité à propos de*

la proposition de loi du 4 juin 2010 présentée par le sénateur Yung tendant à réformer le droit des inventions des salariés : www.legalbiznext.com.

4. *Cass. 1^{re} civ.*, 16 déc. 1992, n° 91-11.480 : *JurisData* n° 1992-002868 ; *Bull. civ.* 1992, I, n° 315.

« sauf stipulation contraire, le logiciel créé par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions appartient à l'employeur auquel sont dévolus tous les droits reconnus aux auteurs ». Le législateur communautaire s'est ensuite saisi de la délicate question de la protection du logiciel par le droit d'auteur. La directive 91/250/CE du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs a précisé en son article 2-3 que « lorsqu'un programme d'ordinateur est créé par un employé dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de son employeur, seul l'employeur est habilité à exercer tous les droits patrimoniaux afférents au programme d'ordinateur ainsi créé, sauf dispositions contractuelles contraires ». Suite à cette directive, la loi n° 94-361 du 10 mai 1994 a modifié l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle dans les termes précités. La loi de 1994 a donc réalisé une synthèse entre la dévolution visée par la loi de 1985 et l'habilitation de la directive de 1991. On notera à ce stade que la notion de propriété n'a pas été reprise par les textes de 1991 et 1994, alors que la loi de 1985 indiquait que le logiciel appartenait à l'employeur⁵. Ni la loi de 1985 ni celle de 1994 n'ont été soumises au contrôle du Conseil constitutionnel, de sorte qu'une QPC serait envisageable.

Pour entrer désormais dans le vif du sujet, l'analyse de la constitutionnalité de l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle nous semble devoir subir une double confrontation : la première avec le droit de propriété (1) et la seconde avec les principes d'égalité et de non-discrimination (2).

1. L'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle confronté au respect du droit de propriété

2 - Après une rapide analyse des rapports entre le droit de propriété et les droits d'auteur (A), nous examinerons si l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle est susceptible d'être jugé contraire à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789 (B).

A. - Les rapports entre le droit de propriété et le droit d'auteur

3 - La propriété constitue un droit fondamental consacré par de nombreux textes français et internationaux. Pour se limiter au cadre constitutionnel qui nous intéresse ici, l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen énonce que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». L'article 17 vient compléter la protection de ce droit : « la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ». Ces dispositions, si elles ne figurent pas dans le texte de la Constitution de la V^e République, font partie du « bloc de constitutionnalité » par la référence faite à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans le préambule de la Constitution. L'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen trouve un écho dans l'article 545 du Code civil : « nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité ».

L'article 544 du Code civil définit la propriété comme le « droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue ». Mais, la doctrine a noté depuis le début du XX^e siècle un abaissement de la protection du droit de propriété. Rompant avec cette formule littérale, des restrictions au droit du propriétaire se sont

ainsi développées (on peut notamment songer aux théories de l'abus de droit et des troubles de voisinage, ou à la confrontation du droit à la liberté d'expression et à la liberté d'information avec le droit du propriétaire sur l'image de son bien⁶ ou avec le droit du propriétaire d'une marque⁷ et l'on ne peut plus considérer aujourd'hui que le droit de propriété est absolu : il doit être combiné avec les autres droits et libertés fondamentaux.

Dans une importante décision, le Conseil constitutionnel a toutefois rappelé que « s'il appartient au législateur de mettre en œuvre l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, et s'il lui est loisible, à cette fin, d'apporter au droit de propriété les limitations qu'il estime nécessaires, c'est à la condition que celles-ci n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée de ce droit en soient dénaturés »⁸. Le Conseil veille donc à un contrôle de proportionnalité des atteintes subies par le droit de propriété en fonction du but poursuivi par le législateur.

Le droit d'auteur bénéficie-t-il de la protection du droit de propriété ? Si l'assimilation des droits d'auteur au droit de propriété a pu faire l'objet d'un débat théorique en doctrine⁹, la qualification de propriété du droit d'auteur peut désormais être considérée comme acquise. Ainsi, le Conseil constitutionnel a rappelé solennellement 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 les droits voisins »¹⁰. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé de même en précisant que la propriété intellectuelle constitue un bien protégeable sur le fondement du Protocole additionnel n° 1¹¹. Enfin, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2007 vise expressément la propriété intellectuelle à son article 17 relatif au droit de propriété.

Par conséquent, dès lors que la propriété intellectuelle constitue une propriété au sens constitutionnel, il est possible de se poser la question de la constitutionnalité de l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle au regard de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

B. - L'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle est-il contraire à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ?

4 - Pour que la QPC soit recevable, il convient de déterminer d'une part, si l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle organise une expropriation, et d'autre part si cet article prive l'auteur de toute indemnité. Enfin, nous examinerons, si les conditions de l'expropriation telles que définies par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen sont réunies.

1° L'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle organise-t-il une expropriation ?

5 - Sur le plan théorique, les principes posés à l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle sont applicables à tout auteur de logiciel, c'est-à-dire que l'auteur jouit sur son logiciel d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous, et que la conclusion d'un contrat de travail n'emporte aucune dérogation

6. Cass. ass. plén., 7 mai 2004, n° 02-10.450, Sté civile particulière Hôtel de Girancourt c/ SCIR : JurisData n° 2004-023597.

7. Cass. com., 8 avr. 2008, n° 06-10.961, Esso c/ Greenpeace : JurisData n° 2008-043528. – Cass. com., 8 avr. 2008, n° 07-11.251, Areva c/ Greenpeace : JurisData n° 2008-043507.

8. Cons. const., déc. 29 juill. 1998, n° 98-403 DC, consid. 7 : JO 31 juill. 1998, p. 11710.

9. V. pour un rappel constructif de ce débat : M. Vivant et J.-M. Brugièrre, *Droit d'auteur* : Dalloz, Précis droit privé, 2009, § 21 et s.

10. Cons. const., déc. 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, consid. 15 : JO 3 août 2006, p. 11541.

11. CEDH, 11 janv. 2007, n° 73049/01, Anheuser-Busch c/ Portugal.

5. Ce qui s'explique principalement par l'existence des droits moraux – certes limités – dont demeure titulaire l'auteur d'un logiciel même salarié.

à ce droit. L'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle prévoit une exception pour l'auteur employé qui a créé le logiciel dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de son employeur (que nous désignerons dans la suite par logiciel « de mission »).

Selon le texte de l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle, les droits patrimoniaux n'appartiennent pas directement à l'employeur mais « sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer ». La question est de savoir si ce texte organise une expropriation ou un simple aménagement du droit d'auteur du salarié auteur d'un logiciel. Dans la seconde hypothèse, il n'y aurait pas matière à QPC au visa de l'article 17, car cet article ne s'intéresse qu'à l'expropriation d'un droit de propriété, et non à ses modalités d'exploitation.

Dans une première approche, il pourrait être considéré que cet article ne prévoit pas d'expropriation à proprement parler. Les termes de propriété ou de cession ont été supprimés ou évités. Tant la dévolution que l'habilitation renvoient à l'idée selon laquelle les droits patrimoniaux naissent originellement en la personne de l'auteur du logiciel, mais sont transférés simultanément, par la volonté du législateur, à l'employeur. La dimension personaliste du droit français serait ainsi respectée : l'auteur est titulaire initial des droits d'auteur, mais le législateur aménage leur exercice, en prévoyant que seuls les droits patrimoniaux sont transférés à l'employeur, l'auteur salarié restant titulaire des droits moraux, conformément aux principes du droit d'auteur. Ainsi, en apparence, l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle ne constituerait pas une expropriation mais un simple aménagement – certes imposé par la loi – du droit de propriété de l'auteur salarié.

Un tel aménagement semble plus évident pour les agents de l'État, car si l'article L. 131-3-1 du Code de la propriété intellectuelle¹² prévoit pour les agents de l'État une cession de plein droit des droits d'exploitation de l'œuvre au profit de l'État, cette cession vaut uniquement pour les besoins d'une mission de service public¹³, et la propriété est laissée à l'agent avec un simple droit de préférence au profit de l'État pour une exploitation commerciale¹⁴.

De plus, le 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 valorisés¹⁵, prévoit en son article 1^{er} que « lorsque la personne publique décide de ne pas procéder à la valorisation de la création, de la découverte ou des travaux, les agents mentionnés à l'alinéa précédent peuvent en disposer librement, dans les conditions prévues par une convention conclue avec ladite personne publique ». C'est ainsi confirmer que le fonctionnaire auteur du logiciel reste propriétaire du logiciel et que la dévolution ne s'opère que si la personne publique exploite le logiciel. Dans le cas contraire, l'auteur fonctionnaire récupère l'intégralité des droits patrimoniaux sur son œuvre, sous réserve de la convention

conclue avec cette personne publique. Un tel « droit de retour » n'est cependant pas prévu pour l'auteur salarié de droit privé.

Selon une approche opposée, la dévolution instantanée à l'employeur des droits patrimoniaux revient à priver de fait l'auteur de jouir, ne serait-ce qu'un instant, de son droit de propriété sur le logiciel. La dévolution est en pratique une expropriation déguisée. L'argument du maintien des droits moraux est assez illusoire. Il faut en effet rappeler que l'article L. 121-7 du Code de la propriété intellectuelle réduit considérablement la portée du droit au respect de l'œuvre, l'auteur du logiciel pouvant seulement s'opposer aux modifications de l'œuvre qui sont préjudiciables à son honneur ou sa réputation. Le droit de repentir et de retrait pour l'auteur salarié d'un logiciel est quant à lui supprimé (même s'il faut bien reconnaître qu'il est d'application extrêmement rare). Enfin, le droit de modification qui faisait partie des droits moraux inaliénables (et donc inexpropriables selon *CPI*, art. L. 121-1) de l'auteur selon le droit commun, fait désormais partie des droits patrimoniaux (cessibles) de l'auteur d'un logiciel (*CPI*, art. L. 122-6, 2°). Le droit moral de l'auteur se réduit donc pratiquement au droit au nom... qui sera mentionné le plus souvent dans les crédits. Par conséquent les droits moraux qui subsistent sur la tête de l'auteur salarié d'un logiciel sont réduits à leur portion congrue, et il est difficilement contestable que la loi opère une véritable expropriation des droits patrimoniaux d'auteurs du salarié auteur. Peut-on encore parler de respect ou de simple aménagement du droit de propriété lorsque le droit d'auteur se limite *ab initio* au droit au nom ?

Il est vrai que la loi prévoit que le salarié auteur d'un logiciel peut bénéficier de « dispositions statutaires [comme cela est le cas pour les agents de l'État] ou stipulations contraires », c'est-à-dire plus favorables. Mais, dans le secteur privé, cette hypothèse est assez théorique, car pourquoi l'employeur qui bénéficie automatiquement de tous les droits patrimoniaux, renoncerait-il contractuellement à une partie de cette propriété ? L'employeur n'est pas incité à négocier une solution plus favorable aux employés. Par conséquent, selon cette seconde approche, l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle, à l'exception peut-être des logiciels créés par les Agents de l'État, est susceptible d'être jugé comme une mesure organisant une véritable expropriation de l'intégralité des droits patrimoniaux d'auteur, qui doit répondre aux exigences de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

La résolution de ce débat par le Conseil constitutionnel sera essentielle si une QPC lui est soumise concernant l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle.

2° L'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle prive-t-il l'auteur de toute indemnité ?

6 - L'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle est muet sur la question de l'indemnité due au salarié, de sorte que la jurisprudence constante en a déduit qu'aucune rémunération n'est due à l'auteur salarié contraint de céder ses droits patrimoniaux¹⁶.

Pourtant, cette absence de contrepartie financière semble incohérente par rapport au principe de droit commun de rémunération proportionnelle de l'auteur (*CPI*, art. L. 131-4), en cas de cession de ses droits patrimoniaux, comme en l'espèce par l'effet de la dévolution. La jurisprudence aurait pu tout aussi bien décider d'appliquer la règle de la rémunération à cette cession automatique et de plein droit organisée par le législateur pour les logiciels « de mission ». Tel n'a pas été le cas.

Il faut noter à ce propos que le législateur a expressément prévu la possibilité d'une rémunération pour les fonctionnaires et agents publics auteurs d'un logiciel : l'article L. 131-3-3 dispose que « Un décret en Conseil d'État [...] définit en particulier les conditions dans lesquelles un agent, auteur d'une œuvre, peut être intéressé aux

12. Créé par L. n° 2006-961, 1^{er} août 2006 : JO 3 août 2006, p. 11529. – Les dispositions de l'article L. 131-3-1 s'appliquent aux collectivités territoriales, aux établissements publics à caractère administratif, aux autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale et à la Banque de France à propos des œuvres créées par leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions reçues, en application de l'article L. 131-3-2 *CPI*.

13. « Dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public, le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent de l'État dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit à l'État ».

14. « Pour l'exploitation commerciale de l'œuvre mentionnée au premier alinéa, l'État ne dispose envers l'agent auteur que d'un droit de préférence. Cette disposition n'est pas applicable dans le cas d'activités de recherche scientifique d'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 ».

15. Tel que modifié par D. n° 2001-141, 13 févr. 2001 : JO 15 févr. 2001, p. 2547 et D. n° 2005-1218, 26 sept. 2005 : JO 29 sept. 2005.

16. CA Lyon, 26 sept. 1997 : *JurisData* n° 1997-056028. – La doctrine estime qu'il s'agit d'une application logique de *CPI*, art. L. 113-9 (C. Le Stanc et M. Vivant in *JCP E* 27 mai 1999, n° 21, p. 909, n° 3). – V. déjà, CA Versailles, 8 oct. 1990 : *JurisData* 1990-049184.

produits tirés de son exploitation quand la personne publique qui l'emploie, cessionnaire du droit d'exploitation, a retiré un avantage d'une exploitation non commerciale de cette œuvre ou d'une exploitation commerciale dans le cas prévu par la dernière phrase du dernier alinéa de l'article L. 131-3-1. ». Ce décret n° 96-858 du 2 octobre 1996 prévoit en son article 1^{er} que les fonctionnaires et agents publics de l'État (définis dans une annexe) « qui ont directement participé, soit lors de l'exécution de missions de création ou de découverte correspondant à leurs fonctions effectives, soit à l'occasion d'études et de recherches qui leur avaient été explicitement confiées, à la création d'un logiciel [...] bénéficient d'une prime d'intéressement aux produits tirés, par la personne publique, de ces créations ».

Le Code de la propriété intellectuelle étant muet sur la question de la rémunération, se pose la question de la recevabilité d'une QPC pour soumettre à l'examen du Conseil constitutionnel la constitutionnalité de cette orientation jurisprudentielle en matière de créations salariées logicielles dans le secteur privé.

La QPC ne peut en effet être posée que s'agissant d'une « disposition législative applicable au litige ou à la procédure ». La question s'est donc posée de déterminer si le Conseil constitutionnel devait apprécier le texte de loi en lui-même, de façon abstraite, ou en fonction de l'appréciation jurisprudentielle qui en est faite. Le Conseil a opté, dans un souci d'efficacité juridique, pour la seconde branche de l'alternative. En effet, dans sa décision du 6 octobre 2010, le Conseil a posé le principe selon lequel « en posant une QPC, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »¹⁷. S'agissant de l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle, la QPC nous semble donc recevable en raison de l'interprétation constante donnée par la jurisprudence quant à l'absence de rémunération de l'auteur salarié¹⁸.

3° Les conditions de l'expropriation telles que définies par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen sont-elles réunies ?

7 - L'expropriation est autorisée lorsque trois conditions sont remplies.

8 - **Une nécessité publique.** – Selon une approche personnaliste traditionnelle en droit d'auteur, la nécessité publique semblerait difficile à caractériser puisqu'il s'agit en réalité de protéger un investissement réalisé par un employeur, et donc l'expropriation pour une cause d'utilité privée.

Pour d'autres, cependant, il faut appréhender la nécessité publique dans sa globalité, et non dans son individualité, c'est-à-dire par rapport à l'ensemble des employeurs : en effet, à l'instar des brevets d'invention, si une cession automatique des droits de l'auteur d'un logiciel de mission n'est pas organisée par la loi en faveur de l'employeur, il est vraisemblable que nombre d'entreprises ne prendront plus le risque de réaliser les investissements nécessaires, souvent considérables, pour la conception et le développement des logiciels¹⁹. Ainsi, cette dévolution automatique participerait à l'intérêt de la Nation et de l'économie nationale, en promouvant le progrès technologique et l'emploi des salariés du secteur du logiciel, ce qui remplirait la condition de nécessité publique²⁰. C'est sans doute la raison pour laquelle le principe du transfert automatique des droits d'exploitation du logiciel a été

étendu à l'ensemble de l'Union européenne par la directive précitée. De la même manière pour les inventions, l'employeur est réputé propriétaire des droits sur une invention de mission tant en France que dans la plupart des pays européens²¹.

9 - **Une nécessité légalement justifiée.** – Cette expropriation est légalement justifiée, dès lors qu'elle résulte de l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle issu des lois du 3 juillet 1985 et du 10 mai 1994.

10 - **Une juste et préalable indemnité.** – Quant à la juste et préalable indemnité, nous avons vu que le Code de la propriété intellectuelle est muet sur cette question, sauf pour les agents de l'État.

Tout d'abord, nous considérons que l'exigence de l'indemnisation préalable n'est pas un élément fondamental, en tout cas pas aussi fondamental que le principe même de la rémunération. En réalité, l'application stricte de cette règle pourrait conduire à un effet inverse à celui recherché, à savoir protéger le salarié auteur, car si l'indemnité doit précéder la dévolution, alors le montant de cette indemnité sera nécessairement plus faible que si l'exploitation effective du logiciel est prise en compte pour son calcul. C'est pourquoi, nous croyons que le système d'intéressement des agents publics auteurs de logiciel n'est pas contraire à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, car il est difficile de soutenir que les montants alloués à ces agents seraient injustes²². En ce sens, la doctrine considère, s'agissant de l'expropriation des brevets pour les besoins de la Défense nationale que, le terme « préalable » prévu par l'article 17 ne doit pas être considéré d'une manière stricte²³. Il semblerait contre-productif d'imposer un paiement préalable si celui-ci n'est pas favorable à l'auteur.

Pour les salariés du secteur privé auteurs d'un logiciel peut-on considérer que leur salaire incorpore cette indemnité ? Cette question a fait long feu et a nourri déjà de nombreux débats en matière de rémunération supplémentaire pour les inventions de salariés. Il est désormais reconnu par la majorité de la doctrine²⁴ et de la jurisprudence²⁵ que le salaire rémunère une activité, un travail ou une prestation, et que ce salaire ne saurait se confondre avec le prix de la cession des droits de propriété intellectuelle sur l'œuvre créée par le salarié au cours de l'exécution de sa mission (ce qui viendrait en contradiction avec le principe fondamental du droit d'auteur posé par CPI, art. L. 111-1, al. 3).

De la même façon qu'il ne faut pas confondre le prix d'achat de l'exemplaire matériel d'une œuvre avec le prix d'achat des droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés, le paiement du salaire est indépendant de la juste indemnité qui est due au salarié auteur d'un logiciel en contrepartie de son expropriation. Ainsi, il a été jugé en matière d'inventions de salariés que toute disposition du contrat de travail qui prévoit que la rémunération supplémentaire qui est due au salarié est incorporée à son salaire, doit être réputée nulle et non écrite²⁶.

Pour certains auteurs, l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle serait un véritable marché de dupes pour l'auteur

lors être considérée comme fondamentale pour le développement industriel de la Communauté ».

21. V. à ce sujet l'étude de législation comparée du Sénat du 29 juillet 2009 « La rémunération des inventeurs salariés » n° LC 199.

22. Les articles 3 et 4 du décret n° 96-858 du 2 octobre 1996 détaillent les modalités de fixation de ce complément de rémunération qui doit être versé annuellement. Schématiquement, la rémunération est fixée à 50 % de la somme hors taxe des produits tirés du logiciel perçus chaque année par la personne publique, après déduction de la totalité des frais directs supportés par celle-ci, et affectée d'un coefficient représentant la contribution de l'agent. Le pourcentage tombe à 25 % au-delà du montant du traitement brut annuel soumis à retenue pour pension correspondant au deuxième chevron du groupe hors échelle D (actuellement environ 66 000 €).

23. C. Blaizot-Hazard, *Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français* : LGDJ, Biblio. dr. public, éd. 1991, t. 159, p. 124.

24. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, § 261 : « la cause de l'obligation de verser le salaire est, en effet, bel et bien l'accomplissement de la prestation de travail et non la cession des droits de propriété intellectuelle ».

25. V. récépment TGI Paris, 12 janv. 2010, n° 08/06885, publié sur : *hipe.fr*.

26. CA Paris, 28 nov. 2008 : PIBD 2009, n° 890, III, p. 815.

17. *Cons. const.*, déc. 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC : JO 7 oct. 2010, p. 18154 ; *Gaz. Pal.* 20-21 oct. 2010, p. 12, note D. Rousseau.

18. À notre connaissance, il n'y a pas de décision contraire et la doctrine est unanime sur l'absence de rémunération.

19. Selon les considérants de la directive 91/250/CE du 14 mai 1991 « la création de programmes d'ordinateur exige la mise en œuvre de ressources humaines, techniques et financières considérables ».

20. Selon les considérants de la directive 91/250/CE du 14 mai 1991 « les programmes d'ordinateur jouent un rôle de plus en plus important dans de nombreux secteurs industriels et (...) la technologie qui s'y rapporte peut dès

salarié de logiciel. Ainsi, le professeur Gaudrat soutient que « quand la loi française ordonne un transfert du droit patrimonial sur le logiciel d'un salarié sans contrepartie financière [...] elle viole tant l'esprit des droits de l'homme que l'article 17 de la Déclaration. Il n'est pas douteux qu'il y ait là contradiction et incohérence »²⁷.

En conclusion, nous considérons qu'il existe de sérieux motifs de douter de la constitutionnalité de l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle tout au moins de son interprétation par la jurisprudence pour les salariés auteurs de logiciels dans le secteur privé.

2. L'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle face aux principes d'égalité et de non-discrimination

11 - Les principes d'égalité et de non-discrimination sont consacrés à de nombreuses reprises au sein des textes incorporés au bloc de constitutionnalité. Au-delà de la proclamation générale de l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen selon lequel « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune », l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen prévoit également que la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège soit qu'elle punisse. La jurisprudence, notamment constitutionnelle, a dû définir le périmètre et les modalités d'application du principe d'égalité très fréquemment invoqué par les plaideurs. Selon le Conseil constitutionnel, « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »²⁸. Le Conseil constitutionnel retient généralement deux raisons permettant une dérogation au principe d'égalité : un motif d'intérêt général et l'existence d'une différence de situations avérée.

La confrontation de ce principe avec l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle révèle deux contradictions potentielles, la première tenant à la différenciation entre auteurs de logiciels et auteurs des œuvres des arts appliqués (A) et la seconde entre auteurs de logiciels et auteurs d'inventions mises en œuvre par ordinateur (B).

A. - La différenciation entre auteurs de logiciels et auteurs des œuvres des arts appliqués est-elle justifiée ?

12 - Il a été précisé que l'auteur, quel que soit le type d'œuvre, jouit, en principe d'un droit de propriété exclusif opposable à tous (CPI, art. L. 111-1) et d'un régime protecteur en cas de cession des droits d'exploitation, notamment « une participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente et de l'exploitation » (CPI, art. L. 131-4). S'agissant des œuvres protégées, l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle précise qu'il ne doit pas y avoir de discrimination selon le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination. C'est ainsi que les œuvres d'arts appliqués bénéficient de la protection du droit d'auteur malgré leur caractère utilitaire et leur destination souvent commerciale, comme cela résulte expressément de l'article L. 112-2, 10° du Code de la propriété intellectuelle, au même titre que les logiciels et leur matériel de conception préparatoire, selon l'article L. 112-2, 13° du Code de la propriété intellectuelle.

Or, ce principe de non-discrimination entre les œuvres ne s'étend pas aux auteurs eux-mêmes. En effet, si le logiciel est protégeable par le droit d'auteur depuis le fameux arrêt *Pachot*²⁹ et la loi de 1985, les auteurs de telles œuvres logicielles ne bénéficient pas pour autant du même régime protecteur du droit d'auteur.

La raison généralement avancée est celle de la logique industrielle et commerciale à laquelle serait rattaché le logiciel, alors que le droit d'auteur « traditionnel » aurait pour but de promouvoir le développement et la protection des artistes. Une telle distinction semble pourtant artificielle. Force est de constater que le droit d'auteur ne se limite pas au domaine des Beaux-arts : la jurisprudence a ainsi protégé par le droit d'auteur des « œuvres » telles que des douilles de lampe, des graisseurs pour automobiles, un panier à salade, un modèle de jante pour automobile, un décapsuleur...³⁰ Les auteurs de ces œuvres bénéficient de toutes les dispositions protectrices du droit d'auteur et peuvent percevoir une contrepartie financière, généralement proportionnelle, sur les ventes, ou si l'œuvre est accessoire au produit, forfaitaire (V. CPI, art. L. 131-4). Ces créations répondent également à une logique industrielle et sont le fait, souvent, de salariés ayant pour mission de créer.

Il pourrait également être soutenu, qu'il ne saurait y avoir discrimination entre les œuvres des arts appliqués et les œuvres logicielles, lorsque l'œuvre est qualifiée de collective (CPI, art. L. 113-5), car dans les deux cas l'auteur ne perçoit aucune indemnité. À noter toutefois que, dans ce cas, le salarié n'étant pas investi des droits de l'auteur, il ne saurait y avoir d'expropriation, car il n'en a jamais été propriétaire : donc la question de la discrimination en cas d'expropriation ne se pose pas.

En application du principe d'égalité, si le législateur peut apporter des solutions différentes à des situations différentes, encore faut-il que de telles différences puissent être caractérisées. Or, les raisons qui pourraient justifier l'existence de dispositions opposées quant à la rémunération en cas d'expropriation entre un auteur de logiciel et un auteur de douille de lampe, ne sont pas évidentes. Il faudrait donc en revenir au principe posé par le Conseil constitutionnel qui exige « qu'à situations semblables, il soit fait application de solutions semblables »³¹.

Enfin, le Conseil constitutionnel veille scrupuleusement à ce que toute différence de traitement soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'introduit³². Appliqué à l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle, le respect de cette condition ne semble pas évident. En effet, la suppression de toute rémunération de l'auteur salarié d'un logiciel ne semble pas en rapport direct avec l'objet des lois de 1985 et de 1994, qui étaient respectivement de protéger les logiciels par le droit d'auteur et de transposer la directive communautaire de 1991.

Les principes d'égalité et de non-discrimination semblent donc remis en cause par la différenciation entre les auteurs selon les œuvres créées, ce d'autant plus qu'un logiciel est en soi une sorte d'œuvre des arts appliqués. Un second grief pourrait ainsi être invoqué à ce titre à l'occasion d'une QPC.

29. Cass. ass. plén., 7 mars 1986 : JCP G 1986, II, 20631, note Mousseron, Teysie et Vivant.

30. Tous ces exemples sont cités avec les références de publication in JCl. Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1155, Arts appliqués, Pascal Kamina, § 11.

31. Cons. const., déc. 12 juill. 1979, n° 79-107 DC, consid. 4 : JO 13 juill. 1979.

32. En application de ce critère, le Conseil constitutionnel a, par exemple, considéré qu'une différence instituée par une loi de finances entre les donations passées devant notaire et les autres donations n'était pas justifiée par l'objet de la loi qui était de favoriser la transmission des patrimoines du vivant de leur détenteur (Cons. const., déc. 30 déc. 1991, n° 91-302 DC : JO 31 déc. 1991, p. 17434). En revanche, la suppression de la licence des débitants de boissons et les différences qui en résultent pour les communes répondent à un objectif de simplification de la fiscalité indirecte (Cons. const., déc. 27 déc. 2002, n° 2002-464 DC : JO 31 déc. 2002, p. 22103).

27. JCl. Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1210 – Droits moraux. Théorie générale du droit moral. P. Gaudrat, § 19.

28. Cons. const., déc. 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, consid. 13, préc. note 10.

B. - La différenciation entre auteurs de logiciels et auteurs d'inventions mises en œuvre par ordinateur est-elle justifiée ?

13 - Une autre discrimination pourrait être constituée selon que le logiciel créé est une invention brevetable ou non. Sans rentrer dans l'épineux débat sur la brevetabilité des logiciels, il suffit de rappeler que si un logiciel n'est pas brevetable en tant que tel, une invention mise en œuvre par ordinateur peut être considérée comme brevetable si elle présente un caractère technique³³. Or, dans le cas d'un logiciel brevetable réalisé par un 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, l'article L. 611-7 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que l'invention mise en œuvre par ordinateur appartient à l'employeur, mais que le salarié doit bénéficier d'une rémunération supplémentaire³⁴.

Si un salarié réalise un logiciel dans le cadre de ses fonctions (les conditions d'application posées par les articles L. 113-9 et L. 611-7 du CPI étant proches), il aura droit à une contrepartie financière si ce logiciel présente un caractère technique, mais à aucune rémunération dans les autres hypothèses, ce qui semble discriminatoire.

Il pourrait être objecté que les situations sont différentes, du fait que la loi sur les brevets protège les fonctionnalités d'un programme d'ordinateur, indépendamment de l'écriture du programme, alors que le droit d'auteur protège à l'inverse le logiciel dans sa forme, à savoir ses codes source et exécutable, indépendamment des idées ou des algorithmes qu'il contient.

Ce faisant, comme nous l'avons déjà rappelé, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel cette différence de situations ne peut engendrer de différence de traitement que si cette dernière est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'introduit. Or, la suppression de toute rémunération pour l'auteur salarié d'un logiciel, alors que le même salarié auteur d'un logiciel « brevetable » perçoit lui une rémunération, ne semble pas non plus en rapport direct avec l'objet des lois de 1985 et de 1994, qui étaient respectivement de protéger les logiciels par le droit d'auteur et de transposer la directive communautaire de 1991.

Il existe donc également une discrimination entre auteurs de logiciels, qu'aucune raison d'intérêt général ou de situations différentes ne semble pouvoir expliquer.

14 - Ainsi, en conclusion, il pourrait être soutenu que le salarié de droit privé auteur d'un logiciel de « mission » se trouve d'une part, exproprié sans indemnité de ses droits patrimoniaux d'auteur sur son œuvre, et, d'autre part, discriminé par rapport aux auteurs des œuvres d'arts appliqués, et vis-à-vis des auteurs des inventions mises en œuvre par ordinateur.

Il nous semble donc que l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle est susceptible d'être déclaré inconstitutionnel si une QPC est posée à ce sujet. En alternative, le Conseil pourrait remédier à ces manquements, en faisant une réserve d'interprétation sur l'article L. 113-9 consistant à imposer une rémunération au salarié auteur d'un logiciel de « mission », dès lors que le texte de l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle n'exclut pas formellement la contrepartie financière. Ce serait une solution élégante de rendre la loi conforme à notre Constitution. Le Conseil avait émis une telle réserve d'interprétation s'agissant de l'article 14 de la loi du 1^{er} août 2006 (codifié *CPI*, art. L. 331-7). Ce texte prévoyait que l'Autorité de régulation des mesures techniques a pour mission de garantir l'interopérabilité des systèmes et des services existants, s'agissant des mesures techniques de protection. À cette fin, l'Autorité peut imposer au titulaire des droits qu'il communique les informations essentielles à l'interopérabilité. Le Conseil ne censure pas cette disposition mais a émis une réserve d'interprétation : « à défaut de consentement de ces derniers [titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin ayant recours aux mesures techniques de protection, ainsi que les titulaires des droits sur ces mesures elles-mêmes] à la communication des informations essentielles à l'interopérabilité, cette communication devra entraîner leur indemnisation ; que dans le cas contraire, ne seraient pas respectées les dispositions de l'article 17 de la Déclaration de 1789 »³⁵.

Néanmoins, il est possible que le texte de l'article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle et son interprétation jurisprudentielle actuelle subsistent encore plusieurs années car les contentieux en la matière sont d'autant plus rares que la rémunération est inexistante.

Indépendamment de l'issue d'une éventuelle QPC, il nous apparaît opportun que le législateur se saisisse de la question plus globale de la réforme de la création salariée. Les principes actuels du droit d'auteur ne sont pas adaptés aux créations des salariés dans le domaine des arts appliqués, du design, du multimédia, du logiciel, c'est-à-dire dans les domaines n'appartenant pas aux Beaux-arts. Les entreprises et leurs conseils praticiens de la propriété intellectuelle rencontrent des problèmes quotidiens pour traiter les questions délicates du salariat et de la création, qui sont sources de grande insécurité juridique. Le régime actuel n'est satisfaisant ni pour les entreprises qui ne bénéficient pas automatiquement des droits sur les créations de leurs salariés (sauf pour les logiciels et les inventions) ni pour les auteurs salariés qui n'ont souvent pas conscience d'être titulaires de droits, et qui, en tout état de cause, hésitent à les exercer tant qu'ils sont encore salariés, et souvent ne reçoivent, en pratique, aucune rémunération. Peut-être faudra-t-il attendre une QPC pour qu'une réforme plus ambitieuse et harmonisée s'intéresse aux créations salariées de mission ? ■

Mots-Clés : Droit d'auteur - Création salariée - Logiciel - Question prioritaire de constitutionnalité

33. OEB, *gde ch. de recours*, 12 mai 2010, déc. G3/08.

34. Rémunération qui peut aller de quelques milliers d'euros à quelques centaines de milliers d'euros selon la valeur de l'invention et l'exploitation réalisée, selon la jurisprudence française.

35. *Cons. const.*, déc. 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, consid. 41, préc. note 10.