

Contrat et Immatériel : rapport pour la Belgique

Hervé JACQUEMIN (Chargé d'enseignement à l'Université de Namur, Chargé de cours invité à l'UCL, avocat au barreau de Bruxelles)

Reinhard STEENNOT (Professeur Université de Gand, Financial Law Institute (Gand), Consumer Law Institute (Gand-Anvers))

La présente contribution traite du thème des « contrats et de l'immatériel » en suivant aussi fidèlement que possible le questionnaire mis à la disposition des rapporteurs nationaux, mais en donnant une importance plus grande aux réponses dans lesquelles des questions d'actualité ou des spécificités du droit belge justifient des développements complémentaires.

Partie 1 : Le système du droit contractuel face au défi de l'immatériel

A. L'immatériel et le droit des contrats généraux

Q.1. En matière contractuelle, le recours aux technologies de l'information et de la communication pose principalement des questions de deux ordres :

- eu égard aux spécificités des relations contractuelles nouées en ligne, faut-il introduire des règles additionnelles en vue de protéger l'un des cocontractants supposé en position de faiblesse (en général, le consommateur, dans sa relation avec le professionnel) ?
- comment accomplir valablement les exigences de forme (écrit, mention manuscrite, signature, etc.) par voie électronique, étant entendu qu'elles ont principalement été conçues par référence au « papier » ?

Pour apporter des réponses à ces questions, le législateur est intervenu, spécialement en droit de l'Union. Ainsi a-t-il notamment adopté la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique¹, la directive 2002/65/CE sur la commercialisation à distance de services financiers² et la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs³. Celles-ci sont transposées en droit belge dans le

¹ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.*, n° L 178 du 17 juillet 2000.

² Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, *J.O.*, n° L 271 du 2 octobre 2002.

³ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.*, n° L 304 du 22 novembre 2011.

nouveau Code de droit économique (ci-après, « CDE »), aux Livres VI⁴ (pratiques du marché et protection du consommateur, spécialement les règles en matière de contrats à distance) et XII⁵ (droit de l'économie électronique). Ces exigences s'ajoutent à celles qui sont requises par ailleurs, et qui ne concernent pas spécifiquement les contrats conclus en ligne, en vertu de la théorie générale des contrats, des règles applicables aux contrats nommés – vente, contrat d'entreprise, etc. – ou de certaines législations particulières, comme la loi sur les services, la loi sur le crédit à la consommation, la loi sur le contrat de voyage, etc.

Nous examinons les deux questions précitées à la lumière des dispositions du Code de droit économique. Elles permettent en effet de comprendre l'impact de la dématérialisation sur le droit des contrats (sur ce point, voir aussi la réponse sous la question 2).

a) Faiblesse d'une partie résultant de la conclusion du contrat en ligne

Lorsqu'un contrat est conclu à distance, autrement dit sans présence physique et simultanée des parties (par téléphone ou à travers un site web, par exemple), le consommateur peut souffrir d'un manque de connaissance sur des éléments *de fait* (qui est le prestataire ? quels sont les caractéristiques des produits offerts ? quel est le prix ? etc.) ou *de droit* du rapport contractuel (un droit de rétractation est-il octroyé au consommateur ? bénéficie-t-il d'une garantie après-vente ? etc.). La faiblesse peut également résulter du recours aux technologies de l'information et de la communication en tant que telles, qui ne seraient pas parfaitement maîtrisées par le destinataire du service ou pourraient donner lieu à des achats impulsifs. Aussi le législateur a-t-il mis en place divers mécanismes en vue de protéger le cocontractant supposé en position d'infériorité. Elles se trouvent dans le CDE, Livre VI (dispositions en matière de contrats à distance) et Livre XII (dispositions en matière de services de la société de l'information)⁶.

L'un des mécanismes de protection mobilisés par le législateur consiste à *renforcer les obligations d'information*. En réduisant l'asymétrie informationnelle dont le consommateur est supposé souffrir lorsqu'il s'engage à distance et par voie électronique, on garantit logiquement un consentement informé et réfléchi dans son chef. Pour renforcer son efficacité, cette mesure est complétée par la *prescription d'exigences de forme*.

⁴ Loi du 21 décembre 2013 portant insertion du Livre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les Livres I^{er} et XV du Code de droit économique, *Moniteur belge*, 30 décembre 2013.

⁵ Loi du 15 décembre 2013 portant insertion du Livre XII, « Droit de l'économie électronique » dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au Livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au Livre XII, dans les Livres I et XV du Code de droit économique, *Moniteur belge*, 14 janvier 2014.

⁶ A noter que les dispositions du Livre VI du CDE en matière de contrats à distance s'appliquent aux contrats conclus entre une entreprise et un consommateur. Quant aux dispositions du Livre XII, elles s'appliquent aux services de la société de l'information fournis par un prestataire à un professionnel ou à un consommateur, étant entendu que les parties qui ne sont pas des consommateurs sont autorisées à déroger à la plupart des mécanismes de protection mis en place (art. XII.10 du CDE).

Sur ce point, il convient d'articuler les dispositions des Livres VI et XII du Code de droit économique, établissant précisément l'objet des informations (*quoi ?*) ainsi que le moment (*quand ?*) et la manière (*comment ?*) de les transmettre au consommateur (ou au destinataire du service). Sans prétendre à l'exhaustivité, nous reprenons certaines de ces exigences

En vertu de l'article XII.6, § 1^{er}, du CDE, tout prestataire d'un service de la société de l'information doit assurer un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service (et pour les autorités compétentes) à certaines informations relative à l'identification du prestataire et à la manière d'entrer en contact avec lui. L'obligation de transparence qui repose sur le prestataire s'applique également aux prix, qui doivent être indiqués de manière claire et non ambiguë et doivent préciser notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus⁷. Au stade précontractuel, le prestataire de service doit informer le destinataire sur divers éléments parmi lesquels figurent les langues proposées pour la conclusion du contrat ou les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat. Des obligations d'information résultent également du Livre VI du CDE, qui énumère une longue liste de renseignements qui doivent être fournis par un consommateur avant qu'il ne soit lié par un contrat à distance. Ils portent notamment sur les principales caractéristiques du bien ou du service, sur le prix, sur les coordonnées de l'entreprise ou sur le droit de rétractation⁸. Au moment de la conclusion du contrat, de nouvelles exigences de forme sont désormais imposées : aux termes de l'article VI.46, § 2, du CDE, « si, pour passer une commande, il faut activer un bouton ou une fonction similaire, le bouton ou la fonction similaire porte uniquement la mention facilement lisible 'commande avec obligation de paiement' ou une formule analogue, dénuée d'ambiguïté, indiquant que passer la commande oblige à payer l'entreprise ». Dans la période qui suit directement cette commande, le prestataire doit accuser réception de celle-ci sans délai injustifié et par voie électronique. L'accusé de réception doit contenir, notamment, un récapitulatif de la commande. La commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès⁹. En matière de contrats à distance, une confirmation de certaines informations doit également être fournie au consommateur, sur un support durable¹⁰.

Pour protéger le consentement du consommateur, un *droit de rétractation* lui est octroyé. En principe, le consommateur dispose d'un droit de rétraction de 14 jours, qui commence à courir au moment où le consommateur prend possession du bien (pour les contrats de vente) ou au moment de la conclusion du contrat (pour les contrats de services)¹¹. Le droit de rétraction peut être exercé

⁷ Art. XII.6, § 2, du CDE.

⁸ Art. VI.45 du CDE. Voy. aussi l'art. VI.55 du CDE pour les contrats à distance portant sur des services financiers.

⁹ Art. XII.9 du CDE. Il est important de comprendre que cette règle ne détermine pas le moment de la conclusion du contrat. Ce moment doit être déterminé par les principes du droit commun, étant entendu qu'en droit belge, c'est la théorie de la réception (pour les contrats entre absents) qui a les faveurs de la Cour de cassation.

¹⁰ Art. VI.46, § 7, du CDE.

¹¹ Art. VI.47 du CDE. Si l'entreprise omet d'informer le consommateur de son droit de rétractation, le délai de rétraction est prolongé par douze mois (art. VI. 48 CDE).

sans aucune pénalité et sans compensation¹². Le consommateur est néanmoins responsable de la dépréciation des biens résultant de manipulations autres que celles qui sont nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ceux-ci¹³. En ce qui concerne les contrats de services, le consommateur, qui a demandé expressément le commencement de la prestation de service pendant le délai de rétraction, doit payer un montant qui est proportionnel à ce qui a été fourni jusqu'au moment où il a informé l'entreprise de l'exercice du droit de rétractation par rapport à l'ensemble des prestations prévues par le contrat¹⁴. On note encore que le CDE liste diverses hypothèses dans lesquelles le consommateur n'a pas de droit de rétractation¹⁵.

D'autres mécanismes de protection ont également été adoptés.

Tenant compte du possible manque de maîtrise des technologies de l'information et de la communication par le destinataire de service, il est requis du prestataire qu'il mette en place des *moyens techniques permettant de détecter les erreurs* éventuellement commises dans la saisie des données et de les corriger¹⁶.

Le législateur déroge aux règles tirées de la théorie générale des contrats concernant le transfert des risques en cas de vente, puisque les *risques de perte ou d'endommagement* ne sont supportés par le consommateur qu'à partir du moment où il prend possession des biens¹⁷ (et donc pas au moment de l'accord de volontés).

Enfin, il est désormais requis de l'entreprise d'obtenir le consentement exprès du consommateur pour tout *paiement supplémentaire* à la rémunération convenue au titre de l'obligation contractuelle principale (à défaut, il a droit au remboursement de ces paiements)¹⁸.

b) Accomplissement des règles de forme dans l'environnement numérique

En droit belge, le principe du consensualisme est d'application. Sans préjudice de celui-ci (pour les formalités probatoires) ou par dérogation à celui-ci (pour les formalités requises *ad validitatem*, en vue de protéger le cocontractant le plus faible), des exigences de forme peuvent être requises à certaines étapes du processus contractuel. On songe à l'écrit, à la signature, ou aux mentions informatives, dont l'emplacement (avant la signature), l'apparence (en caractères gras) ou le mode de rédaction (à la main) peut être spécifié. Dès lors qu'elles ont été conçues par référence au « papier », on peut se demander comment les accomplir valablement par voie électronique. L'article 9 de la directive sur le commerce électronique requiert des Etats membres

¹² En matière de vente, seuls les coûts de renvoi du bien à l'entreprise sont, le cas échéant, à la charge du consommateur (art. VI.51, § 1^{er}, du CDE).

¹³ Art. VI.51, § 2, du CDE.

¹⁴ Art. VI.51, § 3, du CDE.

¹⁵ Art. VI.53 du CDE.

¹⁶ Art. XII.8 CDE.

¹⁷ Art. VI.44 du CDE.

¹⁸ Art. VI.41 du CDE.

qu'ils rendent possible la conclusion des contrats par voie électronique, notamment en levant les obstacles formels.

Pour transposer cette disposition, et suivant ainsi les travaux de la CNUDCI, le législateur belge a consacré la théorie des équivalents fonctionnels. Aux termes de l'article XII.15, §1^{er}, du CDE, « toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées ». Sous réserve des hypothèses expressément exclues de cette disposition (et énumérées à l'art. XII.16 du CDE), le champ d'application de cet article est très large, en ce qu'il couvre les formalités requises à toutes les étapes du processus contractuel, quelle que soit par ailleurs leur finalité (probatoire, d'opposabilité aux tiers, de protection de la partie faible, etc.) ou la sanction susceptible de s'appliquer en cas de violation. Le législateur belge veille également à appliquer cette théorie aux formalités les plus souvent rencontrées en pratique : l'écrit, la signature et la mention manuscrite¹⁹.

S'agissant de la signature, il faut également avoir égard aux dispositions particulières de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, ainsi qu'à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, qui établissent dans quelles conditions une signature électronique peut être jugée équivalente à une signature manuscrite (tout en encadrant les activités des prestataires de service de certification). En particulier, la signature électronique qualifiée, telle que visée à l'article 4, § 4, de la loi précitée du 9 juillet 2001, doit être assimilée de plein droit à une signature manuscrite. Il s'agit normalement de la signature supportée par la carte d'identité électronique.

Par ailleurs, on note que le recours aux technologies de l'information est pris en considération par le législateur : les formalités à accomplir sont en effet désignées au moyen de termes neutres (obligation d'accuser réception ou de transmettre des informations) ou spécialement adaptés soit à l'environnement traditionnel (le support papier), soit à l'environnement numérique (le support durable).

Q.2. S'il existe des règles spécifiquement adoptées pour encadrer la conclusion des contrats en ligne, nous ne croyons pas qu'il faille y voir la mise en place d'un véritable droit du commerce électronique. Pour l'essentiel, le législateur veille en effet à se fonder sur des mécanismes qui existent par ailleurs (obligations d'information, exigences de forme, droit de rétractation, etc.), et qu'il veille à adapter aux cas particuliers du commerce en ligne. Cela étant, ces nouvelles règles invitent assurément à réfléchir de manière approfondie sur certaines institutions classiques ressortissant à la théorie générale des contrats (le formalisme contractuel, la théorie des risques

¹⁹ L'article XII.15, §2, CDE précise que, pour l'application de cette approche fonctionnelle, il y a lieu de considérer 1) que l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission; 2) que l'exigence, expresse ou tacite, d'une signature est satisfaite par une signature électronique au sens de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil ou de l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 et 3) que l'exigence d'une mention écrite de la main de celui qui s'oblige peut être satisfaite par tout procédé garantissant que la mention émane de ce dernier.

ou les sanctions susceptibles d'être prononcées, par exemple). Elles permettent également de consacrer l'émergence de nouveaux principes, tels que le principe d'équivalence fonctionnelle, dont l'application peut être étendue à d'autres hypothèses que l'accomplissement des formes.

L'utilisation des appareils mobiles – smartphone ou tablettes par exemple – pour conclure des contrats, en lieu et place des ordinateurs classiques, amène aussi à s'interroger sur l'adaptation du cadre normatif actuel à ce mode spécifique de contracter. Même si les différences tendent à se réduire, il reste des contraintes techniques (taille de l'écran, possibilité d'enregistrer ou d'imprimer certains documents, difficultés pour accomplir diverses formalités), qui appellent, de manière exceptionnelle et dans le respect du principe de proportionnalité, des réponses différenciées. Des réponses sont d'ailleurs apportées par la directive sur les droits des consommateurs, telles que transposées dans le CDE²⁰. Au-delà, nous sommes d'avis que la théorie des équivalents fonctionnels, utilisée pour lever les obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique, devrait être étendue à cette hypothèse : d'autres mécanismes, fonctionnellement équivalents aux obligations d'information – en ce sens qu'ils permettent au moins d'atteindre les finalités de ces exigences – pourraient ainsi être mis en place. On songe à l'intervention de tiers de confiance (pour stocker les informations qui ne pourraient pas être enregistrées sur l'appareil mobile) ou à l'octroi d'un droit de rétractation plus étendu (le consentement n'étant pas suffisamment informé).

Q.3. En Belgique, la protection des données à caractère personnel est principalement régie par la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel²¹ (LVP). Elle impose diverses obligations au responsable du traitement (information de la personne concernée, déclaration auprès de la Commission de protection de la vie privée, exigence d'un motif de licéité du traitement, tel que le consentement de la personne concernée ou le respect d'une obligation légale ou réglementaire, interdiction du traitement de certaines données sensibles, sauf exception prévue par la LVP, etc.). Le cas échéant, ces exigences doivent être observées lorsque le processus contractuel donne lieu à des traitements de données à caractère personnel soumis à la loi. Elles invitent également à examiner les principes directeurs et les institutions classiques de la théorie générale des contrats sous un autre angle, en ce qu'elles mobilisent ceux-ci dans le contexte particulier de la protection des données, et leur donne ainsi une signification fonctionnellement adaptée au contexte envisagé (on songe à l'exigence du consentement).

Q.4. De manière générale, la notion de « bien immatériel » n'est pas définie en droit belge. Aussi ne s'étonne-t-on pas qu'il n'existe pas de règle spécifique visant à encadrer la conclusion ou l'exécution des contrats ayant un tel objet (en ce compris les sanctions possibles en cas d'inexécution). Il faut donc s'en remettre à la théorie générale des obligations ou aux dispositions des Livres VI ou XII du CDE (avec les problèmes de qualification qui peuvent en

²⁰ Art. VI.46, § 4, du CDE. Voy. aussi l'art. VI.57, § 2, du CDE ou l'art. VI.99, § 3, du CDE.

²¹ *Moniteur belge*, 18 mars 1993.

résulter). On peut sans doute regretter l'absence de cadre normatif particulier dans la mesure où de nombreux contrats portent désormais sur des contenus numériques ou digitaux. On vise notamment les logiciels, les films, les morceaux de musique, les sonneries de GSM, les jeux vidéo, etc., qui peuvent être acquis par leur destinataire moyennant la délivrance d'un support physique (CR-ROM, DVD, ...) envoyé par la poste, mais également online, à l'issue d'une opération de téléchargement. Il est également possible que ces contenus soient exécutés directement en ligne (Software-as-a-Service dans le contexte du cloud computing ou film visionné par streaming).

Avec la transposition de la directive sur les droits des consommateurs, les contenus numériques sont désormais définis par le CDE, qui impose par ailleurs, dans son Livre VI, des obligations d'information additionnelles propres aux contenus numériques (relativement à ses fonctionnalités, aux mesures techniques de protection éventuellement applicables et à son interopérabilité avec certains éléments matériels ou logiciels²²). Tout droit de rétractation est également exclu, si le contenu n'est pas fourni sur un support matériel et « si l'exécution a commencé avec l'accord préalable exprès du consommateur, lequel a également reconnu qu'il perdra ainsi son droit de rétractation »²³.

B. L'immatériel et le droit des contrats spéciaux

Q.5. L'information est l'élément central des nouvelles technologies et, sans surprise, de nombreux contrats peuvent être conclus pour organiser l'édition, la diffusion et la communication des informations entre parties ou à l'égard des tiers. De nombreux intermédiaires techniques peuvent également intervenir en vue de participer, à titre accessoire, à la conservation, à la mise à disposition ou à la transmission de l'information (accès à l'internet, hébergement, archivage électronique, services fournis dans le cadre du Cloud computing, etc.). Pour l'essentiel, et sous réserve de dispositions légales ou réglementaires applicables de manière ponctuelle et ciblée à certaines de ces activités (on songe à l'exonération de responsabilité qui bénéficie à certains prestataires intermédiaires²⁴), ces contrats sont laissés à la liberté des parties ou, à défaut, à la théorie générale des contrats. Du reste, il s'agit généralement de contrats d'adhésion, dont le contenu est établi unilatéralement par le prestataire. Si le client est un consommateur, il peut bénéficier des mécanismes de protection qui ont été établis à son profit (interdiction des clauses abusives, interdiction des pratiques commerciales déloyales, etc.).

Q.6. Dans la mesure où les fournisseurs d'accès à l'internet (FAI) peuvent être considérés comme des opérateurs qui, en exécution d'un contrat avec un abonné, fournissent un service de communication électronique accessible au public au sens de la loi du 13 juin 2005 relative aux

²² Art VI.2, 8° et 9°, et art. VI.45, § 1^{er}, 18° et 19°, du CDE.

²³ Art. VI.53, 13°, du CDE.

²⁴ Art. XII.17 et s. du CDE, pour les activités de simple transport, de stockage sous forme de copie temporaire des données et d'hébergement.

communications électroniques²⁵, ils sont soumis aux articles 108 et suivants de cette loi, qui visent à protéger les utilisateurs finals. Ces dispositions énumèrent notamment les informations que doivent contenir les contrats, encadrent les tarifs applicables aux utilisateurs finals ou déterminent la manière dont la convention peut être résiliée (et à quelles conditions).

Dès lors qu'il fournit un service de la société de l'information, le FAI peut bénéficier de l'exonération de responsabilité civile et pénale établie conformément à l'article XII.17 du CDE (au titre de l'activité de simple transport). Plus précisément, il n'est pas responsable des informations transmises si les conditions suivantes sont satisfaites : « 1° il n'est pas à l'origine de la transmission ; 2° il ne sélectionne pas le destinataire de la transmission ; 3° il ne sélectionne, ni ne modifie, les informations faisant l'objet de la transmission ». Par ailleurs, comme pour tout autre prestataire intermédiaire visé par les articles XII.17 à XII.19 du CDE, aucune obligation générale de surveillance ne lui incombe (ce qui n'empêche pas qu'une obligation particulière de surveillance puisse, le cas échéant, lui être imposée)²⁶. A cet égard, la jurisprudence a été appelée à se prononcer sur la possibilité d'imposer au FAI des mesures de filtrage des contenus²⁷.

Q.7. Comme tout autre produit, les biens immatériels (ou les contenus immatériels) peuvent faire l'objet d'un grand nombre de contrats, en amont (au stade de leur création) ou en aval (en vue de leur distribution et de leur commercialisation auprès de l'utilisateur final). Ces contrats peuvent se révéler complexes puisqu'ils requièrent l'application de plusieurs couches de règles, poursuivant des finalités propres.

Il faut avoir égard aux dispositions légales ou réglementaires ressortissant au droit de la propriété intellectuelle. A ce stade, l'exercice est loin d'être simple puisque, suivant qu'il s'agit de propriété littéraire ou artistique (droit d'auteur et droits voisins, protection des programmes d'ordinateur, protection des bases de données, etc.) ou de propriété industrielle (protection des signes distinctifs par la marque ou le nom commercial, etc.), les règles de fond ou de forme ne seront pas les mêmes, ce qui aura une incidence évidente sur le contrat éventuellement conclu. Il faut donc se référer, au cas par cas, aux textes légaux ou réglementaires applicables (tels qu'adoptés au niveau national ou international, notamment au niveau du Benelux ou du droit de l'Union). Sur certaines de ces conditions, on renvoie notamment aux réponses sous les questions de la Partie 2.

Il convient aussi de se référer aux règles encadrant l'opération d'intermédiation commerciale, qui sont plus ou moins détaillées, suivant que le modèle de distribution ressortit à la franchise, à l'agence commerciale ou, au contraire, au courtage ou à la commission. A ce niveau, une attention particulière doit être apportée au droit de la concurrence (ententes interdites et abus de position dominante).

²⁵ *Moniteur belge*, 20 juin 2005.

²⁶ Art. XII.20 du CDE.

²⁷ C.J.U.E., 24 novembre 2011, aff. C-70/10, *Scarlet c. Sabam*. Voy. aussi, récemment, C.J.U.E., 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien*.

Sous cette réserve et sous réserve également des règles de protection des consommateurs (notamment l'interdiction des clauses abusives), les contrats susceptibles d'être conclus restent principalement soumis à la théorie générale des obligations.

De manière schématique, ils peuvent avoir pour objet de céder les droits de propriété intellectuelle sur les biens immatériels (à titre onéreux ou à titre gratuit) ou de les donner en licence (voire, le cas échéant, de les mettre en gage).

Q.8. En tant que tel, et nonobstant son importance pratique considérable, le contrat de licence n'est pas réglementé en droit belge. Aussi faut-il se référer aux dispositions contractuelles convenues par les parties, dans les limites fixées par les règles de protection des consommateurs et le droit de la concurrence (et en conformité avec les règles applicables en matière de propriété intellectuelle). Les parties veilleront ainsi à établir clairement les droits et obligations qui incombent à chacune d'elles et détermineront précisément le bien/contenu immatériel dont les droits de propriété intellectuelle sont donnés en licence ; leur caractère exclusif éventuel ; leur étendue géographique ; la durée de la licence (déterminée ou indéterminée) et les possibilités de dissolution du contrat, à terme ou de manière anticipée, notamment en cas de manquement de l'une des parties ; les garanties fournies par le donneur de licence en cas de plainte en contrefaçon introduite par un tiers et la responsabilité éventuelle en cas de manquement (ou, plus précisément, l'introduction de clauses limitatives de responsabilité). Le cas échéant, s'agissant de contrats portant sur des logiciels, un contrat d'*escrow* conclu avec un tiers de confiance pour le dépôt des codes sources peut être organisé²⁸.

Partie 2 : La place du contrat dans le système du droit de la propriété intellectuelle

A. L'impact du contrat sur les droits de propriété intellectuelle

Q.9. En droit belge, une distinction est faite entre la cession des droits de propriété intellectuelle sur un bien immatériel (un logiciel, par exemple) et la licence des mêmes droits. L'article 3, § 1^{er}, de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins²⁹ (ci-après, LDA) énonce en effet que « les droits patrimoniaux sont mobiliers, cessibles et transmissibles, en tout ou en partie, conformément aux règles du Code civil. Ils peuvent notamment faire l'objet d'une aliénation ou d'une licence simple ou exclusive ». Il ne s'agit pas de contrats nommés, qui seraient soumis à des dispositions légales ou réglementaires encadrant toutes les étapes du processus contractuel (voire une partie de celles-ci). S'agissant de logiciels, on doit certes se référer aux dispositions de la loi du 30 juin 1994 transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur³⁰

²⁸ A noter qu'en matière de propriété industrielle, des possibilités d'enregistrement existent également, auprès de l'autorité compétente.

²⁹ *Moniteur belge*, 27 juillet 1994.

³⁰ *Moniteur belge*, 27 juillet 1994.

(ci-après, LPO) et pour les aspects qui ne seraient pas réglés par celle-ci, à la LDA, mais pour l'essentiel, le contenu de la convention est abandonné à la liberté des parties. Aussi peut-il exister une grande variété de cessions ou de licences, qui empruntent généralement aux modalités connues du Code civil. De manière schématique, en cas de cession des droits de propriété intellectuelle sur un bien immatériel, la titularité de ces droits est transférée de manière irrévocable et définitive, de sorte qu'ils appartiennent désormais au patrimoine du cessionnaire³¹. Avec la licence, par contre, seul un droit d'utilisation du bien immatériel, précisément circonscrit dans le temps et dans l'espace, à titre exclusif ou pas, est concédé par le donneur de licence au licencié. Le donneur de licence reste par conséquent titulaire des droits de propriété intellectuelle sur le bien immatériel. On notera à cet égard que les différences entre la cession et la licence peuvent se révéler extrêmement ténues, en particulier lorsque la licence est octroyée pour une durée très longue et à titre exclusif. Aussi faut-il être très attentif, en pratique, au moment de choisir un modèle ou un autre, étant entendu que, d'un point de vue financier, les conditions de la cession seront généralement beaucoup plus lourdes.

Q.10. En matière de logiciels, il existe des liens étroits (mais à certains égards, controversés) entre les droits de propriété intellectuelle et le contrat de vente (régis principalement et, pour l'essentiel, de manière supplétive, par les articles 1582 et suivants du Code civil).

Lorsque les parties optent pour une cession des droits de propriété intellectuelle, à titre onéreux, sur un logiciel, l'opération peut s'apparenter à une vente. En pratique, il faut néanmoins constater que, lorsqu'il y a cession, celle-ci porte généralement sur des logiciels sur mesure ; aussi le contrat s'apparente-t-il plus à un contrat d'entreprise (ou de prestation de service) qu'à un contrat de vente.

On pourrait également parler de vente lorsqu'une licence est octroyée sur des logiciels standards. Cette opération est, selon les circonstances, qualifiée de vente, de louage de chose, de louage d'ouvrage, voire de contrat *sui generis*. On retrouve aussi la qualification de vente en jurisprudence³². L'intérêt d'adopter une qualification plutôt qu'une autre tient aux règles légales applicables à l'opération (ou à l'acte) ainsi désigné(e) et auxquelles les parties entendent se soumettre (en particulier pour bénéficier des règles relatives à l'obligation de délivrance ou à la garantie des vices cachés).

Q.11. Aux termes de l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 6, de la LDA, « la première vente ou premier autre transfert de propriété de l'original ou d'une copie d'une œuvre littéraire ou artistique dans la Communauté européenne par l'auteur ou avec son consentement, épuise le droit de distribution de cet original ou de cette copie dans la Communauté européenne »³³. La Cour de justice a eu

³¹ Qu'il s'agisse de cession ou de concession des droits, il est par ailleurs requis de viser dans le contrat les modes d'exploitation retenus, conformément à l'art. 3 de la LDA.

³² C.S.J. Luxembourg, 5 février 2003, *DAOR*, 2003/67, p. 47, note H. JACQUEMIN ; Comm. Courtrai, 23 juin 2003, *T.G.R.*, 2004, p. 286, note. Voy. ég. Gand, 28 juin 2002, *T.G.R.*, 2004, p. 366.

³³ On précise cependant que le droit moral de l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique reste inaliénable (art. 1er, § 2, de la LDA).

l'occasion de se prononcer sur ce point, notamment en ce qui concerne la revente de logiciels de seconde main³⁴. Cette dernière question a également fait l'objet de jurisprudence récente en Belgique, où le Tribunal de première instance de Gand a par exemple circonscrit l'application de la règle d'épuisement aux hypothèses dans lesquelles un support matériel est impliqué (et pour autant que les effets de la règle se limitent à ce support)³⁵.

Q.12. En droit belge, de nouvelles dispositions ont été introduites dans le Code civil par une loi du 11 juillet 2013³⁶ en vue d'encadrer les sûretés réelles mobilières. Suivant l'article 7 du Livre III, Titre XVII du Code civil, « le gage peut avoir pour objet un bien mobilier corporel ou incorporel ou un ensemble déterminés de biens de ce type ». Rien n'empêche, dès lors, que des droits de propriété intellectuelle (des biens mobiliers incorporels) soient donnés en gage. Auparavant, le gage exigeait en principe³⁷ la remise de la chose au créancier gagiste (et la dépossession corrélative du débiteur). Désormais, il s'agit d'une convention consensuelle puisqu'aux termes de l'article 2 du Titre XVII, « sous réserve de l'article 4, alinéa 2, le gage est constitué par la convention conclue entre le constituant du gage et le créancier gagiste ». La loi fixe par ailleurs le régime du gage, et notamment, sa durée, son étendue, les droits et obligations des parties ainsi que son opposabilité aux tiers (qui se fait par un enregistrement dans le registre des gages).

Q.13. Pour les biens immatériels protégés par le droit d'auteur et soumis à la LDA, il échet de distinguer les droits moraux et les droits patrimoniaux. S'agissant des droits moraux, une protection particulière est octroyée à l'auteur puisque, suivant l'article 1^{er}, § 2, de la LDA, le droit moral de l'auteur est inaliénable. Il faut cependant se garder de confondre l'aliénation du droit moral et sa cessibilité (la renonciation au droit moral peut donc être admise). Des limites sont néanmoins posées par la loi puisque toute « renonciation globale à l'exercice futur de ce droit est nulle » (art. 1^{er}, § 2, de la LDA).

B. L'impact du droit de la propriété intellectuelle sur la liberté contractuelle

Q.14. La licence doit normalement être considérée comme un contrat en vertu duquel un droit d'utilisation d'un bien protégé par des droits de propriété intellectuelle est octroyé par son titulaire à une personne donnée (le licencié), dans des conditions précisément définies.

En général, le contrat de licence contient une clause autorisant la dissolution du contrat en cas de faillite du licencié (et, en général, du donneur de licence également). Il peut en être de même lorsque la rémunération est fixée de manière périodique et que le licencié a manqué à ses

³⁴ C.J.U.E., 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*

³⁵ Civ. Gand, 23 septembre 2009, *AM*, 2010, p. 42.

³⁶ Loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *M.B.*, 2 août 2013. Ces dispositions entrent en vigueur à une date fixée par le Roi et au plus tard le 1^{er} décembre 2014.

³⁷ Il existait cependant des exceptions, notamment dans le cas du gage sur fonds de commerce, qui pouvait être constitué sans dépossession (cf. la loi du 25 octobre 1919).

obligations (la fin du contrat intervenant plus ou moins rapidement suivant ce que les parties ont négocié).

Q.15. Les règles potentiellement applicables aux contrats portant sur des biens immatériels ont été présentées, dans les grandes lignes, sous la question 7 et la question 8. A la lumière de celles-ci, et tenant compte du cas d'espèce, un contenu contractuel obligatoire pourrait être imposé. La LDA pose ainsi le principe de l'exigence de l'écrit pour prouver le contrat à l'égard de l'auteur, tout en établissant la règle suivant laquelle les dispositions contractuelles sont de stricte interprétation, en faveur de l'auteur³⁸. Sans prétendre à l'exhaustivité, on note encore que, « pour chaque mode d'exploitation, la rémunération de l'auteur, l'étendue et la durée de la cession doivent être déterminés expressément » (art. 3, § 1^{er}, de la LDA). Des règles spécifiques doivent aussi être suivies lorsque le contrat de distribution est soumis à la loi du 19 décembre 2005 sur l'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commercial ou, au bout de la chaîne de commercialisation, lorsqu'un contrat à distance est conclu avec un consommateur (règles spécifiques aux contenus numériques). Les sanctions spécifiques expressément prévues par ces législations pourraient d'ailleurs être prononcées en cas de non-respect. Pour le reste, c'est la théorie générale des obligations qui s'applique et rien n'empêche de se fonder sur l'exigence de bonne foi – et l'interdiction corrélative de tout abus de droit – pour permettre au juge d'exercer un pouvoir modérateur en vue de rééquilibrer les obligations respectives des parties.

Q.17. En droit belge, l'auteur ne dispose pas du droit de retrait ou de repentir relativement à son œuvre.

Aux termes de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 5, de la LDA, « le cessionnaire est tenu d'assurer l'exploitation de l'œuvre conformément aux usages honnêtes de la profession ». L'auteur peut donc exiger de son éditeur qu'il publie l'œuvre et la communique au public (en général, le contrat fixe d'ailleurs des conditions minimales en termes de publication).

Q.18. Suivant l'article 3, § 3, de la LDA, « 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 ». En principe, l'employé est donc le titulaire du droit, même si on trouve généralement dans le contrat (ou le règlement de travail) une disposition en vertu de laquelle le travailleur cède ses droits à son employeur. En matière de programme d'ordinateurs, un régime spécifique – et dérogoratoire – est établi conformément à l'article 3 de la LPO, qui crée une présomption de cession des droits patrimoniaux au bénéfice de l'employeur. Cette disposition énonce en effet que « sauf disposition contractuelle ou statutaire contraire, seul l'employeur est présumé cessionnaire des droits patrimoniaux relatifs aux programmes d'ordinateur créés par un ou plusieurs employés ou agents dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur »³⁹.

³⁸ Art. 3, § 1^{er}, de la LDA.

³⁹ Un arrêt de la Cour de cassation du 3 juin 2010 a décidé à ce propos que « la présomption n'est applicable que pour les droits patrimoniaux relatifs aux programmes d'ordinateur créés par des employés ou agents dans l'exercice

de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur et ne peut être étendue aux droits patrimoniaux relatifs aux programmes d'ordinateur créés par le gérant statutaire d'une société commerciale qui n'a pas la qualité d'employé ensuite d'un contrat de travail conclu avec cette société » (Cass., 3 juin 2010, *Pas.*, 2010, p. 1724).