



ASSOCIATION
HENRI CAPITANT
DES AMIS DE LA CULTURE
JURIDIQUE FRANÇAISE

12, PLACE DU PANTHÉON 75005 PARIS

ADRESSE ÉLECTRONIQUE : capitant@club-internet.fr

TÉLÉPHONE : + 33 (0)1 43 54 43 17

TÉLÉCOPIE : + 33 (0)1 40 51 86 52

Journées espagnoles

19 mai – 23 mai 2014
L'IMMATÉRIEL

Contrat et immatériel

*Rapporteur général: Professeur Dr. Matthias Lehmann,
 Université Halle-Wittenberg*

Rapport roumain :

Dr. Razvan Dinca

Maitre des Conférences, Vice-Doyen, Université de Bucarest, Faculté de Droit

Partie 1 : Le système du droit contractuel face au défi du phénomène immatériel

A. L'immatériel et le droit des contrats généraux

1. Dans quelle mesure la dématérialisation des échanges d'information a-t-elle marqué le droit des contrats ? Y a-t-il, dans votre ordre juridique, des règles particulières sur la conclusion du contrat par internet ou par téléphone (par exemple obligations spéciales d'informations ; possibilité de corriger des erreurs lors de la saisie des données ; droit de rétractation) ? Quelles sont les répercussions sur le droit des contrats en général ?

A mon avis, la dématérialisation des échanges d'information a exercé une certaine influence sur la réglementation qui découle de la traditionnelle préoccupation du droit de protéger le consentement et son reflet le plus récent de protéger le consentement de la partie faible. A cet égard il faut tenir compte des provocations particulières que la dématérialisation peut adresser sur les facteurs relevance juridique pour la formation du contrat.

Comme prémisses fondamentales, l'existence d'un réseau mondial de communication immédiate présente en perspective sociologique le potentiel d'une multiplication accélérée des rapports interhumains, y compris des rapports juridiques. Dans cette perspective, il faut que le droit s'adapte à cet environnement virtuel. Par exemple, la signature analogique du consentement personnel a tout engagement qui est la signature a du être doublée par une signature électronique présentant le plus que possible des garanties pour lui en assurer le caractère unique et personnel.¹ Dans la mesure où la communication électronique comporte d'une instantanéité de l'information qui favorise une formation rapide de la volonté, une immédiateté qui encourage son extériorisation presque spontanée et une fluidité qui ne garantit pas qu'une telle manifestation de volonté soit lucide et avisée, le législateur a pris plusieurs mesures de protection du consentement dans le commerce électronique.

¹ Voir M. Fodor, *Inscrisurile in forma electronica – mijloace de proba in procesul civil*, en *Curierul judiciar*, no. 6/2005, p. 77-92; R. Bercea, *Documentul care reproduce datele unui contract in scris pe suport informatic reglementat prin Proiectul Codului civil roman constituie un nou mijloc de proba?*, en *Dreptul*, no. 5/2005, p. 116-126.

La Roumaine a transposé la Directive 2000/31/CE par la Loi no. 365/2002 sur le commerce électronique. Les dispositions de la directive sur l'obligation d'information des fournisseurs des services de la société informationnelle ont été copiées dans les articles 5 et 6 et 8 de ladite loi. Selon la lettre c) du premier paragraphe de l'article 10 de la Directive, respectivement de l'article 8 de la loi d'transposition, ces informations doivent faire référence, parmi d'autres, aux moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée. Selon l'article 8 paragraphe (2) de la loi, le fournisseur de services est obligé d'offrir o destinataire des procédés techniques accessibles, efficaces et adéquats a cette fonction.

Le droit de rétractation du contrat est reconnu seulement au consommateur en matière des contrats conclus à distance, y compris au moyen de vidéophone, téléphone ou poste électronique. Le régime spécifique à ces contrats est prévu par l'Ordonnance du Gouvernement no. 130/2000 sur la protection des consommateurs et la conclusion des contrats à distance, qui transpose en droit roumain la Directive no. 97/7/CE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

Pour tout contrat à distance, le consommateur dispose d'un délai de dix jours ouvrables pour se rétracter sans pénalités et sans indication du motif. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises. Pour l'exercice de ce droit, le délai court:

- pour les biens, à compter du jour de leur réception par le consommateur lorsque les obligations d'information spécifiques a ces contrats ont été remplies,
- pour les services, à compter du jour de la conclusion du contrat ou à partir du jour où les obligations d'information ont été remplies si elles sont remplies après la conclusion du contrat, à condition que le délai n'excede pas un délai de 90 jours.

Le meme delais de 90 jours s'applique au cas où le fournisseur n'a pas rempli les obligations d'information. Ce délai court:

- pour les biens, à compter du jour de leur réception par le consommateur,
- pour les services, à compter du jour de la conclusion du contrat.

Si, dans ce délai de 90 jours, les informations sont fournies, le délai de dix jours ouvrables pour la retractation commence à courir dès ce moment.

Lorsque le droit de rétractation est exercé par le consommateur, le fournisseur est tenu au remboursement des sommes versées par le consommateur, sans frais. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises. Ce remboursement doit être effectué dans les meilleurs délais et, en tout cas, dans les trente jours suivant la retractation.

Le consommateur ne peut exercer le droit de rétractation pour les contrats:

- de fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de dix jours ouvrables,
- de fourniture de biens ou de services dont le prix est fonction de fluctuations des taux du marché financier, que le fournisseur n'est pas en état de contrôler,

- de fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés ou qui, du fait de leur nature, ne peuvent être réexpédiés ou sont susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement,
- de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques descellés par le consommateur,
- de fourniture de journaux, de périodiques et de magazines,
- de services de paris et de loteries.

Si le prix d'un bien ou d'un service est entièrement ou partiellement couvert par un crédit accordé par le fournisseur ou si ce prix est entièrement ou partiellement couvert par un crédit accordé au consommateur par un tiers sur la base d'un accord conclu entre le tiers et le fournisseur, le contrat de crédit est résilié, sans pénalité, lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation.

2. Est-ce qu'on peut observer le surgissement d'un véritable droit du commerce électronique (par voie d'internet) et mobile (par voie d'appareils électroniques portables, comme les téléphones intelligents) ? Quelles sont ses caractéristiques ?

Il y a des règles spéciales applicables au commerce électronique et même si en Roumanie il n'y a pas un grand nombre de monographies qui lui sont consacrées,² on peut parler au moins d'un corps des règles spécialisées. Parmi ses traits se trouvent :

- le renforcement de l'obligation contractuelle d'information
- l'obligation de fournir des moyens techniques apte à personnaliser le contenu des contrats avant de les accepter
- des régimes spéciaux de responsabilité des fournisseurs
- intervention forte de l'ordre public de protection des consommateurs
- incidence des droits de l'homme (données personnelles, vie privée)

3. Quel est le rôle de la protection de données personnelles dans le droit des contrats ?

Dans le processus d'exécution des contrats qu'ils concluent avec les utilisateurs, les fournisseurs de services des communications électroniques et les fournisseurs de réseaux peuvent avoir accès aux données personnelles de ces utilisateurs. La collection, la rétention, l'utilisation et la confidentialité de ces données est de plus grand intérêt pour la protection de la vie privée dans la mesure où une partie de plus en plus importante de cette vie se déroule à travers de l'environnement numérique.

Par conséquent, la loi impose des obligations des fournisseurs relatives à ces opérations. Elles sont prévues notamment dans la Loi no. 506/2004 sur l'utilisation des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications

² Par exemple D. Cimpoeru, *Dreptul internetului*, CH Beck, 2013; M.F. Fercala, *Comertul electronic*, these, Universite Babes-Bolyai, Cluj-Napoca, 2011, sous la direction de I. Turcu. Voir aussi: S. Mihaila, M. Bocsa, *Reguli uniforme privind comertul electronic*, en Revista de drept comercial, (I), no.11/2009, p.63-81; (II), no.12/2009, p. 41-53; L. Herovanu, *Fondul de comert si internetul*, en Revista de drept comercial, no.7-8/2008, p.27-32; A. Oprea, *Aspecte juridice ale contractelor electronice*, en Pandectele Romane, no. 6/2005, p. 177-192; V. Dan, *Comertul electronic, eComert*, en Revista romana de drept al afacerilor, no. 1/2005, p. 58-93; Gh. Stancu, *Observatii referitoare la regimul juridic actual al comertului electronic*, en Revista de drept comercial, no.9/2004, p.93-105; H. D. Dumitru, *Legea privind comertul electronic (I-III)*, en Pandectele Romane no. 6/2002, p. 252-268; 1/2003, p. 217-222; 2/2003, p. 260-267.

électroniques, loi qui transpose dans le droit roumain la Directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

Même si leur violation peut entraîner la responsabilité des fournisseurs, y compris celle contractuelle, ces obligations sont toutefois premièrement de nature administrative ainsi que leur violation entraîne des sanctions contraventionnelles.

4. Y a-t-il des règles particulières pour les contrats portant sur des biens immatériels concernant l'exécution, l'inexécution et la restitution en cas d'invalidité du contrat ?

Il y a peu de règles qui regardent les contrats portant sur les biens immatériels comme catégorie distincte et unitaire. Les règles spécifiques visent le plus souvent des types spécifiques de biens immatériels (les universalités, le droit d'hériter, les droits de créance, les brevets, les marques, les droits patrimoniaux d'auteurs, les fonds professionnels etc.).

Les dispositions fragmentaires à l'égard de ces objets sont elles-mêmes très fragmentaires et adressent parfois d'autres particularités que celles qui découlent de la nature incorporelle des biens concernées. Pour adresser ces dernières particularités, il faut d'habitude de faire un effort d'interprétation et d'adaptation des normes générales en considération de l'immatérialité de l'objet auquel elles s'appliquent.

Par exemple l'obligation de délivrance qui en principe signifie de laisser la chose à la disposition de l'acquéreur de la détention ou de la possession doit être comprise en matière de biens incorporels comme obligation de soulever tout obstacle de fait dans l'exploitation du droit qui a été transmis ou constituer sur un tel objet, y compris de délivrer les titres qui attestent le droit si leur détention ou possession est nécessaire à son exercice. La garantie contre l'éviction dans l'exercice des droits sur des biens corporels devient une garantie de l'existence des droits sur les biens incorporels.

En cas d'invalidité, mis à part ce qui a été corporellement délivré en vertu du contrat, les biens immatériels sont parfois insusceptibles de restitution en nature, ainsi que la restitution va s'opérer par équivalent.

B. L'immatériel et le droit des contrats spéciaux

5. Quels sont les types de contrats modernes sur l'approvisionnement d'information (par exemple contrat de *web hosting*, *access provider*, *application hosting*, *cloud computing*, *app store*) ?

Les contrats mentionnés dans cette question s'appliquent en Roumanie ou ils ont été introduits notamment par les entreprises multinationales qui opèrent aussi dans notre pays. C'est rare que la loi les adresse d'une manière spécifique. Quand elle le fait, selon le modèle des directives européennes transposées, les lois roumaines au sujet prévoient des obligations particulières des divers types de fournisseurs de services de la société informationnelle. Ces dispositions spéciales se complètent par les règles communes aux contrats d'entreprise et par celles relatives aux contrats et obligations en général.

6. Quelle est la relation entre le client et le fournisseur d'accès d'internet ? Quelles sont les obligations des parties ? Le fournisseur d'accès d'internet est-il responsable pour le contenu téléchargé par son client ?

Le fournisseur d'accès est un entrepreneur de services par rapport à son client. Par conséquent il a l'obligation de fournir, contre un prix établi par rapport à la durée, un certain type d'accès au réseau pour une durée et dans des paramètres techniques (volume, vitesse, nombre ou durée d'interruptions d'accès acceptables etc.) établis par le contrat. Sauf de détermination contractuelle de ces éléments, les services doivent être au moins moyens par rapport à l'état général de la technique en marche et le contrat peut cesser par demande unilatérale de chaque partie communiquée à l'autre avec un préavis raisonnable.

En principe les fournisseurs de services répondent pour l'information fournie par eux ou pour leur compte.³ Par contre, ils ne répondent pas pour l'information qu'ils transmettent, stockent ou à laquelle ils facilitent l'accès dans les conditions présentées en ce qui suit :

En cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication (Simple transport - "Mere conduit"), le prestataire de services n'est pas responsable des informations transmises, à condition que le prestataire:

- a) ne soit pas à l'origine de la transmission;
- b) ne sélectionne pas le destinataire de la transmission; et
- c) ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission.

Les activités mentionnées de transmission et de fourniture d'accès englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

En cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire n'est pas responsable au titre du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service (stockage dite "caching"), à condition que:

- a) le prestataire ne modifie pas l'information;
- b) le prestataire se conforme aux conditions d'accès à l'information;
- c) le prestataire se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisées par les entreprises;
- d) le prestataire n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information; et
- e) le prestataire agisse promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été

³ Voir H.D. Dumitru, *Probleme juridice privind continuturile negative din internet (I-V)*, en *Pandectele romane*, no. 3/2003 – p. 217-239; 4/2003 – p. 219-229; 5/2003 p. 135-155; 6/2003 – p. 185-191; 1/2004 – p. 231-236.

rendu impossible, ou du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible.

En cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service (hébergement) à condition que:

a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente

ou

b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible;

c) et le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire.

Le juge peut toutefois ordonner à ceux prestataires qu'ils mettent un terme à une violation ou qu'ils préviennent une violation des droits de tiers par la cessation des services qu'ils assurent à l'égard de l'information dans la communication publique aurait comme résultat une telle violation.

7. Quels sont les types de contrats que l'on peut conclure sur des biens immatériels ? Quelles sont les conditions, quelles sont les limites ?

Théoriquement, tout type de contrat peut se conclure sur les biens immatériels. Ainsi, les contrats translatifs sur les biens immatériels sont appelés généralement cessions ; les contrats de louage sur tels biens s'appellent parfois licences; les contrats d'entreprise peuvent avoir comme objets des travaux intellectuelles. Ce sont seulement les contrats réels qui pourraient sembler non-applicables aux biens immatériels en raison du fait que ces contrats ne se concluent valablement que par la remise du bien qui est nécessairement matérielle ainsi que le bien devrait être lui-aussi matériel. Même à cet égard il y a des auteurs qui apprécient que dès qu'on accepte une que la remise peut être symbolique elle peut s'appliquer aussi aux biens incorporels ainsi que ceux biens pourraient faire l'objet des contrats réels.⁴

8. La licence, quels droits donne-t-elle (par exemple : droit exclusif ou simple) ? Quelles sont les règles de forme applicables à la licence (par exemple : stipulation écrite, enregistrement)? Quelles sont les obligations du titulaire du droit de propriété intellectuelles (par exemple : transfert de *know how*, assistance technique) et du licencié (par exemple : obligation d'exploiter, obligation de non-concurrence) ?

Dans le droit roumain il n'y a pas une réglementation légale unitaire du contrat de licence Il est fragmentairement règlementé en matière des divers droits de propriété industrielle, notamment les marques et les brevets d'invention.

⁴ F. Deak, L. Mihai, R. Popescu, *Tratat de drept civil. Contracte speciale., vol. III.*, Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2007, p. 11; A. Petrescu, L. Mihai, *Drept de proprietate industrială. Introducere in dreptul de proprietate industrială. Inventia. Inovatia*, Université de Bucarest, 1987, p. 209.

Les lois applicables à ces matières ne demandent pas la forme écrite du contrat de licence. Toutefois, cette forme s'imposera dans la plupart de cas pour des raisons de preuve et parce que, pour être rendues opposables aux tiers successeurs en droit du donneur de licence, là les licences doivent être inscrites dans les registres respectifs de propriété industrielle.

En principe une licence n'est pas exclusive et par conséquent est un acte d'administration du droit de propriété industrielle auquel elle s'applique. Le caractère exclusif de la licence ne se présume pas. Il doit être prévu expressément et s'il l'est, alors la licence exclusive est un acte de disposition sur le droit de propriété industrielle parce que tant qu'elle est en vigueur et dans ses limites, le titulaire du droit s'interdit d'accorder d'autre licences.

Le donneur de licence doit maintenir en vigueur le droit de propriété industrielle et doit défendre le licencié contre tout trouble cause par un tiers sur la base d'un droit concurrent. En principe il ne garantit pas la viabilité économique du droit de propriété industrielle qu'il licencié.

En principe, le licencié doit payer les redevances et exploiter le droit de propriété industrielle dans les limites (territoriales, professionnelles, temporelles) prévues par le contrat de licence. L'exploitation doit être celle d'un « bon propriétaire » donc dans un volume raisonnable pour éviter, en cas de brevet, que des licences obligatoires soit infligées au titulaire et en cas de marque, que le titulaire soit déchu du droit pour non-utilisation. Cette obligation est même plus qualifiée si le quantum des redevances dues au titulaire dépend du volume d'exploitation. En spécial le licencié de marque a une obligation d'assurer aux produits ou aux services auxquels la marque s'applique le niveau de qualité appliqué par le titulaire, qui est responsable envers le public pour ce niveau.

Sauf stipulation expresse, le contrat de licence n'entraîne pas des obligations de communication des perfectionnements, d'assistance technique ou de non-concurrence entre ses parties.

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

9. Votre système juridique, distingue-t-il entre la cession d'un droit de propriété intellectuelle et la licence ? Quels sont les effets de ces contrats sur le bien immatériel ?

Dans presque toutes les lois roumaines sur la propriété industrielle on a insère des dispositions selon lesquelles les droits de propriété industrielle de transfèrent par cession ou licence.⁵ La doctrine⁶ prends le soin de préciser toutefois que c'est seulement la cession qui transfert, en tout ou en partie le droit de propriété industrielle lui-même ; par contre la

⁵ Voir, par exemple, l'art. 45 de la Loi no. 64/1991 sur la protection des brevets d'invention et l'art.40 de la Loi no. 84/1998 sur les marques et les indications géographiques.

⁶ Voir A. Petrescu, L. Mihai, *op. cit.*, p. 207 et ss.

licence est une simple autorisation donnée par le titulaire de ce droit à un tiers pour en exploiter l'objet.

C'est pour cette raison que la doctrine assimile la cession de droit de propriété intellectuelle aux contrats translatifs : vente, lorsque le cessionnaire s'engage à payer un prix en argent; échange, lorsqu'il transfère un autre droit ; donation, si la cession est à titre gratuit. Par contre la licence est assimilée en principe à une location des biens incorporels. La nature juridique de la licence à titre gratuit est controversée : certains auteurs l'assimilent au commodat⁷ mais cette qualification pourrait être refusée sur le fondement du caractère réel de ce contrat qui ne se forme valablement que par la remise matérielle de la chose, remise qui est inconcevable pour un bien immatériel.

En matière du droit d'auteur, la dichotomie cession/licence n'est pas si marquée. La loi no. 8/1996 sur le droit d'auteur et droits voisins distingue principalement entre la cession exclusive des droits d'auteur et celle non-exclusive.⁸ Comme la dernière ne prive pas le titulaire du droit d'auteur des prérogatives dont l'exercice il autorise au cessionnaire, elle est plutôt similaire à une licence. Ce dernier concept est utilisé seulement en matière de logiciels à l'égard des contrats par lesquelles l'utilisation des copies des logiciels est autorisée. De la perspective du droit d'auteur sur le logiciel un tel contrat est un exercice de la prérogative exclusive du titulaire d'autoriser toute location de l'œuvre.

10. Quelle est la relation entre le droit de propriété intellectuelle et le contrat de vente, par exemple dans le contexte d'une vente d'un logiciel ? La vente vaut-elle toujours transfert de droit de propriété intellectuelle ?

Les droits de propriété industrielle sur les créations industrielles comportent la prérogative exclusive du titulaire d'autoriser toute vente des produits incorporant la création protégée. La propriété industrielle sur les signes distinctifs, notamment les marques, accorde une exclusivité d'utilisation commerciale de ces signes pour les produits ou services pour lesquels ils sont enregistrés. Les ventes commerciales sous le signe protégé y sont incluses. Enfin, le droit d'auteur et les droits voisins incluent le droit exclusif de diffusion qui inclut en principe toute distribution à titre onéreux ou gratuit de l'original ou des copies de l'œuvre, y compris les ventes de celles-ci.

La conclusion des ventes de biens matériels incorporant l'objet des droits intellectuels n'entraîne aucun transfert de ces droits mais l'autorisation de ces ventes représente une forme de les exercer. Par contre, les droits de propriété intellectuelle peuvent être eux même vendus en tout ou en partie, à travers des contrats de cession contre prix en argent.

11. La vente d'un bien immatériel a-t-elle pour conséquence l'épuisement du droit d'auteur ? Quels sont les droits de l'acquéreur, quels droits restent au titulaire (par exemple, droit au respect) ? L'acheteur, peut-il « revendre » le droit acquiert ?

Pour répondre à cette question, il convient de rappeler qu'en principe le droit d'auteur protège l'œuvre à condition qu'elle soit originale que sa forme porte l'empreinte de la

⁷ Voir les auteurs cités dans la note 4, supra.

⁸ Art. 39 de la Loi no. 8/1996 sur le droit d'auteur et les droits voisins.

personnalité de l'auteur. Il y a la une distinction sensible entre le fondement du droit d'auteur qui se propose de protéger le lien subjectif entre l'auteur et son œuvre, et les autres propriétés intellectuelles (brevets, dessins et modèles, marques etc.) qui reposent sur la nouveauté objective par rapport à l'état de l'industrie. Cette différence de fondement attire une différence dans le contenu des droits : tandis que pour les propriétés industrielles, l'accent fort tombe sur les prérogatives patrimoniales des droits, le droit d'auteur comporte aussi une importante composante morale qui se traduit par les droits personnels non-patrimoniaux.

Dès qu'elles ont leurs racines dans le liant existant entre l'auteur et son œuvre, ces prérogatives morales ne peuvent en principe être séparées de la personne de l'auteur. Par conséquent, dans le contenu du droit d'auteur, on distingue entre les prérogatives morales, qui ne peuvent pas être transférées mais seulement être exercées par l'auteur, et les prérogatives patrimoniales qui peuvent être transférées par cessions et pour lesquelles l'auteur n'est, en principe, que le titulaire originaire.

Les prérogatives morales, qui restent avec l'auteur, sont :⁹

- Le droit de porter l'œuvre à la connaissance publique en décidant si, quand et dans qu'elle conditions elle va devenir accessible au public
- Le droit la reconnaissance de la qualité d'auteur de l'œuvre (droit de paternité)
- Le droit au nom, qui comprend la prérogative de décider si l'œuvre à être publiée sur le nom de l'auteur, sous un pseudonyme ou sous à l'abri de l'anonymat
- Le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre et de s'opposer à toute modification de l'œuvre qui affecte l'honneur et la réputation de l'auteur
- Le droit de rétracter l'œuvre, en dédommageant, selon le cas, les titulaires des droits d'utilisation préjudiciés par la rétractation.

Les prérogatives patrimoniales, qui peuvent être cédés par l'auteur, sont des droits exclusifs d'autoriser :

- La reproduction totale ou partielle de l'œuvre
- La diffusion
- L'importation des copies de l'œuvre
- La représentation publique directe
- L'exposition publique de l'œuvre d'art plastique, de photographie ou d'architecture
- La communication publique
- La transmission et la retransmission
- La projection publique
- La diffusion secondaire
- La présentation dans un lieu publique
- L'accès public aux copies de l'œuvre.

Parmi ces droits, le droit de diffusion inclus le droit de distribuer les copies et l'original de l'œuvre par voies de vente, location ou prêt. Selon l'article 15 paragraphe (3) de la Lois no. 8/1996 la rediffusion des copies d'une œuvre ne nécessite une nouvelle autorisation du titulaire du droit d'auteur que pour leur location et importation. Même si le texte n'excelle

⁹ Pour le contenu du droit d'auteur, voir V. Ros, D. Bogdan, O. Spineanu-Matei, *Dreptul de autor si drepturile conexe. Tratat*, All Beck, 2005, p. 194-298.

pas en clarté, il faut l'interpréter dans la lumière de la jurisprudence de la Cour de Justice¹⁰ selon laquelle la vente d'une copie de l'œuvre consentie, directement ou indirectement, par le titulaire du droit d'auteur dans l'Espace économique européen, épuise son droit à l'égard de revente de cette copies dans le même espace.

Les prérogatives patrimoniales peuvent être cédées par cession exclusive ou non- exclusive. Mis à part certains cessions spéciales (par exemple le contrat d'édition¹¹) les cessions exclusives n'entraîne pas pour le cessionnaire une interdiction de re-céder les droits acquis. Par contre, le cessionnaire non-exclusif ne peut céder les droits acquis qu'avec le consentement exprès du cédant.

12. L'immatériel, peut-il être l'objet d'un gage ou d'une autre sûreté conventionnelle ?
Sous quelles conditions ? Et avec quels effets ?

Dans le contexte de la dynamisation de la vie économique dans les années '90 du siècle dernier, on a ressenti l'insuffisance du système des sûretés réelles inspire du Code Napoléon. Notamment en matière mobilière, ce système reposait sur le nantissement, qui était considéré un contrat réel et donc supposait la dépossession du débiteur garant sur la durée de la garantie. Cette technique était difficilement compatible avec la nature immatérielle du bien affecté à la garantie.

Dans un premier temps, la pratique a de plus en plus largement accepté les gages sans dépossession qui pouvait s'adapter mieux à cet aspect. Ensuite, par la Loi no. 99/1999 sur l'accélération de la réforme économique, on a généralisé un système des garanties réelles mobilières sans dépossession en s'inspirant de l'article 9 du Code Commercial Uniforme américain et qui permettait d'une manière expresse qu'un droit (patrimonial) de propriété intellectuelle soit affecté à une telle garantie.¹²

Avec le nouveau code civil entre en vigueur le 1er octobre 2011, cette solution s'est consolidé parce que dans ce code, la principale sûreté réelle est l'hypothèque qui, soit-elle mobilière ou immobilière, se distingue du nantissement par le fait qu'elle ne suppose pas la dépossession du débiteur de la chose affectée à la garantie. Ce système a fait ses épreuves en pratique dans la mesure où il a permis la relance du crédit dans les années 2000. D'un côté, il permet au débiteur de continuer d'utiliser cette chose come ressource pour son activité économique, apte à lui procurer les moyens pour exécuter la créance garantie. De l'autre côté, il lui élargisse les possibilités de se faire attractif en vue d'obtenir des financements, dès qu'il peut mobiliser toute valeur économique disponible pour consolider le crédit réel aux yeux de ses créanciers¹³.

Sous ce dernier aspect, une hypothèque mobilière peut porter quasiment sur tout bien meuble, y compris les biens incorporels. Il n'y a pas des conditions spéciales à cette égard : selon le droit commun, le contrat doit être conclu en forme écrite,¹⁴ il doit décrire le bien affecté à la garantie avec suffisamment de précision qu'il puisse être identifié,¹⁵ la créance

¹⁰ Par exemple, l'arrêt Polydor contre Harlequin, CJCE, 9 février 1982, Rec. CJCE, p. 329.

¹¹ Article 54 de la Loi no. 8/1996.

¹² Art. 6 alin. (5) lettre f), repris par l'art. 2389 lettre e) de l'actuel Code civil.

¹³ Voir R. Rizoïu, *Garantiile reale mobiliare. O abordare functionala*, Universul Juridic, 2011.

¹⁴ Art. 2388 C.civ.

¹⁵ Art. 2391 C.civ.

garantie doit elle-aussi être identifiée d'une manière suffisante pour pouvoir déterminer sa valeur¹⁶ et le rang de la garantie est établi en fonction de la date de l'accomplissement de la formalité de publicité.¹⁷

Le contrat de garantie est exécutoire et les formalités de l'exécution forcée de la garantie ont été assouplies en vue d'une maximum efficacité de la mise en œuvre de la garantie. L'exécution peut se réaliser par la vente aux enchères ou par négociation directe et dans certaines conditions le bien incorporel peut être même acquis par le créancier au compte de la créance garantie. Le code civil prévoit des conditions spéciales à l'égard de l'exécution des garanties sur les créances et sur les titres représentatifs ; les garanties sur les autres biens immatériels sont exécutées selon les règles générales de l'exécution forcée mobilière prévues par le code de la procédure civile.

13. Est-il possible de renoncer à un droit de propriété immatériel par voie conventionnelle ?

La renonciation à un droit est en principe conçue comme un acte unilatéral. Pour les propriétés industrielles, les lois spéciales prévoient des formalités spécifiques qui consistent à enregistrer l'intention de renonciation avec l'Office de Brevets et des Marques. En absence de telles formalités spéciales, les prérogatives patrimoniales du droit d'auteur peuvent être soumises aux dispositions générales sur l'abandon de la propriété mobilière mais il n'y a pas de pratique confirmée à cet égard et la nature incorporelle du bien soulèverait des questions difficiles à résoudre quant au caractère non-équivoque du dessaisissement d'un tel bien. De plus, on pourrait apprécier qu'un bien par la détermination de la loi, tel que l'œuvre ne peut perdre cette qualité que dans les conditions prévues par la loi et celle-ci ne prévoit pas un tel effet pour la volonté du titulaire, soit elle unilatérale ou exprimée par convention.

Dans les situations où la renonciation unilatérale à la propriété incorporelle est possible, le titulaire peut s'obliger valablement par voie de convention de donner une telle déclaration unilatérale. En dehors d'une telle possibilité, faute de ses expressions dans les formes spécifiques prévues par la loi, la renonciation contractuelle à la propriété incorporelle ne peut valoir que comme obligation de non-exercice (de ne pas faire) assumée vers le cocontractant du titulaire.

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

14. La licence, est-elle considérée comme un contrat ou un bien ? Quelles sont les conséquences sur le plan pratique ? Quel est le sort du contrat de licence dans le cas d'insolvabilité du licencié ?

Dans le droit roumain, la licence des droits de propriété intellectuelle est conçue comme un contrat, espèce du contrat de location (louage des biens incorporels). Par conséquent elle est conçue comme contrat à exécution successive par lequel le titulaire du droit incorporel est obligé d'assurer au licencié l'utilisation de l'objet de la propriété intellectuelle dans les limites prévues par le contrat de licence, en échange d'une contreprestation, toujours

¹⁶ Art. 2372 C.civ.

¹⁷ Art. 2346 C.civ.

successive. L'obligation du donneur de licence est pour la plupart des cas limitée à maintenir en vigueur le droit propriété intellectuelle, sans que celui-ci garantisse pour la viabilité économique ou technique de son exploitation.

Le contrat de licence pourrait être conclu à durée déterminée ou indéterminée. Dans ce dernier cas, il peut être dénoncé unilatéralement par chacune des parties en donnant à l'autre un délai de préavis raisonnablement suffisant selon les usages pour que celle-ci trouve un substitut pour le contrat cessant.

Lorsqu'une licence se trouve en cours au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité du licencié, l'administrateur judiciaire nommé par le syndic peut dénoncer le contrat pour des raisons d'opportunité économique.¹⁸ Lorsque le contrat continue, alors les créances du titulaire à l'encontre du licencié insolvable pour les redevances dues après l'ouverture de la procédure seront considérées comme nées pendant la procédure et payées de préférence par rapport aux créances antérieures.

15. La loi prévoit-elle un contenu contraignant pour les contrats sur un bien immatériel ?
Y a-t-il des dispositions pour l'adaptation des contrats de licence considérés comme « injustes » ?

Il n'existe pas ce type de disposition en matière de propriété industrielle dont les cessions et licences sont soumises au droit commun à l'égard de la validité du contrat, y compris l'objet déterminable. Par contre, en matière de cession de droit d'auteur, la loi impose un contenu obligatoire du contrat. Sous la sanction de l'annulation du contrat à la demande de la partie intéressée, celui-ci doit prévoir les droits patrimoniaux transmis, les modalités d'exploitation, la durée et l'étendue de la cession, ainsi que la rémunération du titulaire. La cession de la totalité des œuvres futures de l'auteur, soient-elles nominalisées ou non, est frappée de nullité absolue.¹⁹

La loi prévoit aussi une série des dispositions spécifiques de protection de l'auteur à l'égard de son droit à la rémunération.²⁰ Lorsqu'elle n'est pas prévue par le contrat, l'auteur peut demander qu'elle soit établie par le juge, en tenant compte de la rémunération usuelle pour les œuvres de la même catégorie, la destination et la durée de l'exploitation et toute autre circonstance pertinente. Même si la rémunération a été contractuellement établie, lorsqu'il y a une disproportion manifeste entre celle-ci et les bénéfices retirés par le cessionnaire de l'exploitation de l'œuvre, l'auteur peut demander en justice la révision du contrat ou la majoration de la rémunération. Il ne peut renoncer par anticipation à l'exercice de ce droit.

16. Quel est l'impact de l'invalidité du brevet sur le contrat de licence ? Le prétendu titulaire du brevet, est-il tenu d'une obligation de garantie ?

En droit commun du contrat de louage le loueur a envers le bailleur une obligation de le garantir contre l'exercice par un tiers d'un droit qui trouble l'usage du bailleur.²¹ En appliquant ce mécanisme au contrat de licence de brevet, il peut se déduire que le titulaire

¹⁸ Article 86 de la Loi no. 85/2006 sur les procédures d'insolvabilité.

¹⁹ Article 41 de la Loi no. 8/1996

²⁰ Article 43 de la même loi.

²¹ Article 1794 C.civ.

du brevet garanti le licencié contre toute trouble dans l'exercice par celui-ci du droit d'exploiter l'invention à l'abri de l'exclusivité dont bénéficie le titulaire, dans la mesure où ce trouble se fonde sur un droit de nature à diminuer ou à anéantir cette exclusivité.

Par conséquent, le titulaire du brevet est présumé à garantir au licencié la validité du brevet. En cas d'annulation du celui-ci le contrat de licence cesse de plein droit et le licencié peut demander au titulaire du brevet de lui réparer le préjudice cause par cette cessation anticipée de l'exploitation de l'invention en régime d'exclusivité. Je précise qu'une telle prétention sera fondée même si la licence n'est pas exclusive parce que même dans une licence non-exclusive le licencié peut s'atteindre à recueillir des bénéfices économiques du fait que l'exploitation de l'invention auxquelles il a droit est effectuée à l'abri de l'exclusivité dont le titulaire jouit en vertu du brevet en vigueur.

17. L'auteur a-t-il un droit de repentir, c'est-à-dire de retirer son œuvre de la publication, et/ou de la modifier ? L'éditeur est-il soumis à un devoir de publication ?

Tout auteur a le droit de retirer l'œuvre de l'accès public en dédommageant les titulaires du droit d'exploitation pour le préjudice causé par l'exercice de ce droit. La formule de l'article 10 lettre e) de la Loi no. 8/1996 laisse entendre une simultanéité de l'exercice du droit de retrait et du dédommagement. Par conséquent, le droit n'est pas exercé valablement que par la couverture intégrale du dommage qu'il est certain de causer ; faute d'une telle réparation les exploitants étant en droit de continuer l'exploitation de l'œuvre. C'est probablement en raison de ce régime qu'en pratique le droit de retrait est très rarement exercé.

En ce qui concerne le droit de modification, lorsque l'auteur et l'éditeur convient de publier une nouvelle édition d'une œuvre, l'auteur a le droit de porter les améliorations qu'il estime nécessaires en vue de la publication, et l'éditeur a l'obligation de les accepter et de les transposer à condition qu'elles ne causent une augmentation essentielle de ses coûts et ne changent pas le caractère de l'œuvre.²² Cette règle est supplétive, ainsi que les parties peuvent stipuler le contraire.

En général, tout cessionnaire est obligé d'exploiter le droit cédé dans la mesure nécessaire pour satisfaire la demande sur le marché pour cette œuvre. Cette obligation découle implicitement de l'art. 47 de la Loi no. 8/1996 selon lequel l'auteur peut demander l'anéantissement du contrat de cession d'un droit patrimonial d'auteur, lorsque le cessionnaire ne l'utilise pas ou l'utilise dans une mesure suffisante ainsi que les intérêts justifiés de l'auteur sont affectés d'une manière considérable. Ce doit s'appliquer seulement en cas de faute de la part du cessionnaire, et non pas en cas de faute de la part de l'auteur, du fait d'un tiers, d'un cas fortuit ou de force majeure. L'anéantissement du contrat de cession ne peut en aucun cas être demandé avant l'expiration d'un délai de deux ans à partir de la conclusion du contrat de cession. Le délai est de trois mois pour les œuvres destinées aux publications quotidiennes et d'un an pour ceux visant les publications périodiques. L'auteur ne peut renoncer par anticipation au droit de demander l'anéantissement du contrat pour ce motif.

²² Article 53 de la Loi no. 8/1996.

18. Qui est le titulaire des droits de propriété intellectuelle d'une invention faite ou d'une œuvre créée dans le cadre d'un emploi salarié ? L'employé ou l'employeur ?

Selon l'article 5 de la loi no. 64/1991 sur la protection des brevets d'invention,²³ lorsque l'invention a été réalisée par un salarié en exécution d'une mission inventive introduite dans son contrat de travail, le brevet d'invention va être accordé à l'employeur tandis que le salarié aurait droit à une rémunération supplémentaire. L'employeur peut demander que le brevet lui soit accordé dans un délai de 60 jours maximum à partir de la communication par le salarié de la description de l'invention.

Lorsque l'invention a été réalisée sans mission inventive mais dans l'exercice des attributions de travail du salarié auprès de l'employeur, avec l'aide matériel de l'employeur ou dans le domaine d'activité de l'entreprise, en connaissant ou utilisant les technique ou moyens de celle-ci ou les données existantes dans l'entreprise, alors le brevet s'accorde à l'inventeur mais l'employeur a un droit de préférence à l'égard de tout contrat à l'égard de l'invention, notamment au contrats de licence ou de cession. En vertu de ce droit, tout contrat de ce type conclu avec un tiers a ses effets soumis à la condition suspensive du non-exercice du droit de préférence. Avant que tout contrat avec un tiers prenne effet, ce contrat doit être offert à l'employeur qui a trois mois pour accepter cette offre. Par dérogation du régime de l'acceptation en droit commun, l'acceptation de l'employeur peut faire réserve sur le prix prévu dans l'offre du salarié. Les parties peuvent négocier cet aspect et lorsque ces négociations échouent, la partie intéressée peut demander au tribunal d'établir le prix. A la différence donc des autres droits de préférence reconnus dans le droit commun, le droit de préférence de l'employeur sur tout contrat à l'égard de l'invention de son salarié ne s'exerce pas seulement au prix égal à celui offert par le tiers, ce qui est tout à fait exceptionnel en droit roumain.

En ce qui concerne les œuvres, le régime juridique des droits patrimoniaux est marqué par une certaine hypocrisie parce que même s'il proclame la protection prioritaire de l'auteur, le législateur articule un système de protection qui est extrêmement favorable à son employeur. Ainsi, selon l'article 44 de la loi no. 8/1996, faute d'une clause contraire, les droits patrimoniaux pour les œuvres créées dans le cadre du contrat de travail appartiennent en principe à l'auteur. Dans ce cas, l'auteur ne peut autoriser l'utilisation de l'œuvre par les tiers qu'avec le consentement de l'employeur et en le récompensant pour les couts de la création. L'utilisation de l'œuvre par l'employeur dans le cadre de son objet d'activité ne nécessite pas l'accord de l'auteur salarié.

Lorsqu'une clause attribuant les droits patrimoniaux à l'employeur existe, cette clause doit comprendre la durée de la cession. Faute d'une telle précision, la cession est conclue pour une durée de trois ans à partir de la délivrance de l'œuvre. Après l'expiration de cette durée, même si les droits patrimoniaux reviennent à l'auteur, lorsque le contrat ne prévoit autrement, l'employeur est en droit de prétendre à l'auteur le paiement d'un quote-part raisonnable des revenus obtenus par l'utilisation de son œuvre pour compenser les couts encourus par l'employeur dans le processus de création. Dans tous les cas, l'auteur salarié garde le droit d'exploiter l'œuvre dans le cadre de l'ensemble de son œuvre.

²³ Voir N. Puscas, *Inventiile salariatilor*, ed. Lumina Lex, 2002.