

RAPPORT MAROCAIN

CONTRAT ET IMMATÉRIEL

Par

Radia BOUHLAL, Professeur à l'université internationale de Casablanca
Saâd LAHLOU, Avocat au Barreau de Casablanca, LAHLOU LAW FIRM

INTRODUCTION

L'immatériel dans le droit des contrats recouvre deux significations. Dans la première, le contrat a pu, en raison de l'utilisation massive des nouvelles technologies de l'information¹ s'affranchir du support papier. Dans sa seconde acceptation, l'immatériel constituerait l'objet même du contrat.

La dématérialisation du droit des contrats a été le fruit d'une politique gouvernementale qui a favorisé, dès 1995, la promotion des technologies de l'information dans le développement économique du royaume du Maroc.²

Plus qu'une stratégie gouvernementale, le Maroc a subi des pressions internationales de la part des investisseurs étrangers souhaitant un cadre légal et précis aux nombreuses transactions qu'ils souhaitent effectuer au Maroc.

S'en est suivie une prolifération de textes juridiques dont le but était soit d'adapter soit de créer des textes de lois ainsi que la signature de plusieurs traités ou accords internationaux.³

¹ 300.000 internautes ont acheté en ligne en 2012, deux fois plus qu'en 2011. Parmi ces e-consommateurs, il est à noter la forte progression des internautes ayant acheté plusieurs fois dans l'année (60% en 2012 versus 47% en 2011), http://www.anrt.ma/sites/default/files/2011_enquete_TIC_syn_fr.pdf.

Selon le bilan 2013 du Centre Monétique Interbancaire (CMI), le nombre d'e-commerçants affiliés atteint 816 sites. Pour sa part, le paiement en ligne via cartes bancaires auprès de ces marchands a connu une progression de 81,8% en passant de MAD 752,3 millions en 2012 à près de MAD 1,4 milliard l'année suivante, *Le Matin* du 5 février 2014, 2014 : *année du grand tournant pour la monétique et l'e-commerce*.

² Pour n'en citer que les plus importantes :

2001 : création d'une plateforme de paiement en ligne ; 2004 : encouragement des banques à utiliser les cartes bleues sur Internet (Banque populaire et BMCI) ; 2006 : création du .ma en et adoption de la charte de nommage du .ma par l'ANRT qui reprend la règle du « premier arrivé premier servi. » et prévoit les modalités de résolution des conflits ; 2005/2010 : Plan de développement des TICS au Maroc, Stratégie E—Maroc 2010 ; 2013 : Stratégie « Maroc Numérique 2013 » visant à positionner le Maroc parmi les pays émergents dynamiques dans les technologies de l'information et de la communication, stratégie portant sur quatre axes : favoriser l'accès à l'internet et à la connaissance, développer le programme e-gouvernement, améliorer l'informatisation destinée aux Petites et Moyennes Entreprises afin d'accroître leur productivité, et soutenir les acteurs TICS locaux ou exerçant en Offshore.

³ En 1999 le Maroc adhère aux principales conventions de l'OMPI : Traité de coopération en matière de brevet (1999) ; Traité sur le droit des marques ; Traité sur les interprétations et exécutions et phonogrammes ; Traité de droit d'auteur et arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international (2011) ; Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro organismes aux fins de la procédure en matière de brevets (2011) ; Accord de Strasbourg relatif à la classification internationale des brevets : approuvé en conseil de ministres (2012).

Les premiers jalons de la dématérialisation au niveau législatif se trouvent dans le Dahir du 12 août 1913 formant Code des Obligations et des Contrats traitant dans ses articles 23 et suivants du contrat passé par correspondance.

Plusieurs textes de loi ont accompagné le développement de l'immatériel dans son acception la plus large :

- La loi n°53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques ⁴ ;
- Le décret n° 2-08-518 du 21 mai 2009 pris pour l'application des articles 13, 14, 15, 21 et 23 de la loi n° 53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques ;
- La loi n°09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel ;
- Le décret n° 2-09-165 pris pour l'application de la loi 09-08 ;
- La loi n°07-03 complétant le code pénal en ce qui concerne la répression des infractions relatives aux systèmes informatiques ;
- La loi n° 31-08 édictant des mesures de Protection des consommateurs ;
- La loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence ;
- La loi n°34-05 modifiant et complétant la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins ;
- La loi n°24-96 relative à la poste et aux télécommunications.

Afin de résorber cet état législatif pour le moins hétéroclite, un Projet de Loi formant Code Numérique⁵ a voulu instaurer un climat de confiance numérique et de sécurité des systèmes d'information en complétant les textes existants et en créant un ensemble de nouvelles dispositions.

Il s'agit pour nous de nous interroger sur l'impact de la dématérialisation sur le droit des contrats. Le droit positif apporte-t-il une sécurité suffisante et un cadre protecteur et réglementé des transactions immatérielles ? Par ailleurs, quelle place l'immatériel occupe t-il dans les contrats spéciaux ? A-t-il des conséquences sur les obligations des parties ? (Première partie).

Par ailleurs, lorsque le contrat a pour objet un bien immatériel, les parties prenantes se trouvent soumises à des dispositions strictes empruntant leurs fondements dans le droit de la propriété intellectuelle. Leur liberté contractuelle s'en trouve largement diminuée. (Deuxième partie).

PREMIERE PARTIE. L'IMMATÉRIEL ET LE DROIT DES CONTRATS

I. L'immatériel et le droit des contrats généraux

L'absence de support écrit soumet le contrat à des règles spécifiques par rapport à sa formation et aux modalités de preuve.

⁴ La loi n° 53-05 reprend à cet effet les principes généraux de la loi-type de la CNUDCI sur les signatures électroniques de 2001, ainsi que ceux de la Directive n° 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 portant sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques.

⁵ Jugé trop répressif par rapport aux sanctions qu'il énonce, ce projet a été retiré du site du Secrétariat Général du Gouvernement. Il est actuellement en cours de refonte.

A. La formation du contrat électronique

1. L'offre électronique

Le DOC a intégré les nouvelles dispositions de la loi n°53-05 sur l'échange électronique de données juridiques. Cette loi a pris en considération les contraintes et spécificités inhérentes au commerce électronique. En effet, même s'il s'agit d'un contrat entre absents, le commerce électronique présente des spécificités liées à la rencontre virtuelle entre l'offre et l'acceptation. De plus, la transaction peut porter sur des biens immatériels ou des services dont la livraison peut être effectuée en ligne.⁶

Des précautions en amont ont été instituées par le législateur afin d'éviter tout risque d'erreur pour que le consentement soit suffisamment éclairé et qu'il soit celui d'un contractant informé.

Le courrier électronique peut être un moyen pour le commerçant de présenter son offre sur internet. Lorsque ce procédé est utilisé, le destinataire de l'offre doit avoir accepté expressément son usage surtout que des informations sont demandées pour la conclusion dudit contrat.⁷ La protection du destinataire de l'offre ne s'arrête pas là puisque la loi n° 09-08 vient renforcer sa protection. Le rôle de la protection des données personnelles dans le droit des contrats est de lutter contre les abus d'utilisation des données de nature à porter atteinte à la vie privée des personnes concernées et de veiller à la conformité des traitements effectués par les contractants à la loi régissant la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

La collecte et le traitement des données à caractère personnel doivent être effectués de façon licite et loyale.⁸ L'acceptant doit donner son consentement clair, libre et averti pour toute opération de traitement des données personnelles.⁹

Ceci étant, la loi n°53-05 permet dans son article 65-5 au «*destinataire de l'offre de vérifier son ordre et son prix total, de corriger d'éventuelles erreurs et ce, avant de confirmer ledit ordre pour exprimer son acceptation.*»

Lorsque nous sommes en présence d'un professionnel et d'un consommateur (B to C), la loi n°31-08 entre en application et ce sont d'autres règles qui entourent les premières étapes du processus de formation du contrat à distance, cette fois ci, beaucoup plus rigoureuses.

En effet, le fournisseur a une obligation générale d'information en vertu de laquelle il doit fournir au consommateur tous les renseignements susceptibles de lui permettre de faire un

⁶ F. BAILLET, Le droit du cybercommerce, le guide pratique et juridique, Editions Stratégies, p.103.

⁷ Voir Article 65-3 de la loi n°53-05.

⁸ La commission nationale de contrôle de la protection des données à caractère personnel (CNDP) a lancé le 28 janvier 2014 au Maroc une campagne de contrôle qui a porté sur cinq catégories de sites : les deals, les annonces, les offres d'emploi, la vente en ligne et la réservation de chambres d'hôtels. L'analyse des résultats du contrôle a révélé plusieurs situations de non-conformité par rapport aux exigences de la loi n°09-08, indique la CNDP. Le problème réside dans le fait que la majorité des sites web n'ont pas notifié leur traitement à l'organisme. Certes, la plupart des sites fournissent des informations sur la politique de protection des données personnelles, mais souvent ces informations sont vagues, incomplètes et dispersées ; il en est de même pour le droit à l'information des internautes. La CNDP a également relevé que certains éléments essentiels ne sont pas indiqués comme les finalités poursuivies par la collecte des données, la communication éventuelle de ces données à des tiers ou encore de l'existence des droits d'accès, de rectification et d'opposition. Il ressort de cette enquête que peu de sites présentent un contenu relativement satisfaisant en matière de protection des données personnelles, <http://www.cndp.ma>.

⁹ Guide de la CNDP.

choix rationnel. Dans le cadre de la vente à distance, le consommateur doit recevoir la confirmation desdites informations.

S'agissant du droit de rétractation, l'article 36 de la loi n°31-08 relatif à la vente à distance, permet au consommateur d'exercer son droit de rétractation dans un délai de 7 jours et d'un délai de trente jours si le fournisseur n'honore pas son engagement de confirmer par écrit les informations prévues dans les articles 29 et 32 de ladite loi. Les textes sur le démarchage semblent moins contraignants que ceux relatifs à la vente à distance. En effet, la disposition majeure qui réside dans le droit de rétractation de sept jours n'a pas le même impact sur le contrat. Ce délai commence à courir « à compter de la commande »¹⁰ pour le démarchage alors qu'en matière de vente à distance ce délai court à compter de la réception du bien ou à compter de l'acceptation de l'offre pour les services¹¹, ce qui fragilise encore plus le contrat mais protège mieux le consommateur.

2. L'acceptation électronique

Si la dématérialisation de l'acceptation n'affecte en rien le schéma classique de la rencontre des volontés, elle influe néanmoins sur les modalités de son expression. C'est donc principalement sur le plan des moyens d'expression que réside l'originalité de cette acceptation.

Pour ce qui est de la conclusion d'un contrat sous forme électronique, l'article 65-5 de la Loi n°53-05 énonce que le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de son ordre et son prix total et de corriger d'éventuelles erreurs et ce, avant de confirmer ledit ordre pour exprimer son acceptation.

Pour que le contrat électronique soit valable, l'auteur de l'offre doit accuser réception de l'acceptation de l'offre qui lui a été adressée conformément à l'article 65-5 de la loi n°53-05. Cet accusé de réception n'emporte pas pour autant validation contractuelle des échanges. En effet, il n'a qu'un rôle technique dépourvu de toute valeur contractuelle.¹² Il permet seulement d'avoir confirmation que la commande a bien été prise en compte par le cyber marchand. En effet, la loi précise que « l'acceptation de l'offre, sa confirmation et l'accusé de réception sont réputés reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès. ». Force est de constater que nous nous éloignons de la théorie de l'émission¹³ telle que prévue dans un contrat par correspondance classique. Ainsi, le consommateur doit recevoir confirmation de sa commande, la rencontre des consentements est mieux assurée.

B. La fonction probatoire de l'écrit électronique

Le droit marocain consacre la supériorité de l'écrit comme moyen de preuve. Comme l'écrit support papier, l'écrit électronique a une fonction probatoire consistant à établir l'existence d'un acte.

¹⁰ Article 49 de la loi n° 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur.

¹¹ Article 39 de la loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur.

¹² M. D. TOUMLILT, le commerce électronique au Maroc, Aspects juridiques, Edition 2008, p.104.

¹³ Selon l'article 24 du DOC, le contrat par correspondance est parfait au moment et dans le lieu où celui qui a reçu l'offre répond en l'acceptant.

Cet écrit électronique comme l'écrit support papier, est requis en matière civile dès lors que l'enjeu financier dans l'acte excède 10.000 DH. Pour ce faire, l'écrit électronique doit répondre aux deux conditions d'identité et d'intégrité susmentionnées.

Il est à noter que rien n'interdit aux parties à l'acte matérialisé par un écrit électronique de concevoir un document à part spécialement consacré à la preuve de l'acte qu'elles signent. Ce document peut alors revêtir la forme support papier ou électronique dans les conditions précédemment exposées.¹⁴

II. L'immatériel et le droit des contrats spéciaux

L'étude de l'immatériel et le droit des contrats spéciaux doit être envisagée tant au niveau légal qu'au niveau contractuel.

A. Obligations et responsabilité du prestataire de service dérivant de la loi

1. Loi n°2-00

Le développement de la connexion internet à haut débit constitue dans une large mesure, un vecteur de violation des droits de propriété intellectuelle. La loi n°2-00 place le prestataire de service¹⁵ au cœur de la répression de la violation des droits de propriété intellectuelle sur internet. Elle lui enjoint une série d'obligations et fait peser sur lui une lourde responsabilité.

Le prestataire de service a ainsi l'obligation de :

- contrôler techniquement l'activité de ses abonnés sur son réseau ;
- recevoir les mises en demeure concernant les violations éventuelles des droits d'auteur ;
- informer l'auteur présumé de la violation ;
- couper sa connexion si un tribunal reconnaît sa culpabilité.¹⁶

Le prestataire de service n'est pas responsable du contenu des messages qui transitent par son intermédiaire. Il n'est responsable que de l'acheminement de l'information au client et non du contenu de celle-ci.¹⁷ Il engagerait sa responsabilité tant civile que pénale s'il a eu connaissance ou a eu des raisons valables d'être au courant de toute violation des droits d'auteur ou droits voisins commise par une autre personne qui aurait entraîné ou encouragé, causé ou contribué de manière substantielle à cette violation.¹⁸

De même, serait déclaré civilement mais aussi pénalement responsable, le prestataire de service qui aurait de manière délibérée supervisé ou contrôlé toute violation des droits

¹⁴ A. AZARGUI, revue Challenge, 13 février 2010.

¹⁵ L'article 65-3 de la loi 53-05 définit le prestataire de service comme étant : « le prestataire ou opérateur d'installations pour des services en ligne ou pour l'accès à des réseaux, y compris un prestataire de transmission ou d'acheminement ou de connexion pour les communications numériques en ligne, sans modification du contenu, entre les points spécifiés par l'utilisateur de la matière, à son choix. »

¹⁶ O. IHRAI, La propriété intellectuelle à l'ère de l'économie numérique, Série Thèses, Université Mohammed V- Souissi, Presses de l'institut universitaire de la recherche scientifique, p.273.

¹⁷ O. IHRAI, op.cit. p.278.

¹⁸ Article 65-4/ A et B de la loi n°34-05 modifiant la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins.

d'auteur ou droits voisins commise par une autre personne en y ayant directement un intérêt financier dans ladite activité.¹⁹

Le Bureau Marocain du Droit d'Auteur (BMDA) intervient en matière de non respect des droits d'auteur puisqu'il lui est fait obligation d'exiger, sur demande du titulaire des droits ou du prestataire de service qui a reçu une mise en demeure, l'identification de l'auteur de la violation afin de communiquer ses informations au titulaire des droits.²⁰

La loi n°2-00 prévoit également des mesures limitatives de responsabilité du prestataire de service pour des agissements illicites commis alors que le prestataire de service n'en avait ni le contrôle ni l'initiation ni le pouvoir de direction.

2. Projet de loi sur le Code Numérique

Le Projet de loi sur le Code Numérique, tout en reprenant les principales dispositions de la loi n°2-00 sur les droits d'auteur et droits voisins, apporte des précisions sur le contenu des obligations du prestataire, notamment l'obligation qui lui est faite de détenir et conserver les données et ce, dans le respect de la loi n°09-08 ; ou encore l'obligation d'informer les abonnés sur les risques et dangers des communications en ligne.

B. Obligations et responsabilité du prestataire de service dérivant du contrat

Il est à noter que tous contrats modernes sur l'approvisionnement d'information peuvent être pratiqués et sont soumis aux règles de droit commun et celles contenues dans la loi n°34-05 lorsqu'il y a atteinte aux droits d'auteur ou droits voisins. Le contrat de Web Hosting très pratiqué au Maroc fera l'objet d'une étude approfondie.²¹ De même, nous examinerons les obligations des parties dans un contrat de fourniture d'accès d'internet.

1. Contrat d'approvisionnement d'information

a. Obligations de Maroc HOST²²

Parmi les contrats modernes sur l'approvisionnement pratiqués au Maroc, nous pouvons citer le contrat Maroc HOST qui offre ses services d'hébergement de sites Web. Ne pèse sur Maroc HOST qu'une simple obligation de moyens consistant à apporter les soins et services nécessaires en vue d'offrir au client un espace d'hébergement et autres ressources, serveurs sur la base du choix que celui-ci aura effectué. Maroc HOST insère dans le contrat une série de clauses exonératoires de responsabilité qui ne peuvent être efficaces que dans les termes et conditions du droit commun.

¹⁹ Article 65-4/ C et D de la loi n°34-05 modifiant la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins.

²⁰ Le BMDA se voit doté de prérogatives importantes par la loi de 2006. Organisme de protection et d'exploitation des droits : droit d'ester en justice....Les agents du BMDA, commissionnés par l'autorité de tutelle et assermentés sont habilités à constater les infractions à la loi. (article 60).

²¹ Il existe aussi les contrats dits Cloud Computing proposés par certaines entreprises, notamment Microsoft, pour apporter plus de sécurité, d'accessibilité et de centralisation des informations et des données. Plusieurs sociétés au Maroc recourent à ce service.

²² <http://www.marochost.com>.

b. Obligations du client

Le contrat prévoit de nombreuses et strictes obligations à la charge du client. Pour n'en citer que quelques exemples, celui-ci doit effectuer ses propres sauvegardes afin d'éviter la perte ou l'altération de ses fichiers et bases de données. Le client reconnaît avoir vérifié les caractéristiques du plan d'hébergement et son adaptation à ses besoins. Ainsi, les choix effectués par le client lors de la commande ou par la suite, demeurent sous son entière responsabilité.

Certains actes entraînent la suspension immédiate du contrat. Il en est ainsi de la distribution ou la copie sans autorisation d'un logiciel protégé par les droits d'auteur, le harcèlement, la fraude, le trafic de matériel obscène, le trafic de drogue, le pollupostage, spam, inscrire quelqu'un d'autre sur une liste de publipostage sans son autorisation, la violation de marques, de droits d'auteur ou autres droits de propriété intellectuelle.

2. Contrat de fourniture d'accès à internet

a. Obligations et responsabilité du fournisseur d'accès

Le contrat de fourniture d'accès est aujourd'hui l'un des principaux contrats de consommation de masse au Maroc à travers lequel le fournisseur d'accès met à la disposition de son partenaire une clé d'accès pour parvenir à un serveur, et ainsi pouvoir se connecter au réseau et bénéficier des services qu'il offre.

Au travers d'un abonnement le client bénéficie d'un droit d'usage d'un réseau pour parvenir à un serveur par abonnement²³. Conformément à la loi n°09-08, le client dispose à tout moment d'un droit individuel d'opposition, d'accès, de modification, de rectification et de suppression des données le concernant auprès du fournisseur.²⁴

Enfin, le fournisseur d'accès à internet doit recueillir les demandes des clients qui se plaignent des spamming et d'enjoindre à l'abonné qui s'est livré au spamming, de mettre fin à cette pratique sous peine de suspendre l'accès au réseau.²⁵

Les fournisseurs d'accès ne manquent pas de rappeler que leur rôle se limite exclusivement à la transmission des données, tout contrôle du contenu s'avérant dans les faits impossible. Force est de constater que les fournisseurs d'accès au travers les contrats qu'ils proposent aux internautes prévoient de nombreuses clauses limitatives de responsabilité.

²³ P. LE TOURNEAU, Contrats informatiques et électroniques, 5^{ème} édition, Dalloz, p.315 et suivantes.

²⁴ Le fournisseur d'accès à internet collecte plusieurs types d'informations via l'utilisation en ligne du service dont notamment : l'état civil du Client (nom, prénom,...), adresse de courrier électronique (adresse e-mail). En aucun cas le fournisseur n'a connaissance des données bancaires du client. Les informations conservées par le fournisseur ne sont transmises qu'aux seules personnes physiques et morales qui sont habilitées à les connaître. Néanmoins, le fournisseur pourra les communiquer, par tout moyen ou support, à ses sous-traitants pour des besoins de gestion et/ou de recouvrement. Dans des circonstances très exceptionnelles, le fournisseur peut être amené à communiquer ces données lorsque cette démarche est imposée par la loi, ou qu'elle est nécessaire à l'identification, à l'interpellation ou à la poursuite en justice de tout individu susceptible de porter préjudice ou atteinte, intentionnellement ou non, aux droits ou à la propriété du fournisseur; à d'autres utilisateurs du site internet du fournisseur; à toute autre personne qui pourrait être pénalisée par de telles activités.

²⁵ M.D TOUMLILT, op.cit. p.105.

b. Obligations du client

Le Client s'engage à respecter toute utilisation des données ou fichiers protégés par un quelconque droit, notamment des droits de propriété intellectuelle. De même, il lui appartient de prendre toutes les mesures appropriées de façon à protéger ses propres données et/ou logiciels notamment de la contamination par d'éventuels virus circulant sur le réseau Internet ou de l'intrusion d'un tiers dans le système des équipements ou à d'autres outils ou équipements à quelque fin que ce soit. Par conséquent, le client s'engage à relever et garantir le fournisseur contre tous dommages causés par lui-même ou par l'un de ses préposés, au fournisseur ou aux tiers, par ledit usage et ladite utilisation.

Enfin, le client est expressément informé que les contenus stockés, utilisés, transmis et reçus à travers le service le sont sous sa seule responsabilité, quel que soit le mode d'utilisation. Par conséquent, le client assume l'entière responsabilité, tant civile que pénale, attachée à ces opérations.

c. Types de contrats spéciaux portant sur un bien immatériel

Contrairement aux contrats généraux pour lesquels il n'y a pas de règles générales particulières applicables à un bien immatériel (application du régime de droit commun pour les questions de validité, d'exécution, et d'inexécution du contrat), les contrats spéciaux obéissent quant à eux à des règles spécifiques.

Nous pouvons citer à titre d'exemples : les contrats sur les marques, brevets, nom de domaine, les droits d'auteur et les droits voisins, le fonds de commerce ou ses éléments incorporels, contrats d'infogérance... Chacun de ces contrats obéit à des règles qui lui sont propres :

- loi n°17-97 relative à la protection de la propriété industrielle telle que modifiée et complétée par la loi n°31-05 ;
- loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins telle que modifiée et complétée;
- loi n°15-95 formant code de commerce.

DEUXIÈME PARTIE. LE CONTRAT ET LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

I. Les opérations contractuelles et leur étendue

Le bien immatériel peut faire l'objet de plusieurs opérations contractuelles dont l'étendue varie selon l'objet du contrat et le droit de propriété intellectuelle applicable.

A. Cession et licence d'un droit de propriété intellectuelle

Le droit marocain fait la distinction entre la cession d'un droit de propriété intellectuelle et la licence.

Il adopte une approche dualiste des droits d'auteur. La première composante de ce droit réside dans le droit d'exploitation que l'auteur détient sur son œuvre ; il s'agit d'un droit patrimonial, cessible, tandis que le droit moral, seconde composante du droit d'auteur rattaché à la personne, est incessible et perpétuel.

Ainsi, les contrats de licence ou de cession ne peuvent concerner que les droits patrimoniaux. La cession est définie comme un acte translatif de propriété qui établit une relation entre l'auteur et son cocontractant en transmettant à ce nouveau titulaire un droit existant, de sorte que le cédant cesse d'en être titulaire. La licence a, quant à elle, un effet constitutif, puisqu'elle fait naître un droit ou une situation juridique nouvelle. Le titulaire de la propriété intellectuelle accorde ainsi à d'autres personnes le droit d'accomplir des actes visés par ses droits patrimoniaux.

B. Etendue des droits accordés dans le cadre d'une licence ou d'une cession

1. Dispositions prévues par la législation sur les droits d'auteur et droits voisins

Selon l'article 40 de la loi n°2-00, les licences accordées par l'auteur d'une œuvre peuvent être exclusives ou non exclusives. La licence non exclusive autorise son titulaire à accomplir, de la manière qui lui est permise, les actes qu'elle concerne en même temps que l'auteur et d'autres titulaires de licences non exclusives. La licence exclusive quant à elle, autorise son titulaire, à l'exclusion de tout autre, y compris l'auteur, à accomplir de la manière qui lui est permise, les actes qu'elle concerne.

Il convient de préciser que l'article 41 de la loi n°2-00 soumet les contrats de cession de droits patrimoniaux ou de licence, à l'exigence de l'écrit, sauf disposition contraire.

2. Dispositions prévues par la législation relative à la propriété industrielle

La licence d'exploitation d'un brevet d'invention emprunte l'une des deux formes visées par l'article 56 de la loi n° 17.97, qui sont les suivantes :

- La licence d'exploitation peut être exclusive lorsque celui qui la concède n'a plus le droit de conclure d'autres contrats dont l'objet serait relatif à des licences accordées. Il s'abstient, sauf stipulation contraire, de continuer à exploiter le droit sur le brevet. Cet engagement peut être limité dans le temps (15 ans par exemple), dans l'espace (tel que le fait de le restreindre à une région déterminée) ou dans son objet (comme le fait d'autoriser l'exploitation de certaines demandes tout en conservant le droit d'exploiter les autres demandes attachées au brevet) ;
- La licence d'exploitation non exclusive qui concerne le cas où celui qui concède la licence détient la faculté d'accorder cette dernière à plusieurs personnes ou conserve le droit d'exploitation, et ce, à côté de la licence concédée au tiers.

Il convient de souligner que les droits conférés par le brevet peuvent être invoqués à l'encontre d'un licencié qui enfreint l'une des limites de sa licence.²⁶ Enfin, s'agissant des règles de forme, les actes comportant une transmission ou une licence, sont constatés par écrit, à peine de nullité.²⁷

²⁶ Article 56 alinéa 2 de la loi n°17-97

²⁷ Article 56 alinéa 4 de la loi n° 17-97

C. Contrat de vente et propriété intellectuelle

1. Le transfert de la propriété intellectuelle

Le droit de propriété intellectuelle est distinct du bien sur lequel ledit droit peut porter. Si la vente porte sur un bien fabriqué, par exemple, le transfert de la propriété du bien objet de la vente n'implique pas le transfert de la propriété intellectuelle détenue par l'inventeur. Il en est de même en cas de bien issu d'un droit d'auteur ; le bien peut faire l'objet d'une vente sans que cette vente s'étende automatiquement au droit d'auteur détenu par l'auteur.

2. Les droits des parties

L'article 10 de la loi sur les droits d'auteur confère au titulaire d'une œuvre le droit exclusif de faire ou d'autoriser les actes suivants : représenter ou exécuter son œuvre en public, le droit de faire autoriser la distribution au public, de préparer des adaptations, des arrangements ou autres transformations de son œuvre, ou enfin, de reproduire son œuvre.

La question de l'épuisement du droit d'auteur se pose lorsqu'est en cause le droit de reproduction. En France et en Europe, la règle de l'épuisement du droit est d'interdire les restrictions qui pourraient affecter la commercialisation, restrictions que le fournisseur originaire serait tenté d'imposer à ses contractants. Ainsi, dès que la vente d'un ou de plusieurs exemplaires d'une œuvre protégée a été autorisée par les titulaires des droits sur un état membre de la communauté européenne, la vente de ces exemplaires ne peut être interdite dans les autres états membres.²⁸

Au Maroc, la question de l'épuisement du droit d'auteur ne recouvre pas le même sens. En effet, selon l'article 43 de la loi n° 02-00, l'auteur qui transmet par aliénation l'original ou un exemplaire de son œuvre n'est réputé, sauf stipulation contraire du contrat, avoir cédé aucun de ses droits patrimoniaux, ni avoir accordé aucune licence pour l'accomplissement des actes visés par des droits patrimoniaux... ».

Ainsi la vente d'un bien immatériel n'a pas pour conséquence l'épuisement du droit d'auteur. L'acquéreur peut exercer les droits appartenant classiquement à un acquéreur, mais sans pouvoir effectuer aucun acte attentatoire au droit d'auteur restant entre les mains de l'auteur. L'acquéreur devra respecter aussi bien les droits patrimoniaux que les droits extrapatrimoniaux de l'auteur.

L'acheteur est en droit de revendre le bien acheté, mais n'a pas le droit de céder les droits ne lui appartenant pas, notamment les droits d'auteur dans leur ensemble.

D. L'immatériel et le droit des sûretés

1. Droit des sûretés et propriété industrielle

L'article 56 de la loi n° 17.97 mentionne expressément la mise en gage du brevet parmi les moyens de transmission des droits. Il dispose ainsi que les droits attachés au brevet peuvent faire l'objet (...) d'une mise en gage. Ce gage vise généralement à obtenir des fonds pour l'entreprise.²⁹ La mise en gage du brevet est soumise aux règles générales régissant les

²⁸ Lamy droit numérique, collection Lamy droit de l'immatériel, 2012, p.38

²⁹ Guide sur le brevet d'invention, OMPIC, p. 103

contrats de gage sous réserve de l'application des dispositions relatives au brevet, notamment celles afférentes aux étapes donnant lieu à son obtention ou aux raisons y mettant fin. Pour être admis à se prévaloir du gage à l'encontre des tiers, celui-ci doit être inscrit au registre national des brevets (art. 58).

2. Droit des sûretés et droits d'auteur

Il convient de noter que la législation applicable en matière de droit d'auteur n'envisage pas la possibilité pour l'auteur de constituer une sûreté sur le bien immatériel.

Néanmoins, rien n'interdirait par exemple à l'auteur de constituer à un nantissement du droit d'exploitation du logiciel pour accéder au crédit bancaire ou pour obtenir les fonds nécessaires pour le développer. Le nantissement n'impliquerait aucun dessaisissement du titulaire de la propriété intellectuelle au bénéfice du créancier gagiste, mais une simple consécration du droit de sûreté de celui-ci sur ladite propriété par le recours à un système de publicité.

E. La renonciation conventionnelle à un droit de propriété immatériel

Il est possible de renoncer à un droit de propriété immatériel, sous réserve de ce que la loi requiert :

- la renonciation ne peut concerner que les droits patrimoniaux ;
- l'acte de renonciation doit être exprès et être établi dans les formes prévues par la loi ;
- l'acte de renonciation doit intervenir après l'acquisition du droit de propriété immatériel ;
- la renonciation doit faire l'objet de publicité.

II. Le droit de la propriété intellectuelle et la liberté contractuelle

A. Qualification juridique du contrat de licence

En droit marocain la licence est un contrat. Ce dernier est soumis aux règles légales générales en matière de formation et de validité des contrats. Il doit être fait par écrit et faire l'objet d'une publicité auprès de l'OMPIC pour être opposable aux tiers. Les parties peuvent se mettre d'accord sur sa durée et sur sa portée.

B. Le contrat de licence et son adaptation

La loi marocaine ne prévoit pas de contenu prédéfini pour les contrats portant sur un bien immatériel. De même, il n'y a pas de dispositions spécifiques pour l'adaptation des contrats de licence considérés comme injustes. L'imprévision ne peut en principe jouer, sauf convention contraire, conformément au droit commun.

C. L'invalidité du brevet et ses conséquences sur le contrat de licence

Le droit d'exploitation est le principal attribut découlant de la propriété du brevet. Le droit à l'exploitation implique le principe suivant à savoir : présumer que l'inscription du brevet a été valable, de même qu'ont été remplies toutes les conditions de forme et au moins certaines exigences de fond telles que la non-contrariété du brevet à l'ordre public et aux bonnes

mœurs, surtout que la législation marocaine adopte le régime de l'enregistrement, sans examen préalable, à la délivrance du brevet, et ce, sous la responsabilité du déposant.

L'objet du contrat de licence ne peut être qu'un brevet valide ou une demande de brevet présentée de façon légale sous la responsabilité de la personne qui concède ladite licence, et il est toujours préférable de prévoir le sort des sommes versées au cas où le contrat de licence ferait l'objet de nullité ou d'annulation après sa conclusion.

Ainsi, en cas d'invalidité du brevet, le contrat de licence suit le sort du brevet ; c'est-à-dire que si le brevet est annulé, la licence est annulée.

La partie qui concède la licence est tenue de l'obligation de garantie, qu'il s'agisse des vices cachés tels que le défaut de nouveauté de l'invention et la déchéance du droit sur le brevet, ou des troubles relatifs à l'exploitation comme l'existence d'actions en contrefaçon contre l'auteur de la licence.

En cas de violation par le concédant de son obligation de garantie, il est loisible au licencié d'agir en résolution du contrat de licence. En outre, le prétendu titulaire du brevet est tenu de compenser, le cas échéant, le dommage occasionné au licencié dans les termes et conditions du droit de la responsabilité contractuelle.

D. Le droit de repentir de l'auteur et les obligations de l'éditeur

Le droit de repentir permet à l'auteur d'arrêter la diffusion de son œuvre auprès du public dès lors qu'il considère qu'elle ne correspond plus à ses idées et est susceptible, de ce fait, de porter atteinte à sa réputation.³⁰

La loi n° 2-00 ne prévoit ni le droit de repentir, ni le droit de retrait au bénéfice de l'auteur. Ainsi, l'auteur se doit, conformément au droit commun, de respecter le contrat passé par exemple avec l'éditeur, sous peine d'avoir à réparer tout préjudice résultant de son fait.

Il va sans dire qu'en vertu du droit des contrats, rien n'empêche l'auteur, d'un commun accord avec l'éditeur, de prévoir conventionnellement le droit de repentir moyennant une indemnisation déterminée ou même sans indemnisation.

E. L'immatériel et la relation employeur / employé

La question de l'immatériel dans le cadre de la relation de travail doit être appréhendée différemment selon qu'il s'agit d'invention ou de création d'une œuvre.

1. La titularité des droits et l'invention d'une oeuvre

Le régime juridique applicable lorsqu'un salarié est l'auteur d'une invention a été institué par la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle. Les règles telles qu'énoncées sont supplétives de volonté, le contrat de travail pouvant prévoir des clauses plus avantageuses au profit du salarié.

Deux cas de figure ont été ainsi envisagés :

³⁰ André R. BERTRAND, Droit d'auteur, Edition Dalloz Action 2011-2012, N° 106.42

1/ Si l'invention est réalisée dans le cadre d'un contrat de travail comportant soit une mission inventive soit d'études et de recherches explicitement confiées au salarié, dans ce cas l'entreprise est le propriétaire de l'invention et possède les droits relatifs au brevet. La loi prévoit cependant des compensations financières que l'entreprise propriétaire du brevet versera à l'inventeur du brevet.³¹

2/ Si l'invention ne rentre pas dans le cadre d'un contrat de travail comportant justement une mission inventive ou d'études ou de recherches, l'employé doit en aviser immédiatement son employeur par déclaration écrite, envoyée par lettre recommandée avec accusé de réception. L'employeur dispose d'un délai de six mois pour se faire attribuer la propriété ou la jouissance des droits attachés à l'invention de son salarié par le dépôt d'une demande de brevet auprès de l'organisme chargé de la propriété industrielle. Dans le cas où il n'a pas déposé la demande dans le délai de six mois, l'invention revient de droit à l'employé.

2. La titularité des droits et la création d'une œuvre

Cette question nous fait opposer la logique de la propriété intellectuelle qui a tendance à réserver la création au créateur, à la logique du contrat de travail qui a tendance à attribuer à l'employeur la propriété de biens nés de la relation d'emploi. Le législateur marocain a-t-il entendu faire triompher le caractère éminemment personnaliste du droit d'auteur sur la logique industrielle, niant ainsi, au niveau du droit d'auteur, l'existence du lien de subordination existant entre le créateur salarié et son employeur ?

Selon la loi marocaine, lorsqu'une œuvre est créée par un auteur pour le compte d'une personne physique ou morale (ci-après, dénommée " employeur ") dans le cadre d'un contrat de travail et de son emploi, sauf disposition contraire du contrat, le premier titulaire des droits moraux et patrimoniaux est l'auteur, mais les droits patrimoniaux sur cette œuvre sont considérés comme transférés à l'employeur dans la mesure justifiée par les activités habituelles de l'employeur au moment de la création de l'œuvre.³²

En guise de conclusion nous pouvons dire que le contrat a été au fil de ces dernières décennies très imprégné par l'ère de la dématérialisation. Cependant, plusieurs questions restent aujourd'hui sans réponses faute d'un arsenal juridique complet rassemblant les diverses lois applicables en la matière.

³¹ Article 18 de la loi n°17-97 telle que modifiée par la loi n°31-05.

³² Article 35 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins.