

Contrats et immatériel

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

- Questionnaire pour les rapporteurs nationaux -

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 ?

En droit allemand (et en général en le droit européen) le contrat peut être conclu par des moyens électroniques, soit par courriel, soit par téléphone etc. La directive de commerce électronique (correspondant en droit allemand au § 312j du Code Civil) impose certaines obligations d'information à ceux qui utilisent de moyens électroniques pour conclure un contrat, par exemple des informations sur l'enregistrement d'une entreprise etc. En outre, le § 312j BGB (et la directive européenne) prévoit un droit de correction des messages avant qu'ils sont envoyés pour éviter des erreurs.

Les droits de rétractation sont limités aux cas de contrats de consommateur ; il n'existe pas un droit général de rétractation pour des partis contractants qui ont conclus un contrat par moyen électronique.

Le droit des contrats n'est pas influencé en général par ces provisions spéciales – seulement la situation en ce qui concerne des ventes aux enchères électroniques qui dominent les décisions récentes en matière du droit des déclarations électroniques de volonté. Néanmoins, la jurisprudence allemande utilise les notions traditionnelles pour interpréter les déclarations de volonté en ce cas, par exemple pour invoquer les conditions générales de contrat de participation des partis d'une vente aux enchères (comme ebay etc.).

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 ?

Non – le droit des contrats est modifié et adapté simplement aux nécessités du commerce électronique. Il s'est avéré que les notions générales sont suffisamment flexibles pour embrasser les nouveaux moyens. Néanmoins, il manque toujours des

décisions concernant les contrats d'usage des logiciels (« software ») et des applications électroniques en téléphones intelligentes (« apps »).

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

La protection de données personnelles joue un rôle capital en ce qui concerne la légitimation du traitement électronique. Souvent les contrats contiennent des clauses qui prévoient l'accord du parti contractant parce que ces clauses autorisent le traitement électronique. La jurisprudence allemande permet aussi que ces clauses se trouvent dans les conditions générales d'un contrat (« opt-out »). Néanmoins, la contournement de ces clauses est difficile car le droit de la protection de données personnelles exige que tous les buts et fins de traitement électronique doivent être révélés et fixés. Ainsi, une clause d'autorisation doit être formulée clairement pour le parti contractant, une tâche assez complexe et difficile à réaliser en pratique.

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

En droit allemand il n'existe pas de règles particulières pour les contrats portant sur des biens immatériaux en ce qui concerne l'exécution etc. Les règles générales s'appliquent, par exemple en cas d'invalidité de contrat. Le parti contractant qui a reçu le bien immatériel doit restituer le bien, soit en retournant le droit (par cession), soit en détruisant le bien immatériel (logiciel etc.). Le problème pratique concerne la preuve de la restitution – pour cela souvent les biens immatériaux sont combinés avec des moyens électroniques de protection qui permettent au vendeur le contrôle d'utilisation du bien immatériel (en cas de logiciels ou de jeux électroniques etc.)

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 modernes sur l'approvisionnement d'information sont formés par la pratique et ne se trouvent pas dans le Code Civil allemand. Néanmoins, la jurisprudence applique les règles générales du droit des contrats aux nouvelles types de contrats – c'est ce qui est indispensable en cas de contrôle des conditions générales de contrats en vue de protéger les consommateurs. Ainsi, les contrats de « web hosting » sont qualifiés comme des contrats de bail. Toutefois, il s'est montré dans la pratique judiciaire que la qualification de nouveaux contrats qui combinent différents éléments (ou différents contrats) peut être difficile. En cas du « cloud computing », le fournisseur de service offre une combinaison entre bail et service, en cas du « app store » il s'agit d'une offre de services de bail (pour les vendeurs de « apps ») et de contrôle en ce qui concerne la sécurité des « apps ».

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 ?

L'obligation du fournisseur d'accès d'internet est de mettre à la disposition de son client une connexion électronique avec internet. La qualification de ce contrat est disputée : car le fournisseur ne peut pas garantir en permanence une connexion à 100%, certains auteurs plaident pour une classification comme contrat de service. De même il existe certaines périodes quand la connexion ne peut être établie. Toutefois, typiquement le parti contractant compte sur une connexion constante ainsi que le fournisseur d'accès d'internet ne peut exclure entièrement sa responsabilité pour la connexion.

En générale, la directive européenne pour le commerce électronique prévoit que un fournisseur d'accès d'internet n'est pas responsable pour les contenus téléchargés, même si le fournisseur connaît le contenu téléchargé, art. 8 de la directive.

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

Presque tous les types de contrats peuvent être utilisés, soit un contrat de vente, un contrat de bail, de donation etc. En les limites prévues par le droit de contrôle des conditions générales (sec. 305 ss. du Code Civil) les conditions peuvent être stipulées.

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, régistation)? 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) ?

La licence peut donner un droit exclusif ou simple – les deux possibilités existent en pratique.

Le droit d'auteur et également les droits de brevet d'invention, de marques etc. n'exigent pas un acte formel pour conclure une licence.

Les obligations du titulaire du droit de propriété intellectuelle dépendent du caractère de contrat et des stipulations. Par exemple, un contrat de licence de software puisse comprendre une assistance technique – c'est-ce qui ne s'applique pas pour une licence en droit d'auteur car le contenu est essentiel et non l'assistance technique.

En ce qui concerne les obligations du licencié l'essentiel de son obligation est le paiement. Parfois, il est tenu d'exploiter le bien immatériel, comme en cas de l'éditeur – ce que ne s'applique pas en cas de brevet d'invention.

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

A. L'impacte 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 ?

En théorie, il y a une distinction entre la licence (le contrat) et la cession d'un droit de propriété intellectuelle. Pratiquement, la cession se déroule au moment où le contrat est conclu.

Le contrat de licence détermine souvent la portée des droits, par exemple les possibilités d'usage d'un droit, soit la permission d'emprunter un livre, soit la permission de le faire accessible sur internet.

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 ?
11. La vente d'un bien immatériel a-t-il 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 ?

Le contrat de vente détermine le contrôle des conditions générales d'une licence. Récemment, suivant une décision de la cour européenne, la cour suprême fédérale allemande a appliqué la notion de contrat de vente à la licence d'un logiciel et a (implicitement) annulé une clause limitant les possibilités de revente du logiciel, parce que telles restrictions sont incompatibles avec un contrat de vente. Toutefois, la discussion n'a que commencé récemment et les implications de cette décision ne sont toujours pas bien claires, notamment la question de la garantie (dans les contrats de vente) et la relation avec les contrats de maintenance (d'un logiciel).

Au contraire, l'épuisement de biens immatériaux est discuté intensément dans d'autres secteurs, par exemple dans le cas des livres électroniques. La majorité des cours toujours rejettent l'idée d'un épuisement pour ces biens immatériaux tombant sous le coup de la directive sur la propriété intellectuelle dans la société d'information.

Le droit au respect reste toujours au titulaire parce qu'il est considéré comme un droit fondamental garanti par la constitution – le droit de respect de la personne.

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

L'immatériel – ou plus précisément : le droit – peut être objet d'un gage (sûrement pas le droit au respect). Comme tous les droits, la propriété intellectuelle peut être cédée à un tiers à condition que le propriétaire de son côté accorde une sous-licence au licencié, parce que le licencié nécessite de toute façon un droit pour utiliser son bien immatériel.

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

La renonciation totale à un droit de propriété immatériel est seulement possible pour les biens immatériaux qui n'ont pas un caractère personnel. Même les licences de type « open source » ne comprennent pas un dessaisissement mais une modification des types traditionnels de licence pour réaliser l'effet « viral ».

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 ?

La licence est considérée comme un contrat qui transfère le droit. La conséquence de cette qualification est la soumission au contrôle judiciaire des conditions générales de licence, et en plus l'influence de types traditionnelles, comme la vente ou bail etc.

En cas d'insolvabilité du licencié le titulaire peut révoquer la licence – une situation qui est intensivement disputée parce que la licence constitue souvent la base pour la production dans une entreprise, par exemple des logiciels de contrôle financière etc. Le législateur allemand a essayé deux fois de reformer la loi d'insolvabilité, mais a abandonné les essais de réforme. Néanmoins, la jurisprudence a reconnu qu'une sous-licence n'est pas affecté par l'insolvabilité du licencié ainsi que le titulaire ne peut pas révoquer la licence entièrement.

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 » ?

En plus du contrôle judiciaire général des conditions contractuelles (comme mentionnées), le code de droit d'auteur contient peu de provisions qui annuleraient des clauses ou les déclareraient injustes. Seulement la portée des droits cédés doit être formulée clairement, le paiement doit être juste – ce qui est pratiquement impossible d'évaluer parce qu'il existe peu de titres indicatifs.

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 ?

L'invalidité du brevet a pour conséquence que le prétendu titulaire ne peut remplir son obligation contractuelle ainsi qu'il est responsable pour les dommages.

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 ?

L'auteur tien un droit de repentir si l'auteur a changé son opinion ou si le licencié utilise son œuvre en une manière qui ne respecte pas le droit du titulaire, par exemple de musique utilisée dans une campagne d'un parti de l'extrême droite.

L'éditeur est tenu de publier l'œuvre et d'utiliser les droits cédés. Si l'éditeur ne remplit pas son obligation de publier après un délai de 2 ans, l'auteur peut révoquer les droits.

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 ?

En cas d'un employé la situation dépend du caractère de la propriété intellectuelle : pour le droit d'auteur il n'y a pas une cession légale à l'employeur ; donc les contrats stipulent normalement de telles clauses ou des obligations de céder le droit d'auteur à l'employeur.

En cas de software/logiciel le droit prévoit une cession automatique, ce qui est aussi le cas pour les brevets ou les inventions qu'un employé a fait pendant le travail.