

L'Immatériel

Contrat et immatériel

Rapport national italien

Giorgio De Nova

Professeur auprès de l'Université de Milan

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

Note préliminaire

Les réponses à ce questionnaire ne doivent pas susciter d'attente particulière pour ce qui concerne le droit italien.

Ce thème est en effet régi par le droit communautaire, les éventuelles spécificités du droit italien ne peuvent donc toucher que des points de détail.

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 ?

La conclusion de contrats à distance, grâce aux instruments informatiques et télématiques qu'offre Internet a tout d'abord été régie par le *DPR 513/1997* modifié peu à peu, notamment pour s'harmoniser avec les directives européennes (en particulier la directive 1999/93/CE sur les signatures électroniques) et pour instituer une réglementation différente selon qu'il s'agit de contrats B2B ou B2C.

Dans le cadre des contrats B2B, les parties ont pleine autonomie; la réglementation en vigueur a trait à l'efficacité et à la valeur juridique des déclarations transmises à distance qui doivent être équivalentes à celles qui sont documentées de manière traditionnelle (sur papier, analogiques). Il s'agit en particulier des règles en matière de signatures électronique et digitale, régies par le Code de l'Administration digitale (*Decreto legislativo 7 mars 2005, n° 82*: en particulier art. 20 suiv.). Pour les aspects qui restent identiques à ceux qui concernent la conclusion des contrats entre personnes éloignées, le code civil s'applique, quel que soit l'instrument technologique employé pour

manifester la volonté des parties (art. 1326 suiv. cod. civ.) ainsi que le prévoit l'art. 13 du *Decreto legislativo* 9 avril 2003, n° 70, en application de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique. 1. *Le norme sulla conclusione dei contratti si applicano anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione inoltri il proprio ordine per via telematica* (les règles sur la conclusion des contrats s'appliquent aussi dans les cas où le destinataire d'un bien ou d'une prestation de la société de l'information adresse sa commande par voie électronique).

Dans le deuxième cas (B2C), tout en appliquant le *D. Lg.* 70/2003, rappelé à l'art. 68 du Code de la consommation (*D. Lg.* 6 septembre 2005, n° 206), le *D. Lg.* 22 mai 1999, n° 185 intervenu en application de la directive 97/7/CE, répond à l'exigence de renforcer les droits du consommateur face au professionnel. Ce texte, quelque peu modifié, a été inséré par la suite dans le Code de la Consommation aux art. 50 suiv. (*D. Lg.* 6 septembre 2005, n° 206).

Nous désirons toutefois souligner un aspect qui n'est pas d'ordre législatif, mais qui ne doit pas être sous-évalué pour autant.

Aujourd'hui, les contrats importants se concluent au moyen d'un échange de propositions par voie électronique; chacune des parties apporte les modifications qu'elle propose dans le fichier jusqu'à ce que les parties s'accordent sur un texte final. Ceci permet de savoir avec exactitude quelles ont été les modifications par rapport au texte initial, quelle est la partie qui a proposé les variantes et à quel moment elle l'a fait. Tout ceci constitue un ensemble d'informations extrêmement importantes pour interpréter le contrat, beaucoup plus riche que ne l'est un contrat conclu après un échange de propositions écrites.

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 existe bien un droit du commerce électronique, entendu comme régissant le contenu du contrat et son exécution, qui concerne la négociation à distance des consommateurs comme nous l'avons précisé plus haut (B2C).

Cette matière, de provenance européenne, insiste sur la phase qui précède la négociation et impose au professionnel de donner un certain nombre d'informations au consommateur. Les modalités d'expression de l'accord sont également prises en compte, afin de prévenir ou corriger les erreurs dues à l'utilisation d'instruments électroniques (ce qui se déduit implicitement de l'art. 12 1, lett. c) *D. Lg.* 70/2003 en application de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, dont l'art 10 précise: <<1. *Outre les*

autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent à ce que, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, le prestataire de services fournisse au moins les informations mentionnées ci-après, formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque et avant que le destinataire du service ne passe sa commande:

- a) les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat;*
- b) si le contrat une fois conclu est archivé ou non par le prestataire de services et s'il est accessible ou non;*
- c) les moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée;*
- d) les langues proposées pour la conclusion du contrat>>.*

Les droits du consommateur sont encore renforcés par la possibilité de rétractation du contrat, droit qui s'exerce librement durant un bref délai après la conclusion du contrat à distance.

Le droit interne régi par le Code de la Consommation (art. 50 s.) en application de la directive 97/7/CE doit renforcer les droits du consommateur, afin d'adapter le Code de la Consommation à la directive plus récente 2011/83/UE (qui modifie, entre autres, la directive 97/7/CE). Cette nouvelle directive a été mise en application par le *D. Lg.* 21 février 2014, n° 21 (publié dans la *Gazzetta Ufficiale* le 11 mars 2014), qui a remplacé le Chapitre I du titre III de la IIIe partie du Code de la Consommation (art. 45/67) et qui entrera en vigueur le 13 juin 2014 (art. 2 *D. Lg.* 21/2014).

Les droits du consommateur ont été renforcés par la nouvelle directive dans les domaines suivants: les contrats de fourniture de services (eau, gaz, électricité, chauffage urbain) ont été insérés à l'art. 3 de la directive et repropoés à l'art. 46 du Code de la Consommation en ce qui concerne l'information précontractuelle en faveur du consommateur (art. 5 et 6 de la Directive, mis en application par les art. 48 et 49 du Code de la Consommation); l'obligation d'une confirmation écrite pour les contrats conclus à distance par téléphone, (art. 8 de la Directive, repris à l'art. 51 du Code de la Consommation); l'augmentation du délai de rétractation du contrat à 14 jours (art. 9 de la Directive transposé à l'art. 52 du Code de la Consommation); l'exonération pour le consommateur d'assumer le risque de perte ou de dommage des biens jusqu'à la livraison effectuée par le vendeur (art. 20 de la Directive, transposé à l'art. 63 du Code de la Consommation).

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

Le *D. Lgs.* 30 giugno 2003 n°196 (Code en matière de protection des données personnelles) prévoit à l'art. 15 une responsabilité quasi délictuelle pour les dommages causés par le traitement de données personnelles, considéré comme activité dangereuse

conformément à l'ex art. 2050 du code civil italien. Ce même texte régit également, bien qu'indirectement, le traitement des données personnelles dans un cadre contractuel, ainsi que les clauses qui ont pour objet le traitement de données.

L'art. 23 prévoit en effet que le traitement des données ne puisse s'effectuer qu'avec le consentement express de l'intéressé, et qu'il s'agisse d'un traitement clairement prévu et précédé d'une information écrite sur le recueil des données (art. 13). Le consentement au traitement des données non sensibles doit être documenté par écrit, tandis que le traitement des données sensibles doit être précédé du consentement manifesté par écrit. Les clauses qui autorisent le traitement des données nécessaires à l'exécution du contrat sont donc fréquentes, notamment dans le cadre des contrats par adhésion, de même que celles qui autorisent la diffusion des données aux tiers, et ce à des fins commerciales (constitution d'un profil précis du client).

Du fait que l'art. 23 exige le "consentement", la clause revêt la forme d'une déclaration unilatérale, suivie d'une acceptation ultérieure de l'intéressé qui se manifeste en dehors de l'approbation du contrat lui-même.

L'art. 24 D. Lgs. 196/2003 prévoit encore, à la lettre b), que le consentement de l'intéressé n'est pas exigé lorsque le traitement des données "*è necessario per eseguire obblighi derivanti da un contratto del quale è parte l'interessato o per adempiere, prima della conclusione del contratto, a specifiche richieste dell'interessato*", (est nécessaire pour l'exécution des obligations qui dérivent d'un contrat où l'intéressé est partie, ou pour répondre à une requête spécifique de l'intéressé avant la conclusion du contrat). Quant à l'art. 14, il prévoit au premier alinéa que <<1. *Nessun atto o provvedimento giudiziario o amministrativo che implichi una valutazione del comportamento umano può essere fondato unicamente su un trattamento automatizzato di dati personali volto a definire il profilo o la personalità dell'interessato*>> (aucun acte ni aucune mesure judiciaire ou administrative qui implique une évaluation du comportement de l'homme ne peut se baser uniquement sur le traitement automatisé de données personnelles qui permettent de définir le profil ou la personnalité de l'intéressé); il ajoute encore, au second alinéa que : <<2. *L'interessato può opporsi ad ogni altro tipo di determinazione adottata sulla base del trattamento di cui al comma 1, ai sensi dell'articolo 7, comma 4, lettera a), salvo che la determinazione sia stata adottata in occasione della conclusione o dell'esecuzione di un contratto, in accoglimento di una proposta dell'interessato o sulla base di adeguate garanzie individuate dal presente codice o da un provvedimento del Garante ai sensi dell'articolo 17*>> (l'intéressé peut s'opposer à toute décision adoptée sur la base du traitement des données de l'alinéa 1 conformément à l'art. 7 alinéa 4 lettre a), sauf si cette décision a été adoptée lors de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, pour accueillir une proposition de l'intéressé ou en application des garanties prévues par le code ou d'une décision du *Garante* (défenseur des droits) conformément à l'art 17).

Il est enfin fréquent, dans les contrats négociés individuellement, de prévoir une clause de réserve qui impose de ne pas diffuser d'informations ni de données connues à l'occasion de la négociation ou de l'exécution du contrat: le non respect de cette clause

oblige son auteur à réparer le dommage, et la réparation est parfois assortie d'une amende.

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 ?

Les art. 45/67 du Code de la Consommation ont été mis à jour par l'art. 1 du D. Lg. 21 février 2014, n° 21 en application de la Directive 2011/83/UE; ils prendront effet le 13 juin 2014 (art. 2), et s'appliqueront aux contrats conclus après cette date.

La directive traite de l'exécution du contrat à l'art. 18 (qui correspond à l'art. 61 du Code de la Consommation) à propos de la livraison des biens de la part du professionnel et des conséquences d'une éventuelle inexécution ; il dispose:

<<Article 18

Livraison

1. Sauf si les parties en disposent autrement concernant le moment de la livraison, le professionnel livre les biens en transférant la possession physique ou le contrôle au consommateur sans retard injustifié, mais au plus tard trente jours après la conclusion du contrat.

2. En cas de manquement du professionnel à l'obligation de livraison du bien au moment convenu avec le consommateur ou dans les délais prévus au paragraphe 1, le consommateur lui enjoint d'effectuer la livraison dans un délai supplémentaire adapté aux circonstances. Si le professionnel n'a pas effectué la livraison dans ledit délai supplémentaire, le consommateur a le droit de mettre fin au contrat.

Le premier alinéa n'est pas applicable aux contrats de vente lorsque le professionnel a refusé de livrer le bien ou lorsque la livraison dans le délai de livraison convenu est essentielle compte tenu de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat ou lorsque le consommateur informe le professionnel, avant la conclusion du contrat, que la livraison à une date précise ou au plus tard à une date déterminée est essentielle. Dans ces cas, si le professionnel n'effectue pas la livraison du bien au moment convenu avec le consommateur ou dans les délais prévus au paragraphe 1, le consommateur a le droit de mettre fin au contrat immédiatement.

3. Lorsqu'il est mis fin au contrat, le professionnel rembourse, sans retard excessif, toute somme payée en application du contrat.

4. Outre la possibilité de mettre fin au contrat prévue au paragraphe 2, le consommateur peut faire usage d'autres recours prévus par le droit national>>.

En ce qui concerne les remboursements, la directive prévoit des règles particulières lorsque ceux-ci interviennent suite à l'exercice du droit de renonciation: les art. 13 et 14 (qui correspondent aux art. 56 et 57 du Code de la Consommation) régissent respectivement les modalités pour les remboursements dus par le professionnel et par le consommateur:

<<Article 13

Obligations du professionnel en cas de rétractation

1. Le professionnel rembourse tous les paiements reçus de la part du consommateur, y compris, le cas échéant, les frais de livraison, sans retard excessif et en tout état de cause dans les quatorze jours suivant celui où il est informé de la décision du consommateur de se rétracter du contrat conformément à l'article 11.

Le professionnel effectue le remboursement visé au premier alinéa en utilisant le même moyen de paiement que celui utilisé par le consommateur pour la transaction initiale, sauf accord exprès du consommateur pour un autre moyen de paiement et pour autant que le remboursement n'occasionne pas de frais pour le consommateur.

2. Nonobstant le paragraphe 1, le professionnel n'est pas tenu de rembourser les frais supplémentaires si le consommateur a expressément choisi un mode de livraison autre que le mode moins coûteux de livraison standard proposé par le professionnel.

3. S'agissant des contrats de vente, à moins qu'il ne propose de récupérer lui-même les biens, le professionnel peut différer le remboursement jusqu'à récupération des biens, ou jusqu'à ce que le consommateur ait fourni une preuve d'expédition des biens, la date retenue étant celle du premier de ces faits.

Article 14

Obligations du consommateur en cas de rétractation

1. À moins que le professionnel ne propose de récupérer lui-même ces biens, le consommateur renvoie ou rend les biens au professionnel ou à une personne habilitée par ce dernier à recevoir les biens, sans retard excessif et, en tout état de cause, au plus tard quatorze jours suivant la communication de sa décision de se rétracter du contrat au professionnel conformément à l'article 11. Ce délai est respecté si le consommateur renvoie les biens avant l'expiration du délai de quatorze jours.

Le consommateur supporte uniquement les coûts directs engendrés par le renvoi des biens, sauf si le professionnel accepte de les prendre à sa charge ou s'il a omis d'informer le consommateur qu'il doit les prendre en charge.

En ce qui concerne les contrats hors établissement, lorsque les biens ont été livrés au domicile du consommateur au moment de la conclusion du contrat, le professionnel récupère les biens à ses frais s'ils ne peuvent pas être renvoyés normalement par la poste en raison de leur nature.

2. La responsabilité du consommateur n'est engagée qu'à l'égard de la dépréciation des biens résultant de manipulations des biens autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens. Le consommateur n'est pas responsable, en tout état de cause, de la dépréciation des biens lorsque le professionnel a omis de l'informer de son droit de rétractation conformément à l'article 6, paragraphe 1, point h).

3. Lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation après avoir présenté une demande conformément à l'article 7, paragraphe 3, ou à l'article 8, paragraphe 8, il paie au professionnel un montant qui est proportionnel à ce qui a été fourni jusqu'au moment où il a informé le professionnel de l'exercice du droit de rétractation par rapport à l'ensemble des prestations prévues par le contrat. Le montant proportionnel à payer par le consommateur au professionnel est calculé sur la base du prix total convenu dans le contrat. Si le prix total est excessif, le montant approprié est calculé sur la base de la valeur marchande de ce qui a été fourni.

4. Le consommateur n'est redevable d'aucun coût:

a) pour la prestation de services ou pour la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ou de chauffage urbain, en tout ou partie, pendant le délai de rétractation, lorsque:

i) le professionnel a omis de fournir les informations visées à l'article 6, paragraphe 1, points h) ou j); ou
ii) lorsque le consommateur n'a pas expressément demandé que l'exécution commence pendant le délai de rétractation en application de l'article 7, paragraphe 3, et de l'article 8, paragraphe 8; ou

b) pour la fourniture, en tout ou partie, d'un contenu numérique qui n'est pas fourni sur un support matériel, lorsque:

i) le consommateur n'a pas donné son accord préalable exprès pour que l'exécution commence avant la fin du délai de quatorze jours visé à l'article 9; ou

ii) le consommateur n'a pas reconnu perdre son droit de rétractation en donnant son accord; ou

iii) le professionnel a omis de fournir une confirmation conformément à l'article 7, paragraphe 2, ou à l'article 8, paragraphe 7. FR 22.11.2011 Journal officiel de l'Union européenne L 304/79

5. Sauf disposition contraire de l'article 13, paragraphe 2, et du présent article, le consommateur n'encourt aucune responsabilité du fait de l'exercice du droit de rétractation >>.

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*) ?

On peut ajouter aux contrats cités ci-dessus les contrats d'accès aux banques de données.

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 ?

Puisqu'il s'agit de contrats atypiques, les parties décident librement de leurs obligations réciproques: le modèle contractuel de référence peut être celui des contrats de prestation de services, des contrats de fourniture ou de contrats mixtes. Quant à la responsabilité du fournisseur d'accès à internet, la directive 2000/31/CE prévoit aux art. 12/15 que s'applique la responsabilité extra contractuelle du prestataire de services de la société de l'information envers les tiers, responsabilité qui, en l'absence d'une obligation générale de surveillance du prestataire, est limitée par rapport à l'incidence du service offert sur la transmission de données et de contenus sur la toile.

Les art. 12/15 de la directive, auxquels correspondent fidèlement les art. 14/17 du D. lg. 70/2003 disposent:

<<Article 12

Simple transport ("Mere conduit")

1. Les États membres veillent à ce que, 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, le prestataire de services ne soit 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^o

2. Les activités de transmission et de fourniture d'accès visées au paragraphe 1 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^o

3. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation^o

Article 13

Forme de stockage dite "caching"

1. Les États membre veillent à ce que, 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 ne soit 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, 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 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.

2. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette fin à une violation ou qu'il prévienne une violation^o

Article 14

Hébergement

1. *Les États membres veillent à ce que, 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 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.

2. *Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire.*

3. *Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les États membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible.*

Article 15

Absence d'obligation générale en matière de surveillance

1. *Les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12, 13 et 14, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.*

2. *Les États membres peuvent instaurer, pour les prestataires de services de la société de l'information, l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes d'activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services ou d'informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient ou de communiquer aux autorités compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement>>.*

Il faut encore signaler que tout récemment, le 31 mars 2014, est entré en vigueur le “*Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70*” (Règlement en matière de protection des droits d'auteur sur les réseaux de communication électronique et en matière de procédures d'application, conformément au *decreto legislativo* du 9 avril 2003 n°70) qui émane de l'*Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM)* (l'Autorité pour les Garanties dans les Communications) avec délibération n°680/13/CONS du 12 décembre 2013: ce règlement traite des “*notice and take down*” (c'est à dire des procédures qui autorisent le retrait de contenus illicites dans les réseaux de communication, art. 1, lett. dd). Ce texte donne, d'une part, une définition des prestataires intermédiaires de la société de l'information, qui faisaient déjà l'objet de la directive 2000/31/CE mais qui n'y étaient pas définis; d'autre part, il régit l'action administrative prévue de

manière générale aux art. 14, al. 3 et 16 al. 3 du *d. lg.* 70/2003 en application de la directive qui autorise le retrait de contenus illicites des réseaux de communication.

Pour ce qui est du premier objet, le prestataire intermédiaire, responsable civilement selon les art. 14 et 16 *D.Lg.* 70/2003, est défini comme « prestataire de services » ou prestataire de services de la société de l'information (...) qui exerce une activité de *mere conduit* ou de *hosting* » (art. 1, lett. f). Outre ceux-ci, le texte introduit d'autres acteurs comme le *“gestore del sito internet”* (le gérant du site internet) défini comme *“il prestatore di servizi della società dell'informazione, diverso da quelli di cui agli articoli 14, 15 e 16 del Decreto [70/2013], che, sulla rete internet, cura la gestione di uno spazio su cui sono presenti opere digitali o parti di esse ovvero collegamenti ipertestuali (link o torrent) alle stesse, anche caricati da terzi”* (art. 1, lett. g) (prestataire de services de la société de l'information différent de ceux mentionnés aux art. 14,15 et 16 du *Decreto [70/2013]*, et qui, sur le réseau internet, gère un espace où l'on trouve des oeuvres digitales complètes ou partielles avec liens hypertextuels (*links ou torrents*) qui peuvent avoir été téléchargées par des tiers, art. 1, lettre h).

En second lieu, le texte introduit les règles d'application des art. 14 al. 3 et 16 al. 3 du *d.lg.* 70/2003 qui prévoyait une action alternative au recours auprès de l'autorité judiciaire, action exercée par l'autorité administrative chargée de la surveillance des réseaux à l'encontre des prestataires intermédiaires, dans le but de mettre fin aux violations commises à l'aide d'instruments électroniques. L'art. 8 al. 2 du règlement prévoit en effet que *«Qualora ritenga sussistente la violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi, l'organo collegiale [dell'AGCOM] esige, nel rispetto dei criteri di gradualità, di proporzionalità e di adeguatezza, che i prestatori di servizi destinatari della comunicazione di cui all'articolo 7, comma 1, impediscano la violazione medesima o vi pongano fine, ai sensi degli articoli 14, comma 3, e 16, comma 3, del Decreto»* (lorsque l'organe collégial de l'AGCOM considère que le droit d'auteur ou les droits annexes ont été violés, il peut exiger que les prestataires de services, destinataires de la communication mentionnée à l'art. 7 al. 1 et 16 al. 3 du Décret, préviennent ou mettent un terme à la violation, et ce en respectant les critères d'action graduelle, proportionnée et appropriée (mesures raisonnables). Les alinéas suivants, 3, 4 et 5 de l'art. 8 du règlement indiquent de manière analytique les pouvoirs de l'AGCOM, l'autorisant *“alla rimozione selettiva delle opere digitali”* (au retrait sélectif des œuvres digitales) disponibles qui violent le droit d'auteur ou les droits annexes, *“alla disabilitazione dell'accesso alle opere digitali”*, *“disabilitazione dell'accesso al sito”* (à bloquer l'accès aux œuvres digitales, à bloquer l'accès au site) où elles se trouvent et à renvoyer automatiquement les demandes d'accès à la page internet incriminée vers une autre page, rédigée selon les modalités indiquées par l'Autorité.

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

Il s'agit de contrats atypiques, qui rappellent les modèles des contrats de prestation de services, de fournitures, de cession de droits d'auteurs, de location.

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) ?

Elle peut donner l'un ou l'autre. Le titre peut être exclusif ou partagé, selon le règlement contractuel que les parties peuvent décider en toute autonomie.

La cession des droits patrimoniaux prévoit une forme écrite en vue de la preuve. Il n'existe pas d'autre obligation.

Nous sommes en présence de contrats atypiques et ces décisions sont laissées pour la plupart à l'autonomie des parties, sauf en matière de droit d'auteur sur les logiciels (art. 64 bis suiv.) où la loi prévoit un certain nombre de droits minimaux garantis conformément à la directive européenne 91/250/CEE sur la protection juridique des programmes pour ordinateur, ainsi qu'en matière de protection des informations secrètes des entreprises conformément au Code de la propriété industrielle (art. 98 suiv.).

Pour le restant, on applique les principes généraux du droit tels que l'obligation de fidélité de l'employé ainsi que les lois en matière de concurrence déloyale.

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 les biens immatériels ?

Le système juridique italien distingue la licence de la cession d'un droit sur un bien immatériel.

La cession implique la transmission de propriété du titulaire du droit tandis que, dans le cadre de la licence, le concédant reste titulaire du droit alors que le licencié acquiert uniquement le droit (exclusif ou non) d'utiliser un bien immatériel pour une durée déterminée en principe par le contrat.

Il nous faut cependant préciser certains aspects qui concernent les différents droits qui portent sur les biens immatériels.

1. Dispositions sur les droits d'auteur (Propriété intellectuelle).

En Italie, le droit d'auteur est protégé par la loi du 22 avril 1941, n° 633 (que nous appellerons désormais l.d.a.) qui le considère comme un droit exclusif comprenant à la fois un ensemble de droits économiques indépendants entre eux, régis par les art. 12 suiv. l.d.a., et une série de droits moraux (non patrimoniaux) strictement liés à la personnalité de l'auteur.

Les droits moraux (droit de revendiquer la paternité de l'œuvre, droit à conserver l'intégrité de l'œuvre, droit à retirer l'œuvre du commerce) sont inaliénables et imprescriptibles.

Les droits patrimoniaux sont en revanche aliénables et transmissibles librement selon les règles prévues par les art. 107 suiv. (droit d'utilisation et de publication de l'œuvre à des fins économiques selon l'ex art. 12 l.d.a., droit de reproduction ex art. 13 l.d.a., droit de transcription ex art. 14 l.d.a., droit d'exécution, de représentation ou de récitation en public de l'œuvre ex art. 15 l.d.a., droit de communication au public ex art. 16 l.d.a., droit de distribution de l'original ou de reproduction ex art 17 l.d.a., droit de traduction, modification et élaboration de l'œuvre ex art. 18, droit de location ou prêt de l'œuvre ex art. 18 bis).

Il est important de remarquer que le système italien prévoit que chacun des droits patrimoniaux cités aux art. 12-18 bis (art. 191) soit indépendant l'un de l'autre. Conformément à ce principe, la cession ou la licence d'un droit spécifique n'implique pas la cession ou licence des autres droits qui appartiennent à l'auteur. La loi sur le droit d'auteur précise également, dans le cadre spécifique du contrat d'édition, que *«L'alienazione di uno o più diritti di utilizzazione non implica, salvo patto contrario, il trasferimento di altri diritti di utilizzazione che non siano necessariamente dipendenti dal diritto trasferito, anche se compresi, secondo le disposizioni del titolo I, nella stessa categoria di facoltà esclusive»* (art. 119.5 l. dir. aut., l'aliénation d'un ou de plusieurs droits portant sur l'utilisation d'un bien n'implique nullement, sauf convention contraire, la transmission d'autres droits d'utilisation qui ne dépendraient pas nécessairement du droit transmis même s'ils appartiennent tous à la même catégorie de droits exclusifs tels qu'ils sont définis par les dispositions du titre I).

Selon l'art. 110 l.d.a. la transmission des droits doit être prouvée par un écrit.

2. Dispositions sur les droits de propriété industrielle (marques, brevets, etc.)

Les droits de propriété industrielle (marques, dessins et modèles, brevets d'invention, brevets d'invention biotechnologique, modèles d'utilité etc.) sont régis par le Code de la propriété industrielle (D. Lg. 10 février 2005, n° 30).

En particulier, le Code de la propriété industrielle prévoit une réglementation spécifique pour la transmission ou la licence du droit des marques de l'art 23 du Code.

La partie qui concerne plus précisément les brevets prévoit quelques cas de licence obligatoire, outre la cession et la licence volontaire, par exemple en cas de manque de réalisation de l'invention ou en cas de brevet dépendant.

Il est nécessaire de transcrire la cession ou la licence des droits prévus par le Code pour qu'elle soit opposable aux tiers.

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 transmission de droit de propriété intellectuelle ?

Le système italien distingue la cession des droits exclusifs, qui implique la transmission au cessionnaire du droit exclusif transmis, de la vente de l'œuvre ou de la vente d'un exemplaire de l'œuvre.

Conformément à l'art. 109, la cession de l'un ou de plusieurs exemplaires de l'œuvre n'implique pas nécessairement la transmission des droits patrimoniaux d'auteur, sauf en cas de convention contraire.

Cependant, et sauf convention contraire, la cession d'une presse ou de tout autre moyen nécessaire pour reproduire l'œuvre suppose le droit de reproduire l'œuvre elle-même si ce droit appartient au cédant.

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) ?, peut-il « revendre » le droit acquis ?

Selon le système italien du droit d'auteur, la cession des droits d'utilisation économique d'une œuvre détermine la transmission au cessionnaire des droits exclusifs qui font l'objet du contrat. Cependant, même après la cession des droits patrimoniaux, les droits moraux qui protègent la paternité et l'intégrité de l'œuvre continuent d'appartenir à l'auteur – cédant (art. 20 suiv.). Il en est de même en ce qui concerne le droit d'en demander le retrait du commerce lorsque de motifs moraux graves l'imposent, sauf à indemniser ceux qui auraient acquis les droits de reproduire, diffuser, exécuter, représenter ou distribuer l'œuvre en question (art. 142 l.d.a.).

La perte du droit, au sens technique, se réfère à la vente et à la distribution des exemplaires de l'œuvre, effectuées par le titulaire ou avec son autorisation (cfr. art. 17 l.d.a.). On remarque cependant qu'à l'exception du logiciel, et suite à la décision de la

Cour de Justice du 4 juillet 2012 (C-128/11), le droit de distribution «perdu» semblerait ne concerner que la mise en circulation des œuvres protégées ou de ses exemplaires matériels, mais ne concernerait pas le fait de mettre à disposition de tous, au moyen de réseaux télématiques, un bien immatériel.

La perte des droits de propriété industrielle (marques, dessins et modèles, brevets d'invention, brevets d'invention biotechnologique, modèles d'utilité, etc) est régie par l'art. 5 du Code de la propriété industrielle.

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'art. 111 de la loi sur le droit d'auteur prévoit que les droits de publication de l'œuvre et d'utilisation de l'œuvre ainsi publiée ne peuvent faire l'objet de gage, saisie ou séquestre, ni par contrat ni par exécution forcée, et ce tant qu'ils appartiennent personnellement à l'auteur. Ils peuvent en revanche faire l'objet de gage, saisie ou séquestre s'ils appartiennent à d'autres sujets). En revanche, les bénéfices provenant de l'utilisation et les exemplaires de l'œuvre de l'esprit (par ex. les royalties) peuvent toujours faire l'objet de gage, saisie ou séquestre.

Le Code de la propriété industrielle prévoit des règles spécifiques à cet égard (art. 137 c.p.i.).

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

La loi italienne permet de renoncer uniquement aux droits d'utilisation économique de l'œuvre.

L'auteur conserve toujours, même après la cession de ses droits patrimoniaux, le droit de révéler sa qualité d'auteur et de la prouver par voie judiciaire (art. 21 l.d.a.). Il peut également demander le retrait du commerce de l'œuvre pour motifs moraux graves (art. 142 l.d.a.) .

Encore, le droit moral d'interdire modifications ou déformations de l'œuvre lorsqu'elles portent atteinte à l'honneur et à la réputation de l'auteur est inaliénable (art. 22), mais l'auteur ne peut s'opposer à ce que l'œuvre soit modifiée si ces modifications ont été préalablement connues et acceptées (art. 22-2 l.d.a.).

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 a pour objet de concéder un droit d'utilisation portant sur un bien immatériel.

S'agissant d'un contrat, les règles générales sur les contrats imposent l'accord du concédant lorsque le licencié a l'intention de céder la licence à des tiers (art. 1406 cod. civ.).

En cas de non-paiement de la part du licencié des sommes dues pour l'exploitation de la licence (royalties, redevances fixes etc.), le titulaire pourra demander la résiliation du contrat pour inexécution (art. 1453 suiv.). Si la demande de résiliation pour inexécution est effectuée envers le titulaire avant une déclaration de faillite, la décision de résiliation est opposable au liquidateur (art. 72, al. 5 Loi sur la faillite R.d. 13-3-1942, n° 267).

En cas de faillite du titulaire de la licence, si le contrat de licence prévoit le versement de redevances périodiques (fees) et peut donc être qualifié de contrat à exécution continue ou périodique, le liquidateur peut décider de résilier le contrat et le titulaire deviendra créancier pour les redevances non encore versées (art. 72, al. 4 L. Fall.), ou bien il peut se substituer au titulaire en versant les redevances qui restent dues (art. 74 L. Fall.).

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 » ?

Dans le cadre du contrat d'édition, la loi sur le droit d'auteur prévoit quelques normes à caractère obligatoire en faveur de l'auteur; cfr. par exemple l'art. 119-3 qui interdit de concéder "*futuri diritti, eventualmente attribuiti da leggi posteriori che comportino una protezione del diritto d'autore più larga nel suo contenuto o di maggior durata*" (des droits futurs, attribués éventuellement par des lois postérieures qui comporteraient une protection du droit d'auteur plus vaste de par son contenu et sa durée).

Le Code de la propriété industrielle prévoit obligatoirement que dans le contrat de licence de marque non exclusive, le licencié a l'obligation expresse d'utiliser la marque pour distinguer les produits ou les services identiques à ceux qui ont été commercialisés ou prêtés dans le territoire de l'état concerné par le titulaire ou par d'autres licenciés (art. 23.2 c.p.i.).

¹ L'application de l'interdiction de l'art 119/3 l.d.a. est cependant discutable lorsque l'élargissement des droits dépend d'innovations technologiques.

En outre, cette norme établit que la licence ou la cession de marque ne doit pas comporter d'élément de nature à tromper le public sur les caractéristiques des produits ou services qu'elle désigne, lorsque celles-ci sont essentielles pour être appréciées par le public (art. 23.4 c.p.i.).

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 ?

Le Code de la propriété industrielle régleme à l'art.77 les effets d'une instance judiciaire en nullité de brevet sur les contrats qui ont pour objet le brevet annulé.

Le jugement de nullité a un effet rétroactif mais ne remet pas en cause les contrats dont l'objet portait sur l'invention et qui avaient été conclus avant la décision finale de l'instance judiciaire dans la mesure où ils ont déjà été exécutés. En ce cas cependant, et selon les circonstances, le juge peut accorder un remboursement équitable des redevances déjà versées en vertu de l'exécution du contrat.

L'art. 77-1c) c.p.i. prévoit encore que le jugement de nullité ne remet pas en cause les versements effectués par l'employeur, par l'université ou par l'organisme public de recherche à l'employé inventeur, au titre de prime équitable ou équivalente, conformément aux art. 64 e 65 c.p.i.

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 d'une œuvre de l'esprit de type créatif a toujours le droit de demander que son œuvre soit retirée du commerce pour raisons morales graves. Il a cependant l'obligation d'indemniser ceux qui ont acheté les droits de la reproduire, de la diffuser, de l'exécuter, de la représenter ou de la vendre. Ce droit est prévu à l'art. 142 l.d.a.

L'auteur a le droit économique exclusif de traduire, modifier et élaborer son œuvre (art. 18 l.d.a.). Même après la cession de ce droit patrimonial, il conserve le droit moral d'interdire des modifications qui pourraient porter atteinte à son honneur et à sa réputation (art. 20 l.d.a.).

La loi sur le droit d'auteur prévoit encore, dans le cadre du contrat d'édition que *"l'autore può introdurre nell'opera tutte le modificazioni che crede purché non ne alterino il carattere e la destinazione, fino a che l'opera non sia stata pubblicata per le stampe"* (l'auteur peut introduire toutes les modifications qu'il estime utiles à son oeuvre à condition qu'elles n'en altèrent pas le caractère et la destination, et ce tant que l'œuvre n'a pas été publiée). Ce même

droit de modifier l'œuvre est prévu pour les rééditions (art. 129 l.d.a.).

L'éditeur a l'obligation de publier l'œuvre ainsi modifiée, si ces modifications demandées par l'auteur n'altèrent pas le caractère ou la destination d'usage de l'œuvre. L'auteur devra cependant affronter les dépenses supplémentaires qui pourraient dériver de ces modifications.

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 ?

Les inventions de salariés sont réglementées par les art. 64 et 65 du Code de la propriété industrielle.

L'art. 64 régit les inventions réalisées par les salariés d'entreprises privées en appliquant le principe selon lequel le résultat de la recherche appartient à celui qui a affronté les risques et les coûts de la recherche.

Il prévoit diverses hypothèses.

Première hypothèse: les inventions de mission (art. 64.1 c.p.i.)

Ici, l'invention a été réalisée par l'employé-inventeur dans le cadre d'un contrat ou d'un rapport de travail qui prévoit une activité d'invention pour laquelle l'employé perçoit une rémunération: en ce cas, les droits qui dérivent de l'invention appartiennent à l'employeur, mis à part celui de reconnaître l'inventeur comme étant l'auteur de l'invention.

Deuxième hypothèse : les inventions hors mission (art. 64.2 c.p.i.)

Il s'agit d'inventions réalisées par un salarié dans le cadre de l'exécution d'un contrat ou d'un rapport de travail qui *ne* prévoit *ni* activité d'invention *ni* rétribution pour ce type d'activité. Ici encore, les droits qui dérivent de l'invention appartiennent à l'employeur; cependant, le salarié inventeur a droit à un juste prix lorsque l'employeur ou ses ayants droit obtiennent le brevet ou utilisent l'invention sous le sceau du secret. Le juste prix est déterminé en tenant compte de l'importance de l'invention, des mansions que recouvre le salarié inventeur, de sa rétribution et des apports de l'employeur au travers de son organisation.

L'inventeur conserve toujours le droit d'être reconnu comme l'auteur de l'invention.

Troisième hypothèse: les inventions occasionnelles (art. 64.3 c.p.i.)

Le troisième alinéa de l'art. 64 c.p.i. régit les cas où les alinéas 1 et 2 ne sont pas applicables parce que l'invention réalisée par le salarié inventeur rentre dans le domaine d'activité de l'entreprise de l'employeur.

Dans le cas des inventions occasionnelles, les droits sur l'invention appartiennent au salarié mais l'employeur peut exercer un droit d'attribution pour utiliser l'invention de manière exclusive ou non exclusive, ou bien en acquérir le brevet; il peut aussi demander ou acheter des brevets à l'étranger pour la même invention, en échange d'une redevance ou d'un prix qui doit être fixé en tenant compte de l'aide apportée par l'employeur pour réaliser l'invention.

L'employeur peut exercer un droit d'attribution dans un délai de trois mois à compter de la date de communication de dépôt de la demande de brevet. Les rapports ainsi institués sont résiliés de plein droit si les redevances dues ne sont pas intégralement versées dans les délais prévus.

L'art. 65 c.p.i. régit les inventions des chercheurs universitaires et des agents de la fonction publique selon des règles différentes de celles qui s'appliquent aux salariés des entreprises privées.

Cet article établit que lorsqu'un agent de la fonction publique exerce son activité auprès d'une université ou d'un organisme public dont l'activité est finalisée à la recherche, ce dernier est titulaire exclusif des droits dérivant de l'invention brevetable dont il est l'auteur. Les universités et les organismes publics de recherche peuvent bénéficier de la redevance sur l'exploitation de l'invention brevetée par le chercheur. Dans un délai de cinq ans après l'obtention du brevet, si l'inventeur ou ses ayants droit n'ont pas encore commencé l'exploitation industrielle pour des causes qui ne sont pas indépendantes de leur volonté, l'organisme public dont dépendait l'agent au moment de l'invention acquiert automatiquement un droit gratuit, non exclusif, d'exploiter l'invention. Il acquiert aussi les droits patrimoniaux qui en dérivent et la possibilité de charger des tiers de l'exploitation. L'inventeur conserve le droit à être reconnu comme auteur.

Les règles prévues par l'art. 65 c.p.i. ne s'appliquent pas en cas de recherches financées en tout ou en partie par des sujets privés, ou en cas de recherches réalisées dans le cadre de projets de recherche spécifiques financés par des sujets publics autres que l'université ou l'administration dont dépend le chercheur. Les contrats de financement et de recherche peuvent donc prévoir de manière légitime que l'invention appartient au sujet qui l'a financée ou qui l'a requise, et ce même dans le cas où la recherche s'est effectuée auprès de l'université ou de l'organisme public de recherche.

La loi sur le droit d'auteur prévoit seulement deux normes spécifiques (art. 12 bis l.d.a. et 12 ter l.d.a.) qui régissent la propriété des droits d'utilisation économique de catégories particulières d'œuvres (logiciels et banques de données; œuvres de design industriel) réalisées dans le cadre et en exécution d'un rapport de travail. En particulier,

ces normes établissent que *“Salvo patto contrario, il datore di lavoro è titolare del diritto esclusivo di utilizzazione economica del programma per elaboratore o della banca di dati creati dal lavoratore dipendente nell’esecuzione delle sue mansioni o su istruzioni impartite dallo stesso datore di lavoro”*, art. 12 bis l.d.a. (sauf convention contraire, l’employeur est titulaire du droit exclusif d’utilisation économique des programmes pour ordinateur ou des banques de données créées par le salarié en exécution de ses mansioni ou selon les instructions reçues de l’employeur.) et que *“Salvo patto contrario, qualora un’opera del disegno industriale sia creata dal lavoratore dipendente nell’esercizio delle sue mansioni il datore di lavoro è titolare dei diritti esclusivi di utilizzazione economica dell’opera”* art. 12 ter l.d.a (sauf convention contraire, si une œuvre de dessin industriel a été créée par un salarié dans l’exercice de ses mansioni, l’employeur est titulaire des droits exclusifs d’utilisation économique de l’œuvre.