

JOURNEES ESPAGNOLES

« Contrat et immatériel »

Partie I : 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 ?

Le droit des contrats a été sensible à la dématérialisation des échanges d'information qui a contribué l'élargissement de la perception des contractants, participé à l'extension de leur entendement et transformé le monde contractuel. En effet, la dématérialisation favorise l'écrit électronique, déplace les champs de compétence (de nationale à internationale), multiplie les intervenants (autorités de régulation , de sécurisation et d'authentification), modifie notre façon d'appréhender le contrat (perfection de la convention en mode électronique et réalisation du paiement au même moyen) et élargit notre perception de la preuve contractuelle (le formalisme de l'écrit fixé sur un support-papier trouve un concurrent sérieux dans le texte qui s'affiche sur un écran et qui est considéré comme son équivalent en terme de fiabilité, de validité et de force probante).

La loi du 09 août 2000¹ relative aux échanges et au commerce électronique a eu un impact direct sur le droit des contrats. Elle s'est attelée à adapter les situations juridiques afférentes à la forme et au fond du contrats aux nouvelles données de la technologie de l'information et de la communication.

Cela se vérifie notamment en matière de contrats de consommation à travers la détermination de certains éléments:

- Date et lieu de conclusion des contrats
- Obligations particulières pour le vendeur
- Des droits particuliers pour le consommateur (droit de récapitulation, droit d'information...etc)
- Application particulière du droit de rétraction et de restitution.

Il n'en demeure pas moins que, l'immatériel se superpose souvent et s'enchevêtre parfois avec le matériel en droit des contrats.

¹ JORT N° 64, du 11 août 2000, page 1887. (http://www.tunisie.gov.tn/Loi2000_83.pdf)

2- Sur l'existence d'un véritable droit du commerce électronique (par Internet ou par mobile)

L'utilisation des TIC a obligé le législateur à adopter des dispositions particulières qui ont participé à l'élaboration d'un véritable droit du commerce électronique. Ce droit ne distingue pas entre les ventes par Internet et les ventes par le mobile, mais il parle de façon générale du commerce électronique en tant qu'opérations commerciales effectuées à travers l'échange de documents électroniques.

Les textes applicables portent essentiellement sur :

- Un droit relatif aux échanges et du commerce électronique² ;
- Un droit relatif de protection des données personnelles³ ;
- Un droit relatif à la sécurité informatique et le cryptage des données⁴ ;
- Un droit relatif au transfert électronique de fonds ;
- Un droit sur la procédure et les conditions de la déclaration fiscale en ligne et le paiement des impôts ;
- Un droit relatif à la preuve informatique ;
- Un droit relatif à la protection des biens immatériels (logiciels, contenu multimédia...etc.).

Malgré leur éparpillement, ces textes ont réussi à établir les fondements d'un cadre juridique régissant le commerce électronique. Mais, ces textes restent lacunaires et parfois faibles en contenu (ex. en matière de paiement électronique).

En parallèle, les règles de droit commun demeurent applicables pour plusieurs aspects du commerce électronique.

2- Le rôle de la protection des données dans le droit des contrats

La protection des données est une obligation essentielle dans les droits des contrats. Au début, on a inclus dans la loi du 09 août 2000, certains articles portant sur la protection des données personnelles ; mais en 2004 on a adopté une loi organique portant sur la protection des données à caractère personnel.

² Ibid.

³ Loi organique n°2004-63, du 27 juillet 2004, portant sur la protection des données à caractère personnel. JORT N° 61, du 30 juillet 2004, Page 1988.

⁴ Notamment, la loi relative à la sécurité informatique, du 03 février 2004, relative à la sécurité informatique. JORT, N°10, du 03 février 2004, Page 242. http://www.tunisie.gov.tn/Loi2004_5.pdf
Décret N° 2001-2727, du 20 novembre 2001, fixant les conditions et les procédures d'utilisation des moyens ou des services de cryptage, à travers les réseaux des télécommunications, ainsi que l'exercice des activités y afférentes, http://www.intt.tn/upload/txts/fr/decret_218.pdf

Arrêté du ministre des technologies de la communication et du transport, du 14 avril 2004, portant approbation du cahier des charges fixant les conditions de fourniture des services des télécommunications basées sur les messages courts de la téléphonie numérique mobile (SMS). JORT N° 32, du 20 avril 2004, page 1019, http://www.intt.tn/upload/txts/fr/arrete_302.pdf

3- Sur l'existence de règles particulières portant sur les biens immatériels (l'exécution, l'inexécution, et la restitution en cas d'invalidité du contrat)

La loi du 09 août 2000, a prévu plusieurs dispositions portant sur ces éléments, notamment les articles 30⁵, 31⁶ et 32⁷.

Le chapitre V de cette loi (art. 25-37) a prévu d'autres dispositions importantes, portant notamment sur :

- L'interdiction de vente d'un produit non commandé et les conséquences qui en découlent ;
- Le droit du consommateur de récapituler l'ensemble de ses choix, de les confirmer ou de les modifier avant la conclusion définitive du contrat ;
- La date et le lieu de conclusion du contrat ;
- L'obligation pour le vendeur de fournir au consommateur dans un délai de 10 jours un document écrit ou électronique contenant l'ensemble des données relatives à l'opération de vente.

Décret n°2008-2638 du 21 juillet 2008, fixant les conditions de fourniture du service téléphonique sur protocole Internet. JORT n° 61, du 29 juillet 2008, page 2292.

[Décret N° 2008-2639 du 21 juillet 2008](http://www.certification.tn/sites/default/files/documents/Decret2639-2008Fr.pdf), fixant les conditions et les procédures d'imposition et de commercialisation des moyens ou des services de cryptage à travers les réseaux de télécommunications (Jort n° 61, du 29 juillet 2008, page 2294. <http://www.certification.tn/sites/default/files/documents/Decret2639-2008Fr.pdf>)

Décret n°2007-1071 du 2 mai 2007, modifiant et complétant le décret n°2001-2727 du 20 novembre 2001 fixant les conditions et les procédures d'utilisation des moyens ou des services de cryptage à travers les réseaux des télécommunications, ainsi que l'exercice des activités y afférentes.

Arrêté du ministre des communications du 9 septembre 1997, fixant les conditions d'utilisation du cryptage dans l'exploitation des services à valeur ajoutée des télécommunications. JORT N° 76, du 23 septembre 1997, page 1799.

⁵ Art. 30 : « Sous réserve des dispositions de l'article 25 de la présente loi, le consommateur peut se rétracter dans un délai de 10 jours ouvrables, courants :

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

La notification de la rétractation se fait par tout moyen prévu préalablement dans le contrat.

Dans ce cas, le vendeur est tenu de rembourser le montant payé au consommateur dans les 10 jours ouvrables à compter de la date de retour des marchandises ou la renonciation au service.

Le consommateur supporte les frais de retour des marchandises ».

⁶ Art. 31 : « Nonobstant la réparation du préjudice au profit du consommateur, ce dernier peut restituer le produit en l'état s'il n'est pas conforme à la commande ou si le vendeur n'a pas respecté les délais de livraison et ce, dans un délai de 10 jours ouvrables courant à compter de la date de livraison.

Dans ce cas, le vendeur doit rembourser la somme payée et les dépenses y afférentes au consommateur dans un délai de 10 jours ouvrables à compter de la date de restitution du produit ».

⁷ Art. 32 : « Sous réserve des dispositions de l'article 30 de la présente loi et à l'exception des vices apparents ou cachés, le consommateur ne peut pas se rétracter dans les cas suivants :

- Lorsque le consommateur demande la livraison du service avant l'expiration du délai de rétractation et que le vendeur le lui fournit,
- Si le consommateur reçoit des produits confectionnés selon des caractéristiques personnalisés ou des produits qui ne peuvent être réexpédiés ou sont susceptibles d'être détériorés ou périmés à cause de l'expiration des délais de validité,
- Lorsque le consommateur descelle les enregistrements audio ou vidéo ou les logiciels informatiques livrés ou téléchargés,
- L'achat de journaux et magazines».

- L'obligation pour le vendeur d'informer le consommateur dans un délai maximum de 24h avant la date de livraison de l'indisponibilité du produit ou service commandé et de l'obligation de lui rembourser la somme entière.
- En cas de force majeure, le contrat est résilié si le vendeur enfreint ses engagements et le consommateur récupère les sommes payées sans préjudice des dommages et intérêts.
- L'obligation pour le vendeur de prouver l'information et le consentement du consommateur ainsi que la confirmation de la commande.
- La conclusion du contrat ne se fait pas en deux étapes (offre/acceptation) ; mais en trois étapes : offre/acceptation : confirmation de la commande par le vendeur...etc.

B- L'immatériel et le droit des contrats spéciaux

4- Les types de contrats modernes sur l'approvisionnement d'information.

Ces contrats sont généralement des contrats innomés, mais ils peuvent être inclus dans d'autres catégories existantes dans le code des obligations et des contrats notamment « *les contrats de louage d'ouvrage et louage de services : ijara* » (art. 828 et suivants **du Code des obligations et des contrats**). On peut même qualifier ces contrats de "contrats mal nommés".

Ces types de contrats peut inclure :

- Les contrats de développement de site web ;
- Les contrats de maintenance informatique ;
- Les contrats de cloud-computing
- Les contrats de fourniture d'accès et de services Internet

Certains de ces contrats sont soumis à des règles particulières, telles que les contrats de licence, les contrats de fourniture de services Internet. Ces règles particulières se trouvent dans des textes spéciaux tels que l'arrêté du ministre des communications du 22 mars 1997, portant approbation du cahier des charges fixant les clauses particulières à la mise en œuvre et l'exploitation des services à valeur ajoutée des télécommunications de type Internet⁸, la loi du 27 juillet 2004⁹, relative à la protection des données à caractère personnel...etc.

⁸ JORT N°25, du 28 mars 1997, page 518.

⁹ JORT N° 61, du 30 juillet 2004, Page 1988.

5- Relation entre le client et le fournisseur d'accès Internet : obligation des parties, responsabilité sur le contenu

- L'obligation des parties a été règlementée par le décret n°97-501 du 14 mars 1997¹⁰, relatif aux services à valeur ajoutée des télécommunications et
 - o Notamment les articles 1^{er}¹¹ et 14¹²
 - o Les articles 82¹³ et 83¹⁴ du COC
- L'arrêté du ministre des communications du 22 mars 1997, portant approbation du cahier des charges fixant les clauses particulières à la mise en œuvre et l'exploitation des services à valeur ajoutée des télécommunications de type Internet. Notamment:
 - o L'article 8 : obligations relative à la fourniture des services (les obligations techniques)¹⁵
 - o L'article 9 : obligations relatives au contenu des services (responsabilité partagée)¹⁶

¹⁰ JORT N° 24, du 25 mars 1997, page 497.

<http://www.mincom.tn/fileadmin/investisseurs/pdf/d%C3%A9cret%20n%C2%B097-501%20du%2014%20mars%201997.pdf>

¹¹ Art. 1^{er} : « La production, la fourniture, la distribution et l'hébergement d'informations, dans le cadre de la mise en œuvre et de l'exploitation des services à valeur ajoutée de télécommunications, sont régis par le code de la presse et la loi relative à la propriété littéraire et artistique susvisés ».

¹² Art. 14 : « Tout service à valeur ajoutée des télécommunications doit avoir un directeur responsable du contenu du service fourni aux utilisateurs conformément aux dispositions du code de la presse ci-dessus visé ».

¹³ Art. 82 du COC : « Tout fait quelconque de l'homme qui, sans l'autorité de la loi, cause sciemment et volontairement à autrui un dommage matériel ou moral, oblige son auteur à réparer le dommage résultant de son fait, lorsqu'il est établi que ce fait en est la cause directe.

Toute stipulation contraire est sans effet ».

¹⁴ Art. 83 du COC : « Chacun est responsable du dommage moral ou matériel qu'il a causé, non seulement par son fait, mais par sa faute, lorsqu'il est établi que cette faute en est la cause directe.

Toute stipulation contraire est sans effet.

La faute consiste, soit à omettre ce qu'on était tenu de faire, soit à faire ce dont on était tenu de s'abstenir, sans intention de causer un dommage ».

¹⁵ **Obligations relatives à la fourniture des services**

Le fournisseur de services s'engage à :

- conclure avec ses clients un contrat type selon le modèle élaboré par l'opérateur public concerné
- conclure avec l'opérateur public concerné une convention définissant les conditions d'exploitation des services de type INTERNET à travers les réseaux des télécommunications commutés (RTC).
- s'acquitter des redevances dues à l'exploitant des réseaux publics des télécommunications pour l'usage des moyens des télécommunications, et à l'opérateur public pour les droits d'accès aux services de type INTERNET.
- soumettre à l'opérateur public concerné, au préalable, le projet de tarification avec indication du coût des différentes prestations ainsi que toutes modifications ultérieures que le fournisseur de services se proposerait d'y apporter.
- communiquer à l'opérateur public concerné la liste nominative écrite, dûment signée et actualisée, de tous ses abonnés au début de chaque mois et dans un délai ne dépassant en aucun cas le troisième jour ouvrable du mois suivant celui pour lequel la liste est établie.
- offrir l'accès aux services de type INTERNET à tous les demandeurs d'accès par les réseaux des télécommunications commutés "RTC" en mettant en œuvre les moyens techniques les plus fiables.
- garder confidentielle toute information relative à la vie privée de ses clients abonnés et n'en faire part que dans les cas prévus par la loi.
- donner à ses abonnés une indication claire et précise de l'objet et des modes d'accès aux services INTERNET et leur porter assistance chaque fois qu'ils le demandent.
- mettre à la disposition de ses abonnés les coordonnées, nom et prénom et numéro de téléphone, de la personne à qu'ils peuvent adresser une demande de renseignement ou une réclamation si une demande de service n'a pas été traitée de façon satisfaisante dans le cours normal des activités de son entreprise.

¹⁶ **Obligations relatives au contenu des services**

6- Types de contrats

- Contrat de vente (en ligne)
- Contrat de licence
- Contrat de louage d'ouvrage

7- La licence

Le contrat de licence a une nature particulière (entre la vente et la location), il a été règlementé par :

- Loi n° 36-2001, du 17 avril 2001, relative à la protection des marques de fabrique, de commerce et de services¹⁷.
- La loi n°94-36 du 24 février 1994 relative à la propriété littéraire et artistique.
- La loi n° 69 du 12 août 2009, relative au commerce de distribution pour ce qui concerne la franchise¹⁸.
- Il faut , toutefois, relever que la Tunisie est membre de :
 - o La convention de Paris sur la protection des brevets d'invention,
 - o Convention UNCTAD sur la protection des brevets et marques et
 - o L'accord de la Conférence des Nations unies sur le Commerce et le Développement, CNUCED, relatif à la protection des licences et marques déposées
 - o Traité de l'OMPI et ses conventions
 - o Convention de Berne
 - o L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ADPIC

Les dispositions du présent article s'appliquent aux fournisseurs des services de type INTERNET, et à tous les clients abonnés des services de type INTERNET propriétaires des pages et des serveurs web, hébergés dans leurs systèmes.

Le fournisseur de services est tenu, dans le cadre du développement des services de type INTERNET en Tunisie, de développer et d'héberger dans ses systèmes des pages et des serveurs Web.

Le directeur désigné par le fournisseur de services conformément à l'article 14 du décret n° 97-501 du 14 mars 1997 susvisé, et dont le nom doit être communiqué à l'opérateur public concerné, assume la responsabilité du contenu des pages et des serveurs Web qu'il est appelé à héberger dans ses serveurs conformément aux dispositions du code de la presse sus visé.

Les clients abonnés des services de type INTERNET, propriétaires des pages et des serveurs hébergés, sont également responsables des infractions aux dispositions de la législation et de la réglementation en vigueur.

Le directeur est tenu d'assurer une surveillance constante du contenu des serveurs exploités par le fournisseur de services, pour ne pas laisser perdurer des informations contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs.

Le directeur doit conserver, pendant une année à compter de l'acessation du service, sous sa responsabilité, sur des supports écrits et magnétiques, une copie du contenu des pages et des serveurs hébergés nécessaire à l'administration de la preuve.

En cas de fermeture ou de cessation de diffusion d'un service à valeur ajoutée des télécommunications de type INTERNET, le fournisseur de services s'engage à remettre à l'opérateur public concerné, sans délai, l'ensemble des supports d'archivage ainsi que les dispositifs de lecture desdits supports.

¹⁷ JORT N° 31, du 17 avril 2001, Page 834. Texte modifié en 2007, par la loi n°2007-50, du 23 juillet 2007, modifiant et complétant la loi n°2001- 36, du 17 avril 2001, relative à la protection des marques de fabrique, de commerce et de services. JORT N°60, du 27 juillet 2007, page n°2580.

¹⁸ JORT N° 65, du 14 août 2009, Page 2349. <http://www.commerce.gov.tn/Fr/image.php?id=222>

- **Type de droits octroyés par la licence**

- **Etendue de la licence :**

Le contrat de licence offre aux parties contractantes la latitude de déterminer l'étendue du droit. L'article 28 de la loi n° 36-2001, du 17 avril 2001¹⁹, relative à la protection des marques de fabrique, de commerce et de services prévoit que la licence peut être soit exclusive soit non exclusive.

- La loi n°2000, du 24 août 2000, relative aux brevets d'invention, la licence peut être exclusive ou non exclusive.
 - Pour la licence non exclusive : Aussi, sauf stipulation contraire, le contrat de licence « *n'exclut ni que le donneur de licence consente d'autres licences à d'autres personnes pour l'exploitation de la même invention, ni qu'il exploite lui-même ladite invention* » (art. 64)
 - En cas où la licence est exclusive : le donneur de licence ne peut exploiter ni donner à un tiers le droit d'exploiter l'invention sur le territoire tunisien. (art64).

Forme écrite :

L'article 26 de la loi n°36-2001, du 17 avril 2001, relative à la protection des marques de fabrique, de commerce et de services, dispose que « *toute cession ou modification des droits attachés à une marque enregistrée doit pour être opposable aux tiers, être inscrite au registre national des marques* ».

Aussi l'article 27 exige la forme écrite du contrat de licence, « *la cession ou la mise en gage est constatée par écrit sous peine de nullité* ».

- De même, l'article 7 du décret n°2001-1603 du 11 juillet 2001, fixant les modalités d'enregistrement et d'opposition à l'enregistrement de marques de fabrique, de commerce et de services et les modalités d'inscription sur le registre national des marques²⁰ exige la publication, au registre des marques, de toutes les modifications qui affectent la jouissance des droits attachés à la marque, or la publicité suppose en principe l'écrit comme support matériel.

- La loi n°2000-84, du 24 août 2000, relative aux brevets d'invention, impose dans son article 63, alinéa 3, la forme écrite pour le contrat de

¹⁹ JORT N°31, du 17 avril 2001, page 834

²⁰ Décret n° 2001-1603 du 11 juillet 2001, fixant les modalités d'enregistrement et d'opposition à l'enregistrement de marques de fabrique, de commerce et de services et les modalités d'inscription sur le registre national des marques.

http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=129863

licence : « Le contrat de licence doit, sous peine de nullité, être établi par écrit et signé par les co-titulaires.

Tout contrat de licence ainsi que toute modification ou renouvellement de ce contrat doivent, sous peine de non-opposabilité aux tiers, être inscrits au registre national des brevets après paiement d'une redevance dont le montant sera fixé par décret ».

- De même, la loi n°36-1994, relative à la propriété littéraire et artistique²¹, modifiée et complétée par la loi n°33-2009, du 23 juin 2009²², permet au titulaire du droit de transférer la totalité ou une partie des droits patrimoniaux à une autre personne afin de l'utiliser ou l'exploiter selon des conditions déterminées par contrat.
- La loi n°69-2009, du 12 août 2009, relative au commerce de distribution, évoque pour la première fois la franchise, qui implique le transfert du droit d'exploitation des droits de propriété intellectuelle à un franchisé. le contenu de ce transfert est déterminé par contrat. (forme écrite obligatoire : art15).
- Le décret n° 2010-1501 du 21 juin 2010, portant fixation des clauses minimales obligatoires des contrats de franchise ainsi que des données minimales du document d'information l'accompagnant²³, impose un certain nombre de clauses dans le contrat de franchise. Par exemple :
 - Durée du contrat
 - Conditions de son exploitation,
 - Clause de non concurrence...etc.
- Le dépôt des logiciels n'est pas une condition de forme pour protéger le droit du titulaire des droits d'auteur.

²¹ JORT N°17, du 01 mars 1994, Page, 361. http://www.intt.tn/upload/txts/fr/loi_36-1994-fr.pdf

²² JORT N° 52 du 30/06/2009, Pages 1724-1733 <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/tn/tn027fr.pdf>

²³ JORT N° 50, du 22 juin 2010, page 1744. <http://www.commerce.gov.tn/Fr/image.php?id=223>

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

A- L'impact du contrat sur les droits de la propriété industrielle

- 8- En droit tunisien on distingue, en matière de propriété intellectuelle, les droits moraux et les droits patrimoniaux. Les premiers sont incessibles, intransmissibles, insaisissables et imprescriptibles, alors que les seconds sont cessibles, transmissibles, saisissables et prescriptibles. Cela veut dire que les droits moraux sont éternels. Par conséquent, celui qui détient les droits de propriété intellectuelle peut céder la totalité de ses droits patrimoniaux ou une partie seulement de ces droits et ce par la cession du droit d'exploitation et/ou le droit d'utilisation.

Selon l'article 8 de la loi de 1994 relative à la propriété littéraire et artistique, *« L'auteur jouit de droits moraux et patrimoniaux sur son œuvre. Les droits moraux sont imprescriptibles, ne peuvent faire l'objet de renonciation et sont inaliénables. Ils sont toutefois transmissibles par voie de succession ou par testament. »*

Les droits patrimoniaux peuvent être transmis partiellement ou totalement par voie de succession ou par cession. Ils sont exercés par l'auteur lui-même, son représentant ou tout autre titulaire de ces droits au sens de la présente loi ».

- **Les droits moraux donnent à l'auteur :**

- Le droit de paternité : comprenant le droit d'indiquer son nom sur l'œuvre, le droit de s'opposer à la mutilation, modification, déformation, ajout ou autre modification sans l'autorisation de l'auteur...etc
- Le droit de retirer l'œuvre de la circulation en contre partie d'une indemnisation au profit de l'exploitant, ayant subi un préjudice.

- **Les droits patrimoniaux**

Ce sont les droits qui donnent à l'auteur le droit exclusif d'exploitation ou d'autoriser l'exploitation par d'autres. Cela comprend :

- Le droit de reproduction
- Le droit de communication (représentation, diffusion, exécution publique...etc).
- Toute forme d'exploitation
- Traduction adaptation, ...etc.

L'exploitant autre que le propriétaire de l'œuvre ou son représentant ne peut exercer les droits sus mentionnés s'il ne justifie d'une autorisation préalable indiquant :

- Le responsable de l'exploitation
- Le mode d'exploitation (forme, lieu..)
- Durée
- Le montant de la contre partie

Le transfert des droits d'auteur peut prendre deux formes : la cession et la licence.

- La cession : la cession des droits d'auteurs, veut dire le transfert de tous les droits patrimoniaux et non pas les droits moraux (contrairement au régime du copyright).
- La licence est la convention conclue par le titulaire d'un brevet d'invention ou d'une marque avec un tiers pour l'exploitation et ce sans aliénation du brevet ou de la marque.

Les contrats de licence s'intègrent ainsi dans la cession partielle des droits d'auteur permettant à d'autres personnes de bénéficier d'un certains nombre de droits établis par le contrat de licence. Licence peut comprendre le droit d'utilisation, le droit d'exploitation. L'utilisation de l'œuvre peut être limitée dans l'espace ou dans le temps.

9- La vente d'un **logiciel** ne vaut pas le transfert de la totalité des droits de propriété intellectuelle, mais seulement des droits patrimoniaux.

- Selon l'article 44 de la loi de 1994, les logiciels créés sur commande demeurent la propriété du producteur.
- La vente d'un logiciel ne permet pas à son utilisateur d'avoir une copie privée du logiciel (pour utilisation privée), mais seulement une copie de sauvegarde.
- L'article 46 de la même loi réserve à l'auteur du logiciel, des droits sur toute utilisation du logiciel. Ainsi, toute reproduction ou utilisation non autorisée est interdite. Tandis que le droit commun de la propriété littéraire et artistique ne donne à l'auteur qu'un monopole limité à la reproduction et la représentation de l'œuvre : ces formes d'exploitation ne couvrent pas « toute utilisation ».

Art. 46 (nv)« Est interdite, toute utilisation d'un programme d'ordinateur non expressément autorisée par écrit, par son auteur ou son représentant, sauf stipulation contractuelle contraire.

Toutefois, est permise sans autorisation de l'auteur ou son représentant, la réalisation d'une seule copie de sauvegarde du programme

d'ordinateur par le propriétaire de l'exemplaire licite de ce programme d'ordinateur ».

- En revanche, l'auteur ne peut pas s'opposer à l'adaptation du logiciel par un tiers, dans les limites des droits qu'il lui a cédés.

Art. 45 : « *Sauf stipulation contraire, l'auteur ne peut s'opposer à l'adaptation du logiciel par des tiers dans la limite des droits qu'il leur a cédés* ».

Cette formule peut générer des difficultés aussi bien dans sa perception que dans sa mise en exécution:

- La formule du texte est équivoque
 - L'auteur principal de l'œuvre peut s'opposer à la dénaturation de son œuvre. Donc toute modification doit avoir l'autorisation de l'auteur initial, sauf si l'œuvre est déjà dans le domaine public.
 - La formule du texte permet à l'auteur de l'adaptation d'exploiter son nouveau produit en le commercialisant. Il peut ainsi exploiter des droits patrimoniaux et non moraux. Mais l'auteur du logiciel initial peut toujours retirer son logiciel pour dénaturation. Donc l'auteur initial peut toujours faire cesser l'exploitation du logiciel adaptée par l'auteur de l'adaptation.
 - Du même coup, celui qui n'a reçu aucun droit de la part du créateur initial du logiciel, ne peut faire aucune adaptation, sinon il peut être considéré comme un « pirate ».
- ⇒ La formule est donc équivoque, mais les stipulations du contrat peuvent les dissiper et offrir une palette de solutions.

10- La vente d'un bien immatériel n'épuise pas tous les droits de l'auteur. La vente ne peut toucher que les droits patrimoniaux. L'auteur aura toujours le droit de retirer son œuvre (contre une juste indemnité), de s'opposer à toute mutilation, modification sans son consentement, ainsi qu'à toute autre atteinte à l'œuvre.

12- Immatériel et contrat du gage

Il existe deux sortes de biens immatériels : les biens immatériels financiers regroupant les parts et actions sociales, les instruments financiers, les créances et les biens immatériels industriels regroupant les fonds de commerce et les propriétés intellectuelles²⁴.

²⁴ **Vanessa PINTO HANIA**, *Les biens immatériels saisis par le droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles*, Université Paris-est Créteil, faculté de droit, 2011.

Cette double nature des biens immatériels a été saisie par le droit des sûretés réelles et essentiellement par le gage, la seule sûreté réelle conventionnelle en droit tunisien.

S'agissant de la première catégorie à savoir **les biens immatériels financiers** on peut soutenir que c'est le code des droits réels qui a réglementé la majorité de ces biens immatériels. En effet, l'article 218 CDR réglemente de gage des créances en disposant que: «le privilège s'établit sur les créances :

- a) Par la remise du titre constitutif de la créance,
- b) Et, par la signification du nantissement au débiteur de la créance donnée en gage ou par l'acceptation de ce dernier, par acte ayant date certaine... ».

Le nantissement des créances est donc valable si deux conditions sont réunies :

D'une part, la remise du titre constitutif de la créance, cette condition qui permet de conserver la nature réelle du contrat de gage, ne joue pas un rôle important dans mise en possession du créancier.

D'autre part, La signification du nantissement au débiteur de la créance donnée en gage. Cette deuxième condition est essentielle elle a pour fonction la mise en possession du créancier gagiste²⁵.

L'effet principal du nantissement des créances est d'autoriser le créancier a agir directement contre le débiteur de la créance donnée en gage. Le nantissement sur créance est réalisé par le moyen d'une action directe (art. 255 du C.D.R.).

Contrairement aux créances ordinaires, c'est une loi spéciale qui réglemente le nantissement des créances professionnelles. Il s'agit de la loi n° 2000-92 du 31 oct. 2000 relative aux actes de cessions ou de nantissement de créances professionnelles et à la mobilisation des crédits rattachés.

Dans cette réglementation spéciale le nantissement demeure un contrat réel, puisque les créances professionnelles peuvent être nanties par la « simple remise d'un bordereau », une sorte de liste des créances comportant plusieurs énonciations. Ce bordereau, qui doit comporter obligatoirement la signature du débiteur, est remis à l'établissement bancaire ou financier, créancier. Cependant ce nantissement est spécifique dans ses effets. Le créancier nanti c'est-à-dire l'établissement bancaire devient propriétaire des créances professionnelles nanties, et ce conformément à l'article 5 de la dite loi aux termes duquel « La

²⁵ **Hatem MHAMDI**, *Le nantissement des créances*, in *Recherches sur les sûretés réelles et personnelles*, ouvrage collectif sous la direction de Béchir MANOUBI FERCHICHI, p. 3, spécialement n° 44, p. 31.

cession transfère la propriété de la créance qu'elle comporte à l'établissement bancaire ou financier cessionnaire même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie ».

S'agissant « des actions, parts d'intérêts, et obligations nominatives des sociétés dont la transmission s'opère par un transfert sur leurs registres », c'est l'article 221 du CDR qui détermine la constitution de leur gage. Le gage est constitué par « un transfert à titre de garantie inscrit sur ses registres ». Cependant le domaine d'application de ce texte a été sensiblement réduit par la loi n° 2000-35 du 21 mars 2000 relative à la dématérialisation des titres. Désormais, les valeurs mobilières qui englobent les actions, les titres participatifs, les obligations et autres produits financiers « sont dématérialisés et sont représentés par une inscription au compte de leur propriétaire auprès de la personne morale émettrice ou d'un intermédiaire agréé. Elles se transmettent par transfert d'un compte à un autre »²⁶. A la lumière de ce texte, et en application également de l'art. 315 du CSC (Code des Sociétés Commerciales), on peut affirmer que le nantissement des valeurs mobilières est constitué par le transfert du compte initial à un autre compte au nom du créancier nanti.

S'agissant de la deuxième catégorie à savoir **les biens immatériels industriels** on constate que notre législateur a consacré un régime spécial détaillé du nantissement du fonds de commerce dans les articles 236 et suivants du code de commerce. Il ressort de ces articles que ce nantissement est une sûreté sans dépossession. La loi prévoit deux conditions : l'écrit et l'inscription du nantissement. Les effets du nantissement consistent dans le droit de préférence et le droit de suite conférés au créancier nanti.

Contrairement au fonds de commerce, les propriétés industrielles n'ont pas fait l'objet de règles spéciales. Le brevet d'invention réglementé par la loi du 24 août 2000 peut être donné en gage en raison de sa transmissibilité ; le droit commun du gage aura donc une vocation à s'appliquer. Les marques de fabrique réglementées par la loi du 17 avril 2001. L'article 27 de cette loi exige la rédaction d'un écrit, sous peine de nullité, pour la constitution de ce gage. Il s'agit d'un contrat réel qui exige la remise de l'attestation de l'immatriculation. Le gage des marques est un gage avec dépossession qui doit être inscrit au registre national des marques.

En guise de prologue à cette réflexion sur l'immatériel et le contrat du gage on peut relever que l'immatériel s'est adapté avec les règles en vigueur du gage. La nature réelle du contrat a été maintenue, la dépossession est assurée par un autre moyen : titre de la créance, signification, inscription ... Néanmoins cette adaptation n'a pas été une réussite totale. Quelques incohérences juridiques et effets négatifs nous amènent à poser la question de l'efficacité de cette sûreté mobilière conventionnelle.

²⁶ Article 2 de la loi 2000.

13- Le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle peut renoncer à un droit de propriété intellectuelle sur une invention, mais pas pour un droit d'auteur (art. 8 nouveau de la loi de 1994).

Selon l'article 54 de la loi n°2000-84, du 24 août 2000, relative aux brevets d'invention²⁷, « *Le titulaire du brevet peut renoncer en tout ou en partie à son brevet par une requête signée adressée à l'Organisme chargé de la propriété industrielle* ».

Selon l'article 62 du même texte : « Les droits découlant d'un brevet ou d'une demande de brevet peuvent être cédés ou transmis en tout ou en partie ».

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

11- La licence est un contrat et non pas un bien. La cession d'un droit découlant d'un brevet constitue un bien saisissable. Selon l'article 62, alinéa 4 « La saisie d'un brevet est effectuée selon les dispositions du code de procédure civile et commerciale ».

12- Les contrats de franchise obligent les parties contractantes à respecter les dispositions de la loi de 2009 ainsi que du décret d'application de 2010. L'adaptation des contrats injuste se fait à travers les clauses d'adaptation des contrats. Mais pas de disposition législative qui permet d'adapter ce type de contrats.

Selon l'article 67 de la loi relative aux brevets d'invention (préalablement citée), le preneur de licence n'est plus tenu de payer les montants prévus dans le contrat de licence, si :

- La licence a été retirée,
- Le brevet a été rejeté ou annulé,
- Le titulaire du brevet a été déchu
- L'expiration de la période de protection du brevet

Dans tout les cas où le preneur de licence n'a pas pu exploiter sa licence, il a le droit de restitution des paiements déjà effectués, sauf stipulations contraires prévues au contrat de licence.

13- Selon l'article 32, alinéa 4 de la loi n°84 du 24 août 2000, « *Si des droits de gage ou de licence ont été inscrits au registre national des brevets prévu à l'article 37 de la présente loi, la déclaration de retrait n'est*

²⁷ JORT N°68, du 25 août 2000, page 1989. http://www.anpr.tn/fileadmin/medias/doc/Menu_principale/Loi_84-2000_24_Aout_2000.pdf

recevable que si elle est accompagnée du consentement écrit des titulaires de ces droits ».

Selon l'article 27 de la loi n°36-2001, du 17 avril 2001, relative à la protection des marques « les droits attachés à une marque peuvent faire l'objet, en tout ou en partie, d'une cession ainsi que d'une mise en gage. La cession même partielle, ne peut comporter de limitation territoriale. La cession ou la mise en gage est constatée par écrit à peine de nullité ».

- 14- L'auteur a toujours le droit de repentir et de retirer son œuvre s'il constate une quelconque atteinte à l'œuvre. Le retrait nécessite en revanche une juste indemnité. La modification ou la mutilation sans autorisation de l'auteur ne nécessite pas une indemnisation.
- 15- L'impact du droit de la propriété intellectuelle sur la liberté contractuelle diffère selon le cas :

- **S'agissant des logiciels :**

- Les logiciels créés par les salariés : Selon l'art. 43 de la loi du 24 février 1994, les droits de propriété intellectuelle reconnus à l'auteur d'un logiciel, appartiennent à l'employeur sauf disposition contraire du contrat.
 - De même lorsqu'un logiciel est créé par un agent de l'Etat, les droits de propriété intellectuelle reviennent à l'Etat, sauf disposition contraire du contrat.
- ⇒ La formule de l'article 43 inclut aussi bien les droits moraux que les droits patrimoniaux. Ce qui est contraire à l'art. 6 bis de la convention de Berne (1971) ratifiée par la Tunisie.
- Les logiciels sur commande : Selon l'article 44 de la loi de 1994, relative aux droits d'auteur, *« sauf stipulation contractuelle contraire, le logiciel réalisé sur commande et la documentation ayant servi à sa réalisation demeurent la propriété du producteur ».*

- **S'agissant des inventions :**

- Lorsque l'invention est réalisée par des agents publics. L'établissement ou les agents publics sont seuls habilités à déposer la demande d'enregistrement du brevet d'invention ou de découverte. Le nom de l'inventeur ou des inventeurs doivent être inscrits au brevet.
- L'établissement public renonce obligatoirement à son droit d'exploitation de l'invention, en faveur de l'inventeur ou des inventeurs, lorsqu'il demande(nt) à exploiter l'invention ou la découverte par eux-mêmes. Ceux-ci disposent d'une année pour

réaliser un projet économique. Faute de quoi ils perdent ce droit et l'établissement public recouvre son droit d'exploitation²⁸.

- Le décret n°2001-2750, du 26 novembre 2001, fixant les critères et modalités de partage des produits d'exploitation des brevets d'invention ou de découverte revenant à l'établissement ou à l'entreprise public et à l'agent public chercheur auteur d'une invention ou d'une découverte²⁹ : ce texte établit les règles d'exploitation des brevets d'invention ou de découverte. Ces brevets peuvent être exploités soit directement par l'inventeur (tel que prévu par l'article 14 de la loi n° 2000-68, du 17 juillet 2000, soit par l'établissement public (directement ou par un tiers)
- Selon ce texte l'agent public auteur de l'invention bénéficie d'un pourcentage variant entre 25% et 50% du produit de l'exploitation.

Dans les cas où l'invention n'est pas réalisée dans le cadre d'un établissement public :

- Le brevet d'invention confère en principe à son titulaire le droit exclusif d'exploitation et ce dans un délai de quatre ans à partir de la date d'enregistrement, ou trois ans à partir de la date de délivrance du brevet, sinon il est obligé de concéder des licences d'exploitation.
- L'inventeur peut ne pas exploiter lui-même son invention en octroyant une licence d'exploitation. Ces licences peuvent être soit obligatoires soit des licences d'office.

²⁸ Loi n°2000-68 du 17 juillet 2000 modifiant certaines dispositions de la loi 1996-6 du 31 janvier 2000 relative à la recherche scientifique et au développement technologique (article 14 nouveau). *JORT N°57, du 18 2000, page 1741.*

²⁹ *JORT N°97, du 04 décembre 1997, page 4067 Immatériel et contrat du gage*