

SALAIRE, PROFIT, PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Observations générales sur le droit du travail, le droit de la propriété intellectuelle et le droit des sociétés

Antoon Quaedvlieg [\[*\]](#)

Il n'est pas rare en droit de la propriété intellectuelle que les droits sur une oeuvre ou une invention réalisées par un employé sont reconnus à l'employeur, soit par disposition légale, soit par d'autres techniques juridiques. Ceci dit, on peut se demander s'il y a lieu, dans certains cas, de reconnaître une compensation au salarié, et plus particulièrement une compensation sous la forme d'une participation aux bénéfices. Cette question relève-t-elle du droit du travail ou du droit de la propriété intellectuelle? Traditionnellement, le droit du travail semble l'emporter. En revanche, il sera soumis ici qu'une réponse doit être trouvée en consultant les fondements de la propriété intellectuelle. Les solutions qui en résultent n'étant que difficilement conciliables avec celles auxquelles mènerait l'application du droit du travail – en particulier quand il s'agit des revenus produits par un droit d'une rentabilité extraordinaire - une approche empruntée aux droit des sociétés semble plus fructueux et plus réaliste que la soumission aux contraintes du droit du travail.

INTRODUCTION

Employeur, employé et droits intellectuels

En ce qui concerne les brevets, il est courant d'attribuer le droit à l'employeur, par diverses techniques et dans diverses mesures selon le droit national en cause. Telle n'est pas la situation en droit d'auteur, ou certains systèmes favorisent l'employeur, mais ou d'autres ont tendance à restreindre ses droits aux pouvoirs qui lui ont été transférés. La ligne de démarcation suit dans une large mesure la division entre les pays du "droit d'auteur" et ceux du "copyright". [\[1\]](#) Dans des pays de droit d'auteur comme la France et la Belgique, mise à part la solution spéciale pour les oeuvres collectives, le principe d'une cession explicite des droits en cas de création d'une oeuvre l'emporte. [\[2\]](#) En droit Canadien, la position de l'employé doit sérieusement être prise en compte, [\[3\]](#) à tel point qu'il peut se dégager, en jurisprudence et en doctrine, une volonté d'atténuer la "perte" que subit l'entreprise lorsqu'elle n'est pas déclarée titulaire du droit d'auteur. [\[4\]](#) Le droit néerlandais par contre favorise l'employeur, en droit d'auteur comme en droit des brevets. [\[5\]](#) Ainsi ce système, qui pourtant prend ses racines dans la tradition du droit d'auteur, se rapproche des solutions des systèmes de copyright, qui visent plutôt le côté de l'entrepreneur. A l'appui de cette approche, on soutient entre autres qu'elle mène à une concentration des droits à la fois utile et pratique. [\[6\]](#)

La question principale: une compensation pour l'employé

Si, dans un système donné, les droits sont impartis à l'employeur, y aurait-il lieu de reconnaître une récompense supplémentaire à l'employé, en dehors de son salaire? Dans la mesure où une telle récompense est possible, la décision de laisser les droits à l'employeur serait moins dure et moins pénible.

À prime abord, le problème semble suggérer que les questions de la récompense supplémentaire pour l'inventeur, respectivement pour l'auteur salarié appartiennent à deux mondes différents. Non seulement les législateurs ont-ils bien prêté attention au problème en droit des brevets, en l'ignorant en même temps presque complètement en droit d'auteur, [\[7\]](#) mais encore se trouve-t-on, en doctrine, souvent face à une approche individuelle et séparée pour chacun des droits.

En droit des brevets, il n'est pas exceptionnel que le législateur ait prévu une compensation pour l'inventeur salarié. L'Allemagne connaît un système de règles détaillées pour une récompense supplémentaire à l'inventeur salarié, à l' *Arbeitnehmererfindergesetz*. [8] La *Patents Act* anglaise a, en cette matière, entre autres été inspirée par le droit Allemand et Suédois. [9] En France, l'attribution de la rémunération supplémentaire a un caractère obligatoire depuis 1990; [10] mais la fixation de cette rémunération est laissée à la liberté contractuelle. [11] Aux Pays-Bas également, la loi contient une base pour la compensation de l'inventeur salarié. En vertu de l'alinéa 6 de l'article 12 du *Rijksoctrooiwet 1995*, l'employeur est tenu de reconnaître à l'inventeur un montant équitable compte tenu de l'intérêt financier de l'invention et des circonstances sous 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. [12]

En droit d'auteur, la rémunération supplémentaire pour l'auteur salarié n'a pas été l'objet au même degré des préoccupations des législateurs. En effet, il se peut que souvent, le problème ne se pose pas avec la même urgence qu'en droit des brevets. Tandis que l'occurrence d'une invention reste une chose difficilement prévisible, le niveau et la réputation d'un auteur permettent déjà un peu plus de prévoir les qualités de son travail et son succès commercial, ce qui à son tour facilite la négociation d'un salaire qui y correspond. En outre, dans les secteurs traditionnels comme les arts et la littérature, les auteurs les plus prometteurs – ou les plus surprenants – travaillent encore souvent en toute indépendance, n'ayant pas besoin de toute l'infrastructure qui est indispensable à l'inventeur et que souvent seule l'industrie peut souvent financer et offrir.

Néanmoins, au niveau des principes ainsi qu'au niveau de la pratique, la question de la rémunération supplémentaire se pose aussi bien pour les auteurs que pour les inventeurs. [13] Comme les inventions, les oeuvres de l'esprit peuvent avoir un succès qui dépasse toute espérance et qui justifie d'accorder à l'auteur une récompense suffisante. Parfois une loi porte des traces qui révèlent que ce souci a inspiré le législateur. Au paragraphe 36 de l' *Urheberrechtsgesetz*, surnommé le "Bestsellerparagraf", 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'oeuvre. Cette disposition est considérée également s'appliquer dans les relations de travail. [14] Dans une étude devenue classique, *Dittrich* [15] a défendu qu'une rémunération revient à l'auteur salarié si le salaire qu'il touche ne contient pas de récompense raisonnable pour la cession des droits d'exploitation. [16] Parfois, la pratique contractuelle assure des rémunérations pour usages supplémentaires. [17]

Le droit d'auteur a encore une particularité. A la différence du droit des brevets, on peut soutenir avec plausibilité qu'en droit d'auteur, l'employeur ne saurait acquérir des droits d'exploitation hors de son champ de commerce habituel. [18] 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 des droits d'exploitation qui ne reviennent pas à l'employeur, et que celle-ci devra être prise en compte en fixant la rémunération supplémentaire.

Tout ceci n'empêche pas qu'en droit d'auteur, la récompense raisonnable se trouve encore dans un état embryonnaire en comparaison avec le droit des brevets. Il est douteux que cette situation aurait pu changer beaucoup tant que les terrains des deux droits de propriété intellectuelle seraient restés séparés. Or ceci est de moins en moins le cas, maintenant que le droit d'auteur s'aventure de plus en plus sur le domaine traditionnellement réservé au droit des brevets, surtout lorsqu'il s'agit des logiciels. Dès lors, 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. [19] 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. C'est ce qui sera fait dans un premier point (1).

Même si, en *principe*, la loi prévoit une rémunération supplémentaire, les avis peuvent être partagés quant à son fondement juridique, avec des conséquences non négligeables pour son montant. Ainsi, la jurisprudence néerlandaise en matière de brevets est inclinée à limiter l'ampleur de la récompense à une modeste "gratification" à l'échelle qu'on la connaît en droit du travail.

[20] Encore récemment la "Hoge Raad" a rejeté le pourvoi en cassation d'un inventeur qui revendiquait plus que cette "gratification", à savoir une participation aux bénéfices réalisés par l'exploitation du droit exclusif. [21] Il est apparu, dans cette affaire, une grosse différence entre la récompense accordée par le premier juge, qui avait tenu compte, dans son calcul, du chiffre d'affaires réalisé, et celui à laquelle arrivait le juge en deuxième instance, qui a refusé de faire autant. Ainsi se manifeste un écart assez important entre ce qu'on pourrait appeler une approche du droit des brevets contrastant avec une approche du droit du travail. Or 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. Ce sera abordé dans un deuxième point (2).

1. JUSTICE ET UTILITÉ DE LA RÉCOMPENSE SUPPLÉMENTAIRE

Les droits de propriété intellectuelle suivent un objectif. Il faut examiner si la récompense supplémentaire peut entrer dans cet objectif.

Trois aspects réapparaissent constamment comme objectifs et fondements de la propriété intellectuelle. La propriété intellectuelle est une question de justice: "every man has a right in the fruit of his own labour". Il est juste qu'on puisse exiger une contrepartie pour son travail et ses investissements en temps, argent et talent. La propriété intellectuelle forme en outre un encouragement à l'innovation technique et culturelle: le "progress of science and the useful arts" dont parle la Constitution Américaine. La propriété intellectuelle, et en particulier le droit d'auteur, vise finalement à protéger la personnalité de l'auteur. La récompense supplémentaire peut trouver une justification dans les objectifs de justice (A) et d'utilité (B). 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.

1.1 JUSTICE DE LA RÉCOMPENSE SUPPLÉMENTAIRE

Si on contemple 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. Cela a plusieurs conséquences.

D'abord, ce sera 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 oeuvre qu'il ne peut rentabiliser, aussi géniale soit-elle. [22] Cela s'ensuit directement de la nature de la propriété intellectuelle. Les droits d'exploitation sont concus 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. [23]

Le rattachement à la valeur commerciale a encore pour conséquence qu'il sera nécessaire d'arriver, en appréciant l'apport du créateur intellectuel, à un équilibre raisonnable avec les autres facteurs qui ont pu contribuer au succès du produit. Il y en a de nombreux: le support de

l'entreprise au développement et à la réalisation; la participation d'autres employés; le marketing et le réseau de distribution facilitant la vente; la réputation de l'entreprise; le fait que le produit peut être protégé par d'autres droits exclusifs, et d'autres circonstances. On ne peut bien-sûr pas attribuer le résultat entier uniquement au travailleur intellectuel.

Le fait qu'il n'y ait injustice qu'en cas de *gros* décalage entre les bénéfices et la rémunération de l'employé, signifie qu'il 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 benefit". L'exposé des motifs de la loi sur les brevets néerlandaise [24] 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 grandes*.

Il n'existe pas une justice propre et limitée à la propriété intellectuelle; c'est pourquoi ses exigences peuvent aussi être remplies par les instruments du droit civil. Quoique la loi sur le droit d'auteur n'y pourvoit pas, on soutient que des bénéfices exceptionnels pourront justifier une rémunération supplémentaire, [25] fondée notamment sur les dispositions du droit civil général relatives au bon patronat, la bonne foi et l'imprévision. [26]

Un sentiment d'injustice dû à un décalage excessif pourrait naître en particulier au sein des petites entreprises, dont la prospérité peut parfois dépendre d'une seule invention. Cette invention peut être le travail du seul ingénieur employé par l'entreprise qui l'a développée sans aide d'autres personnes. Les dirigeants ou les propriétaires de l'entreprise vivent alors dans l'abondance grâce à une invention ou une oeuvre qui ne profite en aucune façon à son créateur. Une telle disparité entre les 'recettes' de personnes identifiables se manifesterait peut-être moins facilement dans une plus grande entreprise, où les revenus bénéficieraient de façon plus égale à l'ensemble de l'entreprise, les dirigeants et les actionnaires, et où d'autre part il y aurait plus de moyens de récompenser l'inventeur avec des promotions internes. Si, par conséquent, le sentiment de justice justifiant la récompense supplémentaire peut être exacerbé par des circonstances qui se peuvent trouver réunies plutôt dans de petites entreprises, cela n'empêche nullement que des bénéfices extraordinaires donnant lieu à une récompense peuvent aussi bien survenir dans une plus grande entreprise. [27]

L'élément de la personnalité

La justice d'une récompense supplémentaire peut encore être secourue par un élément de personnalité. Dans la mesure où le produit d'un employé est plus personnel, il lui est plus attribuable; dans la mesure où il lui est plus attribuable, il est plus injuste de ne pas lui accorder une part des revenus. Ceci compte aussi bien pour des oeuvres artistiques créées dans une grande indépendance et portant l'empreinte personnelle de l'auteur, que pour des inventions originales réalisées, à un degré considérable, indépendamment de l'employeur (de ses directives, de son savoir-faire, de son infrastructure).

1.2 UTILITÉ DE LA RÉCOMPENSE SUPPLÉMENTAIRE

Une récompense supplémentaire peut-elle encourager l'innovation?

Une des justifications les plus importantes de la propriété intellectuelle est qu'elle formerait une incitation à l'innovation technique et culturelle. Néanmoins, il semble qu'on ait souvent bien peu de confiance que cet effet puisse être aussi atteint par une récompense supplémentaire pour l'employé. 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'utilisera à des fins de consommation et à des fins non-productives. C'est un scepticisme qui est parfois trop gratuitement accepté. On se demande s'il ne pourrait pas être inspiré par l'exemple des inventeurs et auteurs *autonomes*, en dehors de l'entreprise, qui sont, selon le préjugé, les uns des desincarnés, les autres des noceurs qui destineraient toute compensation à l'extravagance et à l'entretien de leurs nombreuses maîtresses. [28] Tel n'est pas nécessairement le cas des inventeurs et des auteurs salariés. Il est fréquent que certains d'entre eux se trouvent, à un moment de leur carrière, appelés à des fonctions d'administration de leur département ou de l'entreprise. Qui peut diriger, a des qualités d'entrepreneur; qui est capable d'entreprendre, peut être un entrepreneur indépendant. Une participation aux bénéfices de l'exploitation du droit exclusif pourrait faciliter pour un tel employé la démarche d'établir sa propre entreprise. Il n'est pas du tout exclu qu'un tel mécanisme pourrait servir l'innovation. Là où des chances sont créées pour de nouvelles initiatives peut-on espérer voir l'innovation accélérer et la concurrence s'accroître. On le voit illustré dans le secteur de l'automatisation ou avec une certaine régularité d'anciens auteurs salariés ont monté leur propre boîte. On ne peut guère douter que ceci aura profité à la concurrence, au consommateur et à la diversité de l'offre. On constate également que des directeurs de film se transforment en producteur (ou, par ailleurs, que des acteurs deviennent directeur ou producteur). C'est précisément dans ces situations où le travailleur intellectuel est déjà habitué à introduire 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 est 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.

L'élément de la personnalité

Les arguments avancés se trouvent de nouveau dans une certaine relation avec l'élément personnel. C'est le plus évident en droit d'auteur, en particulier en ce qui concerne la création littéraire et artistique au sens étroit. L'innovation culturelle peut être assimilée au développement du style propre, du message personnel de l'auteur. Celui qui s'en montre capable, mérite d'être stimulé par le droit. Il doit être aidé afin de "s'émanciper" des circonstances qui soumettent le résultat de son travail à l'autorité d'autres personnes. Mais en principe, l'encouragement de solutions originales et d'une approche propre mérite tout autant le soutien par le droit des brevets.

La part de l'employé ne nuit pas à l'industrie

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 "paye" la récompense supplémentaire, mais, pour ainsi dire, le droit exclusif créé par le législateur. Mais il est plus important de constater que dans la pratique, la part de l'employé ne nuit pas à l'industrie. Les frais du système de compensation détaillé dans l'*Arbeitnehmererfindergesetz* Allemande n'ont pas empêché l'industrie Allemande d'obtenir une très forte position concurrentielle. [29] Il est

pourtant évident que notamment la charge administrative en rapport avec le calcul de la récompense peut être pénible pour l'entreprise.

Le système qui réserve la récompense supplémentaire au cas de bénéfices extraordinaires, mérite donc l'attention. La récompense de l'employé est moins problématique pour l'employeur s'il a déjà, lui, joui des bénéfices importants. Le même fait justifie alors les charges administratives liées avec le calcul de la récompense due.

En définitive, on peut constater que des raisons de justice ainsi que d'utilité peuvent favoriser une récompense supplémentaire et proportionnelle pour l'employé en cas de bénéfices extraordinaires réalisées par l'employeur à partir du droit exclusif. [30]

2 LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ENTRE TRAVAIL ET ENTREPRISE

Considérée sous l'angle du droit du travail, une participation de l'employé aux bénéfices de la propriété intellectuelle se heurte au principe que les fruits du travail reviennent à l'employeur. Or en doctrine comme en jurisprudence on se réfère souvent précisément aux principes du droit de travail pour régir les questions concernant les auteurs et inventeurs salariés. [31] Combien cela peut nuire à l'employé a été illustré aux Pays-Bas dans une affaire concernant un inventeur salarié. Le juge en seconde instance, refusant de faire le lien entre la récompense supplémentaire et le chiffre d'affaires et se rattachant au principe de droit du travail que les fruits d'un travail déterminé reviennent à l'employeur, a réduit la récompense octroyée par le juge de première instance de plus de 85%, de Dfl. 585.000,- à une gratification de Dfl 75.000,- (environ \$ 40.000,-). [32] On ne parle donc pas d'une différence académique.

Il est toutefois discutable si les principes de droit de travail doivent régir la question de la récompense supplémentaire. Il semble artificiel et, en fait, erroné de considérer le droit exclusif comme un fruit du travail (2.1). Une approche en tant qu' *apport à l'entreprise* semble plus prometteuse (2.2).

2.1 LE REJET DE L'APPROCHE PAR LE DROIT DU TRAVAIL

2.1.1 Le droit de la propriété intellectuelle n'est pas un fruit du travail

C'est avec trop de complaisance que le droit de propriété intellectuelle est souvent compte parmi les fruits du travail. En vérité, seule la création intellectuelle en tant que telle – l'invention ou l'oeuvre – est 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'oeuvre 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 ensemble de règles. [33] 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 les lois sur le brevet. [34]

2.2.2 Le salaire est une compensation inadéquate pour des bénéfices élevés

Le salaire peut fournir une compensation pour les rapports ordinaires d'un droit exclusif. Comme on l'a vu, l'Exposé des motifs de la loi sur les brevets néerlandaise a estimé que l'employeur et l'employé entrent, dans un certain degré, dans un contrat aléatoire, ou l'employé renonce, en

échange d'un salaire fixe, aux avantages incertains liés à son invention. Dans des situations ne sortant pas de l'ordinaire, la théorie voulant que le salaire contienne une compensation pour la perte du droit exclusif peut former une alternative – parfois pratique - à la rémunération proportionnelle. Cette dernière reste le principe en droit d'auteur français, en vertu de l'article L. 131-4, alinea 1er CPI. [35] Mais ceci change si le droit exclusif rend des bénéfices extraordinaires. Le salaire accordé par un contrat de travail est d'ordinaire fondé sur une valeur prévisible du travail. Ici se trouve concerne 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 contrebalance qui couvre de façon équitable tous les cas possibles.

L'approche inspirée par le droit du travail semble ignorer ce déséquilibre des prestations. Il est même avancé que ce serait qu'une discrimination d'accorder à un inventeur des avantages que les autres salariés ne reçoivent pas. [36] À cela s'oppose 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. Il n'en doit pas être différent pour l'inventeur ou l'auteur.

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. On peut exiger d'un employé qu'il travaille, mais on ne peut pas exiger qu'il fasse des inventions [37]- et encore moins qu'il fasse des inventions hautement rentables. Il faut se poser la question si quelque chose, qui dépend plutôt de la fortune que du travail, doit être régi par le droit du travail.

Le succès commercial des œuvres de certains auteurs pourrait parfois être mieux prévisible que le succès des efforts des inventeurs. De certains auteurs célèbres on peut escompter un nouveau succès. Mais tandis que ces auteurs célèbres voudront justement stipuler une participation aux bénéfices, la même chose n'est pas moins à propos en cas d'un auteur jeune ou inconnu qui pourrait déclencher un succès. En tous cas, les principes de droit du travail se montrent inadéquats.

2.2.3 La dilution du lien de subordination

Le lien de subordination est souvent considéré comme la caractéristique essentielle du contrat de travail. [38] Mais les auteurs et inventeurs travaillent souvent dans une certaine liberté. Cette liberté peut aller très loin: on peut s'imaginer qu'un éminent auteur, même s'il travaille pour un employeur, disons un journal, peut jouir d'une liberté quasi totale dans ses écritures, le journal ne se réservant que le droit de ne pas les publier, comme moyen ultérieur. Même si cela n'empêche pas nécessairement qu'il existe toujours, dans le sens juridique, un lien de subordination, il faut tout de même constater que ce lien est devenu dilué sous maints aspects. De la dilution de l'élément essentiel du contrat de travail, il s'ensuit naturellement que les principes de droit de travail ne sont plus d'application exclusive et impérative. Si les circonstances l'exigent, il peut y avoir une raison de laisser entrer, dans l'obligation, des éléments empruntés à d'autres domaines juridiques, comme en l'espèce la propriété intellectuelle. Autrement, l'applicabilité du droit du travail même aurait dû retenir le législateur d'adopter en matière de propriété intellectuelle des dispositions prescrivant une récompense pour l'employé.

Il y a un lien logique direct entre la dilution de l'élément essentiel du droit du travail, le lien de subordination, et l'accroissement des raisons soutenant la propriété intellectuelle, à savoir l'incitation à la création nouvelle, individuelle et surprenante. Il ne faut pas que les mesures et les instruments juridiques découlant de ces raisons soient étouffés par une application aveugle des principes de droit du travail. Cela irait à l'encontre des fins de la propriété intellectuelle. La

gratification empruntée au droit du travail ne sera – dans le cas de bénéfices importants - pas juste, parce que trop modeste. Il ne stimulera pas non plus, parce qu'il ne laissera qu'un sentiment de déception chez l'employé et il ne sera pas en mesure de permettre à ce dernier de s'établir comme entrepreneur indépendant. Ce qui mène à la question s'il n'y a pas une approche juridique qui permette de mieux concilier les intérêts de l'employeur, de l'employé et de l'innovation.

2.2 “L'APPORT EN SOCIÉTÉ” DES DROITS DE L'EMPLOYÉ

Le travail peut aussi être une forme d'apport en société. Le travail prend alors le caractère d'une contribution à une entreprise commune. Il se prête plus à une approche sous l'angle du droit des sociétés.

Une telle approche pourrait-elle être utile pour la question de la récompense supplémentaire pour l'inventeur et l'auteur salarié? Avant de suivre cette approche, il faut d'abord distinguer le travail intellectuel du droit intellectuel. Puisqu'il y a un contrat de travail, le fruit du travail intellectuel appartient à l'employeur; celui-ci peut s'en servir. La même chose ne compte pas nécessairement pour le droit intellectuel. En principe, celui-ci revient à l'auctor intellectualis. Mais pour des raisons pratiques (l'employeur a payé et facilité le travail intellectuel) et juridiques (concentration des droits dans une main) la loi dispose que faute de stipulation contraire, il revient à l'employeur. Cela n'en fait toujours pas un fruit du travail; il y a toute liberté d'y appliquer un autre régime, qui permet de prendre en compte une récompense pour l'employé. Cela ne serait pas contraire aux raisons que le législateur a eues d'accorder le droit en tant que tel à l'employeur. En fait, la concentration des droits souhaitable ne forme pas d'obstacle à ce que l'employé reçoive l'incitation pécuniaire visée par les droits de la propriété intellectuelle. Elle forme une correction équitable quand le travail intellectuel a été moins facilité par l'employeur et davantage poursuivi par les propres initiatives de l'employé. Pourquoi ne pas dire que le droit intellectuel revient à l'entreprise comme un apport en société au titre d'une disposition dans la loi.

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. Il y a plus. 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, il semble conforme à la réalité – à caractériser cette chance comme un risque d'affaires, encouru par les deux parties, à partir d'investissements et 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 en vue des bénéfices réalisés avec le droit exclusif, il a droit à une autre rémunération, proportionnelle à son apport et au succès commercial de l'invention.

En ce qui concerne le droit d'auteur, la thèse de l'apport en société pourrait même être encore plus séduisante, étant donné qu'il y a d'autres éléments spécifiques à l'auteur et aisément identifiables, dont on peut soutenir qu'ils s'ajoutent à son apport en société. Ce sont son nom et sa réputation. Si les œuvres d'un auteur salarié sont mis en marché sous son propre nom, cela démontre le plus souvent deux choses à la fois: que l'entreprise s'en sert en tant que recommandation pour la qualité (individualisée et haut de gamme) de son produit, *et* que l'auteur s'en sert pour lui-même, pour sa réputation. La réputation de l'auteur est le capital de son "entreprise comme auteur": sa carrière. Il gère sa propre entreprise en tant qu'auteur parce qu'il crée des œuvres en jouissant d'une mesure d'indépendance suffisante et parce que ces œuvres sont mises en marché sous son nom. Ceci lui procure au fil des ans un capital commercial inaliénable et propre qui consiste en son nom et sa réputation. 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 construction permet de

mieux mettre en relief les spécificités de l'obligation entre les parties (ou de l'ensemble de leur obligations) que le contrat de travail.

D'autre part, la construction comme apport en entreprise respecte totalement le souci du législateur de concentration des droits. L'autre solution qui consisterait en accorder, aux employés, une propriété partagée, [39] peut comporter le danger de nuire à la transparence et à la sécurité juridique et ainsi à l'esprit de décision de l'entreprise. Du point de vue international, la solution de la propriété partagée est rare. [40] La mise en garde que la propriété partagée pourrait s'avérer une source de complications semble justifiée. [41]

CONCLUSION

La chance de profit qui découle des droits exclusifs sur du travail intellectuel exécuté dans le cadre d'un contrat de travail mais dans une indépendance relative revient (sauf clause contraire) à l'employeur, non pas comme fruit du travail, mais comme un apport (obligatoire) en société. En principe, une compensation pour l'apport de l'inventeur ou de l'auteur peut être considérée comme faisant partie de son salaire. La compensation doit néanmoins être en rapport avec les bénéfices de l'entreprise, et en cas de bénéfices extraordinaires, une compensation supplémentaire et proportionnelle doit être accordée. Ceci répondra le mieux à la finalité de la propriété intellectuelle, de réaliser une incitation à l'innovation en accordant une rétribution pécuniaire reliée au succès commercial de l'invention ou de l'oeuvre.

[© [Antoon Quaedlyg, 1998](#)]* Doyen de la Faculté de droit de l'Université catholique de Nimègue aux Pays-Bas.

[1] J.M.B. Seignette, *Challenges to the creator doctrine*, Kluwer Information Law Series, Deventer 1994; Ghislain Roussel, "Le droit d'auteur des auteurs salariés et employés: étude comparative de législations nationales et internationales", *Le Droit d'Auteur* 1990, 232-245 (distingue encore les pays à économie de marché planifiée et les pays nordiques); Alain Strowel, *Droit d'Auteur et Copyright*, Bruxelles/Paris 1993, p. 323-389; Th. Limperg, *Employees Rights in their capacity of authors*, *Copyright* 1980, 293-300

[2] Frank Gotzen et Marie-Christine Janssens, "Les chercheurs dans les Universités et les centres de recherche: un cas particulier du droit d'auteur des salariés?", (juillet 1995), *RIDA* 165, p. 23-39

[3] Daniel S. Drapeau, "Employeur et employé: à qui l'invention?", (1997), 9 *CPI* 393-412

[4] Ysolde Gendreau, "La titularité des droits sur les logiciels créés par un employé", (1995), 12 *RCPI/CIPR* 147-159, cf. p. 150

[5] Selon l'article 12, al. 1er de la *Loi sur les brevets de 1995*, le droit sur un brevet revient à l'employeur si la nature de l'emploi qu'une personne occupe au service d'un autre, demande que celle-ci applique des connaissances spécifiques en vue de réaliser des inventions du même genre que celui auquel la demande de brevet a trait. Selon l'article 7 de la loi sur le droit d'auteur de 1912, si le travail, exécuté au service d'un autre, consiste en la création d'oeuvres littéraires, artistiques ou scientifiques déterminées, sera, sauf clause contraire, considéré comme auteur, celui au service duquel les oeuvres ont été faites. Il est admis en droit néerlandais que ce dernier peut être une personne morale.

[6] Jacqueline M.B. Seignette, *Challenges to the Creator Doctrine*, Kluwer Information Law Series 1994, p. 114-115; 130-132

[7] ce qui, vu la position spéciale de l'auteur dans les systèmes de droit d'auteur, peut paraître paradoxal: Adolf Dietz, *The Relation Employer – Employee under the Copyright Act in Germany*, in: Mom/Keuchenius, *Het werkgeversauteursrecht. Kan de werkgever het maken?*, Kluwer Deventer 1992, p. 35-44 (See p. 36)

[8] Gesetz über Arbeitnehmererfindungen

[9] William R. “Cornish, Rights in Employees Inventions – The United Kingdom Position”, [1990] *IIC* 21 p. 299

[10] *Loi du 26 novembre 1990*

[11] Paul Mathély, *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, Paris 1991, p. 162

[12] Les juges ne se montrent toutefois pas trop généreux dans les récompenses qu'ils accordent: V. la jurisprudence citée par G.J.J. Heerma van Voss, *De werknemer als uitvinder*, BIE 1997, 29-32, p. 32

[13] Hirsch Ballin, RM Themis 1964, 295-312 justifie toutefois l'indifférence du législateur à l'égard de la rémunération supplémentaire pour l'auteur salarié en invoquant l'argument qu'une compensation pour le manque d'un droit exclusif est mieux à propos pour l'inventeur salarié, le droit d'auteur ne procurant pas, comme le droit des brevets, un “offensive monopoly”. N'empêche qu'il procure des bénéfices, et c'est la seule chose qui compte ici.

[14] Vinck, in: Nordemann/Vinck/Hertin, *Urheberrecht*, 9eme ed. 1998, p. 372; Gerhard Schricker, *Urheberrecht. Kommentar*, Munchen 1987, p. 503, et la littérature citée en ces sources. La disposition du paragraphe 36 ne serait que rarement invoquée devant les tribunaux.

[15] Dittrich, *Arbeitnehmer und Urheberrecht*, INTERGU-publications no. 55 (1978)

[16] Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 406

[17] Sabine Rojahn, *Der Arbeitnehmerurheber in Presse, Funk und Fernsehen*, München 1978, p. 38/39

[18] Adolf Dietz, *The Relation Employer – Employee under the Copyright Act in Germany*, in: Mom/Keuchenius (eds.), *Het werkgeversauteursrecht*, Kluwer Deventer 1992, p. 44

[19] Ysolde Gendreau, *La titularité des droits sur les logiciels créés par un employé*, (1995), 12 *RCPI/CIPR* 147-159; Dietz, *The Relation Employer – Employee under the Copyright Act in Germany*, in: *Het werkgeversauteursrecht*, Kluwer Deventer 1992, p. 36. Différemment: Nordemann/Vinck, in: Nordemann/Vink/Hertin, *Urheberrecht*, 9ème éd. 1998, qui s'opposent à l'application des dispositions de l' *Arbeitnehmererfindergesetz* aux logiciels protégés par le droit d'auteur, parce que les intérêts sont différents et parce que les rémunérations en droit des brevets sont fondées sur une durée de protection beaucoup plus limitée. Ils se montrent par contre en faveur de l'application aux logiciels du “Bestsellerparagraphe” de l'article 36 de la loi allemande sur le droit d'auteur (Op. cit. p. 372 (Vinck)).

[20] Rijlaarsdam, “De vergoeding voor de “uitvinder in dienstbetrekking” behoeft verbetering, een voorstel tot wijziging van art. 12 lid 6 van de ROW”, *BIE* 1996, 115-120, fait passer en revue la jurisprudence

[21] Hoge Raad 27 mei 1994, Nederlandse Jurisprudentie NJ 1995, 136 note Spoor; Bijblad bij de Industriële Eigendom BIE 1995, 73-98; Intellectuele Eigendom en Reclamerecht IER 1994, 127

- [22] Ainsi H.R Furstner, *De arbeidsverhoudingen in het industriële eigendomsrecht* , in: Mom/Keuchenius, *Het werkgeversauteursrecht*, Kluwer Deventer 1992, p. 58
- [23] Eugen Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht* , Berlin/Heidelberg/New York 1980, p. 25
- [24] Handelingen der Staten Generaal. Bijlagen. 1904-1905. No. 197, 3, p. 29; Moorrees, *Het Octrooirecht*, Deel I, 's Gravenhage 1912, p. 55-56
- [25] G.A.I. Schuijt, Schrap artikel 7 Auteurswet!, in: Mom/Keuchenius (eds.), *Het werkgeversauteursrecht*, Kluwer Deventer 1992, p. 27
- [26] Verkade, *Het beste artikel 7 Auteurswet*, in: Mom/Keuchenius, *Het Werkgeversauteursrecht. Kan de werkgever het maken?*, Kluwer Deventer 1992, p. 16
- [27] William R. Cornish, *Rights in Employees' Inventions – The United Kingdom Position* , [1990] *IIC* 21, p. 298-305, pose la question pour le droit anglais
- [28] Quoiqu'en termes d'incitation a la creation littéraire le recours aux maîtres se soit montre plus fructueux que le chemin au bureau des contributions
- [29] Rijlaarsdam, *BIE* 1999, (a paraître)
- [30] Janusz Barta, "Le droit d'auteur et la créativité de l'employé", (juillet 198), *RIDA* 121, p. 69-147 considère que "le refus de gratification supplémentaire violerait le principe de l'équivalence des prestations mais encore constituerait une dérogation du stimulation du travail créateur" (p.129).
- [31] G.A.I. Schuijt, Schrap artikel 7 Auteurswet, in: Mom/Keuchenius (eds.), *Het werkgeversauteursrecht. Kan de werkgever het maken?*, Kluwer Deventer 1992, p.21
- [32] Tribunal d'Amsterdam 27 janvier 1993, publié en *BIE* 1995, 90-92, Hupkens – Van Ginneken. Le même principe est invoqué en la jurisprudence allemande concernant le droit d'auteur: Dietz, *The Relation Employer – Employee under the Copyright Act in Germany* , in: Mom/Keuchenius, *Het Werkgeversauteursrecht*, Kluwer Deventer 1992, 35-44
- [33] Quaedvlieg, De "betrekkelijke waarde van een werknemer voor de vooruitgang." De teleurstellende rechtsvorming in de zaak Hupkens/Van Ginneken", *BIE* 1996, 121-126
- [34] Il semble que parfois on part tacitement de l'idée, que le droit de la propriété intellectuelle règle les relations ("macro-économiques") entre les concurrents et le droit du travail les relations ("micro-économiques") entre employeur et employé. Mais bien que le droit de la propriété intellectuelle concerne en effet dans une très large mesure la concurrence entre les entreprises, il ne s'arrête pas là.
- [35] A. Lucas, H.J. Lucas, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique* , no. 251 p. 433; Gautreau, "Un principe contesté: le droit pécuniaire de l'auteur salarié ou fonctionnaire", (1975), 84 *RIDA* p. 129-187; Xavier Desjeux, "Le droit d'auteur dans la vie industrielle", (1975), 85 *RIDA* 147.
- [36] Croon, *De Rechtspositie van de Ontwerper, de Maker en de Uitvinder in Dienstbetrekking* , Rede Utrecht 1964, Tjeenk Willink Zwolle 1964; Spoor, note sous Hoge Raad 27 mai 1994, *Nederlandse Jurisprudentie* 1995, 136, Van Ginneken/Hupkens, p. 491/492
- [37] Ulmer, *Urheber – und Verlagsrecht* , Berlin/Heidelberg/New York 1980, p. 405. Des considérations pareilles étaient avancées par le ministre en Hollande au début de ce siècle: "Un

fabricant n'embauchera en général pas quelqu'un en disant: cher ami, vous êtes si doué, faites-moi donc quelques inventions”.

[38] G.A.I. Schuijt, *Werkers van het woord. Media en arbeidsverhoudingen in de journalistiek*, Kluwer Deventer 1987, p. 176, donne un résumé de critères avancés en doctrine néerlandaise (et déclare préférer le critère du lien de subordination)

[39] Daniel S. Drapeau, “Employeur et employé: a qui l'invention?”, (1997) *CPI* p. 411

[40] Th. Limperg, “Employees' Rights in their Capacity of Authors”, *Copyright* 1980, 293-300, rapporte qu'elle existe au Brésil

[41] Ysolde Gendreau, “La titularité des droits sur les logiciels créés par un employé”, (1995), 12 *RCPI/CIPR* 153; D.W.F Verkade, *Het beste artikel 7 Auteurswet*, in: Mom/Keuchenius, *Het Werkgeversauteursrecht*, Kluwer Deventer 1992, p. 19