



"Questions de droit des contrats appliqué aux actifs immatériels"

Cruysmans, Edouard ; Cruysmans, Edouard

Abstract

Questions de droit des contrats appliqué aux actifs immatériels

Document type : *Contribution à ouvrage collectif (Book Chapter)*

Référence bibliographique

Cruysmans, Edouard ; Cruysmans, Edouard ; et. al. *Questions de droit des contrats appliqué aux actifs immatériels*. In: Rafaël Jafferli (coordinateur), *Le droit commun des contrats, Questions choisies*, Bruylant : Bruxelles 2016, p. 309

SOMMAIRE

Questions de droit des contrats appliqué aux actifs immatériels.....	7
ÉDOUARD CRUYSMANS JEAN-FERDINAND PUYRAIMOND ALAIN STROWEL	
Comment appréhender le déséquilibre contractuel en droit commun ?.....	71
SOPHIE GOLDMAN STEPHANIE LAGASSE	
Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux	129
RAFAËL JAFFERALI	
Le devoir et l'obligation de bonne foi dans les droits de créance et les droits réels	231
JEAN-FRANÇOIS ROMAIN	
Table des matières	303



QUESTIONS DE DROIT DES CONTRATS APPLIQUÉ AUX ACTIFS IMMATÉRIELS

ÉDOUARD CRUYSMANS

ASSISTANT À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN
ET À L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS – BRUXELLES, DOCTORANT

JEAN-FERDINAND PUYRAIMOND

ASSISTANT ET CHERCHEUR À L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES, DOCTORANT, AVOCAT

ET

ALAIN STROWEL

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS – BRUXELLES
ET À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN, AVOCAT

SECTION I. CONSIDÉRATIONS INTRODUCTIVES

§ 1. *Des droits intellectuels aux actifs immatériels : définitions et clarifications*

1. Tout juriste a une connaissance plus ou moins précise de ce que recouvrent les droits intellectuels : ainsi peut-il citer les brevets protégeant les inventions, les droits d'auteur sur les œuvres, les marques et les noms commerciaux portant sur des signes distinctifs, les dessins et modèles appliqués à l'apparence des produits, les appellations d'origine... Beaucoup d'autres propriétés intellectuelles existent toutefois, car, à l'instar des droits réels dans le Code civil, leur nombre n'est pas limité. Le principe du *numerus clausus* des droits réels permet en effet au législateur de créer de nouveaux droits réels en dehors du Code civil (1), sans toutefois laisser la possibilité aux parties de créer, par l'autonomie de la volonté, de tels nouveaux

(1) Voy. not. la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie ainsi que la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose.

droits réels (2). Le raisonnement semble en tout point similaire pour ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle. Au cours des dernières décennies, on a vu les législateurs consacrer de nouveaux droits intellectuels qui permettent d'assurer un contrôle sur des informations diverses, par exemple le droit *sui generis* sur les bases de données (3) ou la protection des secrets d'affaires (4). Il faut aussi tenir compte des para-propriétés personnelles (ou intellectuelles), à l'instar des droits sur l'image, sur les données personnelles ou sur la réputation, qui ont été légalement consacrées pour protéger les individus contre des intrusions étatiques ou médiatiques, mais qui ont aussi contribué à conférer à ces biens de la personnalité une valeur patrimoniale nécessaire aux échanges. Au-delà des droits habituellement classés comme propriétés intellectuelles, il existe donc de multiples autres droits préconstitués sur des intangibles.

2. En outre, des actifs immatériels (ou incorporels) sont de plus en plus souvent créés par l'effet même des contrats. On peut définir ces actifs immatériels (ou incorporels) comme les valeurs immatérielles qui font l'objet d'échanges ou de transactions (au sens économique) entre parties privées (5). Ces actifs sont identifiés et, dans le même temps, produits par les contrats qui se nouent entre acteurs économiques, sans que ces actifs soient préalablement protégés par un droit intellectuel pré-constitué ou par une para-propriété intellectuelle. Parce que quelqu'un est disposé à payer pour accéder à ces choses incorporelles et pour les utiliser, elles se transforment en actifs. N'est-ce pas ce que sous-entend la définition par l'OCDE de l'actif incorporel : « Une chose qui n'est pas un actif corporel ni un actif financier, qui peut être possédée ou contrôlée aux fins

(2) À ce sujet, voy. P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 35 et 36, l'auteur renvoyant à V. SAGAERT, « Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen ! Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten », *T.P.R.*, 2005, pp. 983 à 1086.

(3) Voy. à ce sujet, A. STROWEL, « La loi du 31 août 1998 concernant la protection des bases de données », *J.T.*, 1999, pp. 297-304 ; B. MICHAUX, *Droit des bases de données*, Waterloo, Kluwer, 2005.

(4) Voy. à ce sujet, V. CASSIERS et S. GILSON (dir.), *L'entreprise et le secret*, Bruxelles, Larcier, 2014, 330 p.

(5) Sur les actifs immatériels, voy. not. le rapport belge rédigé par A. PUTTEMANS et P. LECOCQ sur le thème « L'immatériel et les biens », dans le cadre des Journées internationales Capitiant 2014 (Espagne : Barcelone et Madrid) consacrées à l'immatériel, du 19 au 23 mai 2014 (<http://www.henricapitiant.org/node/104520>). Voy. encore B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, t. 1, *Nature juridique*, coll. Création. Information. Communication, Bruxelles, Larcier, 2016, à paraître ; et B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, t. 2, *Régime patrimonial*, coll. Création. Information. Communication, Bruxelles, Larcier, 2016, à paraître.

d'utilisation dans le cadre d'activités commerciales, et dont l'utilisation ou le transfert serait rémunéré s'il avait lieu dans le cadre d'une transaction entre parties indépendantes dans des circonstances comparables »(6). Prenons un exemple : dans une affaire *Starbucks* sur laquelle la DG Concurrence mène une enquête pour aide d'État (potentiellement illicite)(7), de multiples contrats ont été conclus entre diverses entités du groupe afin de valoriser non seulement des droits intellectuels mais aussi d'autres actifs immatériels, et d'optimiser la charge fiscale. Starbucks Coffee BV, établie aux Pays-Bas, octroie ainsi des licences sur certaines marques Starbucks, mais aussi sur le format des cafés (type d'habillage, mobilier, etc.) et sur la « corporate identity » de Starbucks aux opérateurs des cafés de la chaîne(8). Le format ou style d'habillage d'un lieu (par exemple un café) ou l'image de marque (la *corporate identity*) d'une société commerciale ne sont en principe pas protégés par un droit intellectuel spécifique(9). Ceux qui opèrent les cafés paient donc aussi des royalties pour l'usage d'actifs immatériels qui ne sont pas protégés, mais dont l'usage est valorisé et peut donc faire l'objet d'un contrat entre parties indépendantes.

§ 2. *Omniprésence des actifs immatériels et requalification des contrats*

3. L'exemple de Starbucks est encore intéressant pour une autre raison : il démontre l'omniprésence des actifs immatériels dans les opérations commerciales(10), au point que beaucoup de contrats classiques sur des biens matériels (par exemple des ventes d'objets au sens du Code civil) se muent, par l'effet de la pratique, en contrats (de licences ?) sur des biens immatériels. Ainsi, il s'avère

(6) Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, *Instructions relatives aux aspects intéressant les prix de transfert des actifs incorporels*, Paris, éd. de l'OCDE, 2014, pt 6.6, p. 33.

(7) Commission européenne, State aid SA.38374 (2014/C), 11.06.2014 C(2014) 3626 final, §§ 22 et s.

(8) Starbucks Coffee BV, donneur de licence aux opérateurs des cafés, est elle-même licenciée de Alki LP qui détient la propriété intellectuelle du groupe et est un actionnaire de Starbucks Coffee BV.

(9) Toutefois, des droits intellectuels portant sur des éléments connexes peuvent assurer un certain contrôle, par ex. un dessin et modèle environnemental ou un nom commercial.

(10) Voy. à cet égard la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2015 concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique (COM(2015) 634 final).

que les opérateurs indépendants des salons de café Starbucks situés en Europe, qui sont tenus d'« acheter » le café auprès d'une autre entité du groupe (Starbucks Coffee BV), paient des royalties sur le café fourni par la maison mère car ils bénéficient, en tant que licenciés, du processus de torréfaction et du packaging réalisé par Starbucks Manufacturing BV aux Pays-Bas (11). Autrement dit, en s'approvisionnant de café auprès du groupe, les opérateurs indépendants des salons de café passent un contrat qui s'apparente autant à une licence d'actif immatériel (sur le processus de transformation des graines de café) qu'à un achat de bien corporel.

Un autre exemple permet d'illustrer ce constat : lorsqu'une société fournit à la société Apple Inc. les verres intelligents utilisés pour les écrans tactiles des iPhones ou iPads, le contrat n'est sans doute plus un contrat de vente, mais un contrat de licence d'exploitation avec obligation de fourniture au donneur de licence (Apple a spécifié les qualités du verre et détient là-dessus des droits intellectuels) et paiements divers. Depuis longtemps, on sait que l'opération juridique par laquelle un consommateur « achète » pour son usage un DVD avec un logiciel (ou un logiciel en ligne) n'est pas structurée comme une « vente », mais une licence d'usage, l'acheteur signant un *EULA* (*End-User Licence Agreement* ou, en français, un *CLUF* ou *Contrat de Licence Utilisateur Final*). Tel est aussi le cas pour l'« achat » d'un logiciel en ligne ou lorsqu'un particulier « achète » un thermostat intelligent de la société Nest (reprise par Google), ce dernier échangeant des informations avec l'éclairage de la maison, les machines (à lessiver, ...), les systèmes de verrouillage, la voiture, etc. Dans cette dernière illustration, l'« acheteur » souscrit en réalité une série de contrats, notamment un *EULA* pour l'usage du logiciel et un accord sur l'usage des données personnelles (12).

(11) Cette entité hollandaise achète elle-même les *graines* de café (non torréfié) d'une entité basée en Suisse (Starbucks Coffee Trading Company SARL) qui est l'unique acheteur pour l'ensemble du monde des graines de café utilisées dans les salons de café Starbucks. Le donneur de licence sur les actifs immatériels (Starbucks Coffee BV) qui est aussi le donneur de licence sur le café, devenu en réalité un bien matériel avec valeur immatérielle (y a-t-il une vente ou une licence aux opérateurs des salons de café ?), est lui-même le licencié d'Alki LP qui détient toute la propriété intellectuelle du groupe.

(12) Voy. l'analyse proposée par G. NOTO LA DIEGA, I. WALDEN, *Contracting and regulating for the 'Internet of Things'. Looking into the Nest*, à paraître.

On pourrait multiplier les exemples montrant que l'ubiquité des actifs immatériels dans les produits et transactions commerciales et la multiplication des licences (soit d'exploitation, soit d'usage) ont pour effet de remettre pour partie en cause la qualification classique des contrats, le bien matériel devenant dans certains cas l'accessoire d'une licence sur actif immatériel (13). Certes, ce sont actuellement plutôt des opérateurs sophistiqués (et tout spécialement américains) qui proposent ces nouvelles formes contractuelles mettant en avant divers actifs immatériels. Cependant, tout laisse à penser que cette pratique va se généraliser avec le développement de produits intelligents, nés de l'innovation technologique et captant toujours plus de données, à l'instar de ce que l'on appelle « l'Internet des objets » (14) – en fait, l'Internet des objets immatériels.

Par conséquent, les spécificités des contrats en matière d'actifs immatériels ont souvent une incidence plus importante qu'on ne l'imagine, de plus en plus d'opérations étant structurées par rapport à ces actifs comme des licences. Il n'y a pas de dispositions légales particulières régissant les contrats de licence, mais les règles du bail sont transposables. De tels contrats impliquent en réalité que le droit sur un actif donné en licence demeure dans le patrimoine de son titulaire, seul un droit personnel et d'usage étant concédé par le « donneur de licence » à un tiers, le « preneur de licence » ou le « licencié » (15). Ce dernier exploite en commercialisant l'actif (licence d'exploitation) ou utilise l'actif sans en tirer lui-même d'autres revenus (licence d'usage). Une licence est donc une autorisation d'accomplir certains actes sur un bien, par exemple des reproductions d'une œuvre ou des traitements de données personnelles. Une des caractéristiques de ces contrats de licence est sans doute leur caractère relationnel.

(13) Pour aller plus loin sur la qualification des contrats complexes, voy. not. H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. IV, 4^e éd., 1997, n^o 4 et s. et P. WERY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., 2011, Bruxelles, Larcier, pp. 411 et 412, n^o 436.

(14) L'Internet des objets (IdO ou IoT pour *Internet of Things*) désigne en principe l'extension d'Internet au monde physique des objets, mais en réalité ce déploiement d'Internet dans les objets connectés (not. les voitures connectées) a pour effet de mettre l'information et les immatériels au cœur du marché des biens.

(15) Voy. D. KAESMACHER, « Principaux contrats relatifs aux droits intellectuels : cadre et clauses usuelles », in D. KAESMACHER (coord.), *Les droits intellectuels (Répertoire notarial)*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 490-491.

§ 3. *Les licences ou autorisations d'exploitation d'actifs immatériels, des contrats très relationnels ?*

4. La théorie des contrats relationnels telle que développée par I. R. Macneil(16) met en évidence le fait qu'un nombre important de contrats reposent sur un échange relationnel, et non simplement sur un échange transactionnel. Ce dernier type d'échange organise une simple transaction entre des parties qui, en principe, n'entretiendront aucun lien significatif après l'échange des consentements et l'exécution des obligations. Ainsi en est-il du contrat de vente. L'échange relationnel suppose un projet de coopération et s'étend dans le temps, souvent pour une durée indéterminée(17). À titre d'exemples, la théorie des contrats relationnels s'applique bien à la relation de travail ; elle trouve aussi une bonne application à la relation conjugale, qui s'inscrit dans le temps et repose sur la confiance entre partenaires(18). La théorie relationnelle a surtout été appliquée aux relations d'affaires qui supposent une plateforme d'organisation et de planification de la relation.

Il nous semble que cette figure relationnelle s'applique assez bien aux contrats de licences d'actifs immatériels, notamment les créations originales et données personnelles, qui organisent l'exploitation d'un actif immatériel dans le temps. Sans exploiter ici cette approche, on notera que, comme d'autres échanges relationnels, ces licences d'usages s'inscrivent dans la durée, supposent une certaine confiance entre donneur de licence et licencié, doivent s'intéresser aux dimensions extra-patrimoniale et patrimoniale de leur objet, offrent une certaine marge de manœuvre dans l'usage des actifs immatériels, sont pour partie régis par des usages honnêtes qui complètent le contrat, permettent l'exercice d'un droit de retrait, etc.

(16) I.R. MACNEIL, « The many futures of contract », *Southern California Law Review*, vol. 47, 1974, pp. 691-816 ; « Relational Contract Theory : Challenges and Queries », *Northwestern U.L.R.*, *Relational Contract Theory : Unanswered Questions - A symposium in Honour of Ian R. Macneil*, vol. 94, 2000, pp. 877 et s. ; « Relational Contract : What we Do and Do Not Know », *Wisconsin Law Review*, 1985, pp. 483-525.

(17) À ce titre, voy. aussi la théorie des contrats d'intérêt commun, T. TILQUIN, V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. 1, Diegem, Kluwer, 1996, pp. 310 à 313, n° 384 à 387.

(18) Voy. A. ROY, « Mariage et contrat : fiction ou complémentarité ? », *Les fictions en droit - Fictions in the Law*, Montréal, Themis, 2001, pp. 72-75.

§ 4. *Structure et objet de la contribution*

5. S'agissant des contrats sur des actifs immatériels non protégés par un droit intellectuel (ou une para-propriété intellectuelle), seuls les principes généraux des contrats sont applicables. On ne reviendra pas ici sur ces principes. Sans pouvoir traiter de l'ensemble des droits intellectuels ici, nous nous concentrerons d'abord sur les règles contractuelles les plus exorbitantes du droit commun en matière de propriété intellectuelle, à savoir les règles protectrices de l'auteur qui gouvernent les contrats relatifs au droit d'auteur (Section 2). Ce sont les règles applicables aux licences (et cessions), et non à des contrats spécifiques (contrat d'édition ou de production audiovisuelle⁽¹⁹⁾) qui retiendront notre attention. Nous analyserons ensuite la pratique des contrats portant sur les données personnelles, protégées par une para-propriété intellectuelle s'exprimant dans le pouvoir de maîtrise revenant à la personne concernée sur ses données (Section 3). À cette occasion, de même que l'on s'intéressera aux règles protégeant l'auteur dans ses contrats avec ceux qui exploitent sa création, nous nous focaliserons sur les conditions de validité du consentement de la personne concernée à l'utilisation de ses données personnelles. Ces données étant devenues un actif immatériel incontournable dans les échanges économiques, il paraît essentiel de saisir à quelles conditions une entreprise peut valablement acquérir le droit d'usage desdites données, cette acquisition initiale commandant la validité des opérations ultérieures.

6. Avant d'entrer plus avant dans le vif du sujet, on se permettra encore une remarque introductive. Pour ce qui concerne les contrats portant sur les droits intellectuels, comme on l'a signalé, c'est surtout en matière de droit d'auteur que des règles spécifiques sont prévues par la loi (voy. Section 2). Il est dommage que le législateur belge, contrairement au législateur hollandais, n'ait pas prévu un

(19) Pour une présentation générale des règles contractuelles en droit d'auteur, voy. F. BRISON et H. VANHEES (eds), *De Belgische auteurswet - La loi belge sur le droit d'auteur, Hommage à J. Corbet*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012 ; A. STROWEL, B. STROWEL, « Titularité et règles contractuelles dans le domaine du droit d'auteur et des programmes d'ordinateur », *D.A.O.R.*, 1995, pp. 57-70 ; J.-P. TRIALLE, « Les nouvelles règles contractuelles dans le domaine du droit d'auteur et des programmes d'ordinateur », *Cahier du juriste*, n° 2, 1995, pp. 26-31 ; H. VANHEES, « De nieuwe wettelijke regeling inzake auteurscontracten », *T.B.H.*, 1995, pp. 728-765 ; H. VANHEES, « Auteursrechtelijk beschermde werken en software gemaakt in uitvoering van een arbeidsovereenkomst of statuut », *Oriëntatie*, août-septembre 1994, pp. 169-176 ; H. VANHEES, *Auteurscontract*, Anvers, Kluwer, 2001 (série Advocatenpraktijk).

titre spécial du Code civil pour codifier et définir les règles générales applicables à tous les droits intellectuels (20), et qui aurait pu servir de référence pour des contrats sur d'autres actifs immatériels.

SECTION 2. RÈGLES SPÉCIFIQUES APPLICABLES AUX RELATIONS ENTRE AUTEURS ET EXPLOITANTS D'ŒUVRES PROTÉGÉES

7. Les règles que l'on trouve dans le Code de droit économique (art. XI.167 et s. CDE) visent essentiellement à protéger l'auteur (21), personne physique et titulaire originaire du droit (art XI.170 CDE), et à lui assurer une rémunération appropriée lors de l'exploitation de son œuvre, ainsi que le respect de ses prérogatives morales, ces dernières comprenant la protection de sa réputation à travers l'obligation de mentionner le nom de l'auteur ou de ne pas dénaturer l'œuvre dans le cadre de son exploitation. Ces règles de forme et de fond font donc exception à la liberté contractuelle qui, bien entendu, régit les contrats de droit d'auteur (22). On pourrait montrer que certaines de ces règles manifestent la nature relationnelle des échanges sur les œuvres protégées.

§ 1. *Considérations générales*

a) Des dispositions impératives en faveur de l'auteur

8. Depuis 1994, le législateur a introduit des dispositions visant à protéger les intérêts du créateur, partie souvent faible au contrat. Il semble dès lors logique de considérer que ces règles sont des dispositions impératives, ayant pour but de protéger des intérêts privés, au bénéfice desquels il est possible de renoncer quand le litige est né, et dont le non-respect est sanctionné par la nullité

(20) Voy. déjà à ce propos A. STROWEL, « Quelle codification pour la propriété intellectuelle ? », *Tijdschrift voor Nederlands Burgelijk Recht*, 1995, n° 9-10, pp. 248-253.

(21) H. VANHEES, « Auteurscontractenrecht : actuele situatie en toekomstperspectieven », *R. W.*, 1993-1994, p. 280.

(22) Voy. A. STROWEL, B. VAN BRABANT, « Copyright Licensing : a European View », in J. DE WERRA, *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, pp. 29-53 ; B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Study contract No. ETD/2000 /B5-3001/E/69, 2002, p. 34 ; E. CORNU, P.A. FORIERS, « Aspects contractuels du commerce de l'art : une question spéciale. La propriété d'une œuvre d'art et le droit moral de l'artiste », *Rev. dr. ULB*, n° 36, 2007, p. 11.

relative des conventions ou à tout le moins des clauses qui y seraient contraires (23). On verra toutefois que la violation de certaines règles contractuelles n'entraîne pas *ipso facto* l'annulation de la cession.

Les dispositions générales en la matière se trouvent à l'article XI.167 CDE. Le terme « auteur » doit ici être entendu comme désignant le titulaire originaire des droits, soit la personne physique qui a créé l'œuvre (24). Les dispositions contractuelles qui font explicitement référence à l'auteur (ainsi, l'article XI.167, § 1^{er}, al. 2 : « à l'égard de *l'auteur*, tous les contrats se prouvent par écrit » (25)), ou qui sont manifestement conçues afin de protéger celui-ci, ne s'appliquent donc pas aux contrats conclus entre des ayants droit ou cessionnaires. En revanche, les contrats conclus par les ayants cause universels ou à titre universel (héritiers légaux, légataires, etc.) tombent bien dans le champ des règles protectrices (26), car l'on présume que ces personnes se trouveront, elles aussi, en position de faiblesse par rapport à des cocontractants plus accoutumés à ce commerce juridique.

9. Les dispositions protectrices des créateurs vont nécessairement rejaillir sur les conventions conclues en aval, à savoir sur les contrats secondaires relatifs au droit d'auteur (par opposition aux contrats primaires, auquel l'auteur-personne physique est partie). En effet, les titulaires dérivés, qui ne peuvent céder plus de droits que ceux qu'ils ont acquis des titulaires originaires (27), veilleront à ce que leur propre cocontractant soit tenu par des règles identiques

(23) A. MEEUS, « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du Juge », note sous Cass., 17 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1988, pp. 498 et s. ; J. VAN ZUYLEN, « L'ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux », in P. WÉRY (dir.) *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, coll. CUP, Liège, Anthemis, 2011, pp. 90 à 148 ; P. WÉRY, « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *R.G.D.C.*, 2011, pp. 145 à 156.

(24) En ce sens H. VANHEES, « De nieuwe wettelijke regeling inzake auteurscontracten », *op. cit.*, pp. 733-734. Voy. cependant les précisions apportées quant à l'application de ces règles aux sociétés créées par les auteurs en vue de gérer l'exploitation de leurs œuvres, celui-ci plaçant *in fine* « pour un centrage du régime protecteur sur l'auteur personne physique, à l'exclusion de tous les titulaires dérivés, quelle que soit leur qualité ou leur proximité avec ledit auteur » (A. CRUQUENAIRE, « La cession de droits d'auteur dans le cadre d'un contrat de commande », note sous Comm. Bruxelles (11^e ch.), 18 septembre 2009, *A&M*, 2010/1, p. 64, n° 2). Rejoignant cette exclusion des personnes morales du champ des dispositions protégeant l'auteur, voy. Comm. Anvers (prés.), 26 mai 2009, *R.A.B.G.*, 2009, p. 1394, note de J. JANSSEN.

(25) Nous soulignons.

(26) En ce sens H. VANHEES, « De nieuwe wettelijke regeling inzake auteurscontracten », *op. cit.*, pp. 734-735.

(27) Rappelons que la protection par l'article 2279 C. civ. de l'acquéreur de bonne foi de la chose d'autrui ne s'applique pas aux biens incorporels.

à celles prévues par la loi en faveur des auteurs. Le droit commun des contrats régit pour le reste les sous-cessions et sous-licences octroyées par celui qui a acquis les droits de l'auteur. Les principes du droit commun des obligations (en matière de vices de consentement, cause, lésion qualifiée, nullité des clauses purement potestatives, etc.) sont également d'application, ainsi que les restrictions tant nationales qu'européennes résultant du droit de la concurrence et des principes gouvernant la libre circulation des marchandises et services.

b) Structure des règles contractuelles

10. Renvoyant aux règles du Code civil, et donc au principe fondamental de la liberté contractuelle, le législateur précise à l'article XI.167 que « les droits patrimoniaux sont mobiliers, cessibles et transmissibles, en tout ou en partie, conformément aux règles du Code civil ». Les droits moraux, en revanche, sont « inaliénables », mais l'on peut renoncer à leur exercice.

Tous les *contrats de droit d'auteur* obéiront aux trois principes généraux de l'écrit probatoire, de l'interprétation restrictive et de la dissociation entre l'objet matériel et le droit intellectuel (art. XI.167, § 1^{er}, al. 2 et 3, CDE). Outre ces trois principes, quatre règles du régime général (art. XI.167, § 1^{er}, al. 4 à 6, et § 2) s'appliquent aux *contrats primaires d'exploitation*, à savoir ceux par lesquels l'auteur octroie à des tiers, en échange d'un avantage particulier, le droit d'exploiter une œuvre protégée (28). Ces contrats d'exploitation des droits économiques exclusifs ont pour objet le transfert (cession) ou le démembrement (licence) du monopole légal et doivent être distingués d'autres contrats dans le cadre desquels l'auteur n'octroie aucun droit d'exploitation sur son œuvre (29). De même, ils ne peuvent être confondus avec les contrats portant sur les droits (économiques) à rémunération (30). Les *contrats secondaires d'exploitation*, conclus entre cessionnaires des droits exclusifs, ne sont pas soumis aux règles

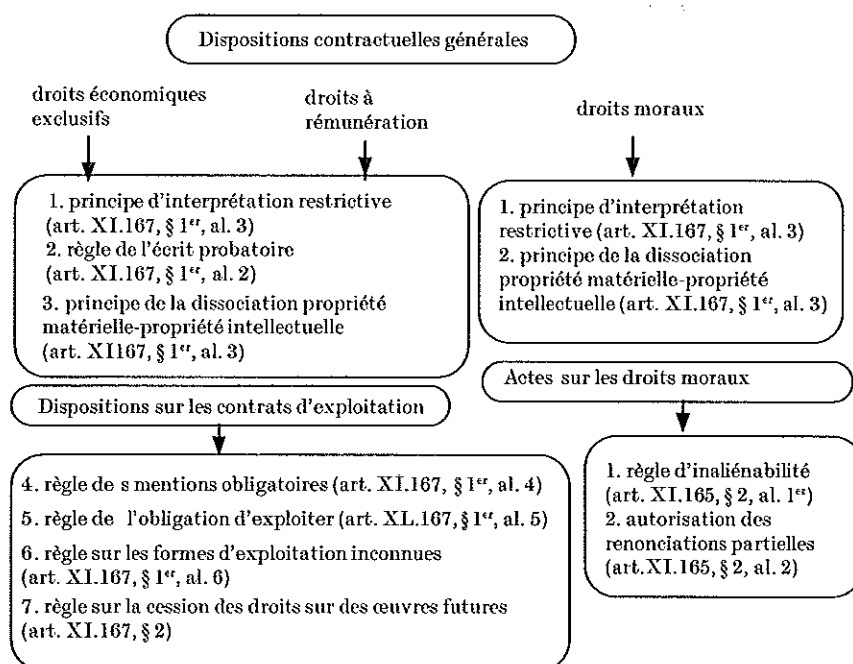
(28) Voy. H. VANHEES, *Een juridische analyse van de grondslagen, inhoud en draagwijdte van auteursrechtelijke exploitatie contracten*, Anvers, Maklu, 1993, p. 9, n° 19.

(29) On peut citer notamment tous les contrats relatifs à la vente, la location ou la mise en gage de l'objet qui incorpore l'œuvre (*corpus mechanicum*), les contrats entre un auteur et un agent, les contrats conclus avec des distributeurs, etc.

(30) Néanmoins, les principes de l'interprétation restrictive et de l'écrit à titre probatoire (*cf. infra*) s'appliquent également à ces contrats.

prévues afin de protéger l'auteur. Enfin, certains *contrats particuliers*, tels que les contrats d'emploi et de commande, d'une part, les contrats d'édition, de représentation, de production et d'adaptation audiovisuelles, d'autre part, sont régis par des dispositions spéciales qui ont pour effet d'exclure l'application de certaines règles prévues pour les contrats d'exploitation en général.

11. On peut présenter sous la forme d'un tableau de synthèse la systématique des règles légales :



c) Cession ou licence

12. S'agissant des contrats d'exploitation, le législateur apporte encore une précision liminaire : « les droits patrimoniaux peuvent notamment faire l'objet d'une aliénation ou d'une licence simple ou exclusive » (art. XI.167, § 1^{er}, al. 1^{er} *in fine*). Les deux types de contrats les plus fréquents portant sur les droits économiques sont ainsi distingués, mais une multitude de contrats innommés peut être

envisagée, comme le suggère le terme « notamment » (31). On peut toutefois s'interroger sur la pertinence de cette distinction entre les différents types de contrats d'exploitation. Le législateur a souhaité rendre possible la cession des droits patrimoniaux, au sens de l'aliénation définitive des droits au profit du cocontractant. Ce faisant, il se démarque d'une partie de la doctrine belge et française qui récuse la possibilité d'une telle forme de contrat quant aux droits de l'auteur (32). Cette précision légale n'était pas tout à fait nécessaire dans la mesure où il s'agit là d'un principe acquis en droit belge, qui se trouve d'ailleurs consacré par la formulation de l'article XI.167, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er} : « Les droits patrimoniaux sont mobiliers, cessibles et transmissibles, *en tout* ou en partie, conformément aux règles du Code civil ».

Le cocontractant sera donc le plus souvent soit l'acquéreur du droit, soit le licencié, exclusif ou non ; dans tous ces cas, il sera « cessionnaire » au sens de la loi. Comme on le voit, la loi utilise les termes « cession » (art. XI.167, § 1^{er}, al. 4) ou « cessionnaire » (art. XI.167, § 3, al. 4), ou l'adjectif « cessible » (art. XI.167, § 1^{er}, 1^{re} phrase), dans un sens large pour couvrir les diverses formes d'exploitation du droit de l'auteur. Dans la pratique, on veillera à utiliser le terme « cession » dans son acception étroite et à distinguer les cessions des licences. En cas de doute quant à la nature de l'exploitation, la règle de l'interprétation restrictive conduira à considérer le contrat d'exploitation comme étant une licence. Par exemple, un contrat de cession pour une durée limitée pourra être interprété comme une licence n'accordant qu'un droit d'usage. De la même manière, certains considèrent, mais ceci est plus discutable, qu'une cession qui ne porte que sur une partie du territoire couvert par les droits de l'auteur constitue une licence (33).

(31) Le terme « notamment » pourrait faire référence à la possibilité de la mise en gage des droits de l'auteur sur l'œuvre.

(32) Voy. par exemple F. GOTZEN, « Gebreken en tekortkomingen van de Belgische auteurswet op het gebied van het contractenrecht », in J. CORBET (dir.), *Honderd jaar auteurswet*, Anvers, Kluwer, 1986, p. 36 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Paris, Litec, 2001, p. 391, n° 482. Cette doctrine, inspirée par la solution allemande, invoque notamment l'influence du droit moral pour justifier l'impossibilité de la cession au sens de l'aliénation.

(33) Voy. H. VANHEES, *Een juridische analyse van de grondslagen, inhoud en draagwijdte van auteursrechtelijke exploitatie contracten*, op. cit., n° 180.

§ 2. *Principes des contrats de droit d'auteur*

13. Trois principes s'appliquent à tous les contrats d'exploitation du droit d'auteur, c'est-à-dire à tous les actes juridiques bilatéraux relatifs à des prérogatives reconnues aux auteurs.

a) L'écrit à titre probatoire (art. XI.167, § 1^{er}, al. 2 (34))

14. Le législateur n'a pas fait de l'écrit une condition de validité du contrat d'exploitation du droit d'auteur(35). Ce type de contrat ne peut être considéré comme solennel, dès lors que la convention est valide dès l'échange des consentements(36). L'exigence de l'écrit(37) à titre de preuve ne vaut qu'« à l'égard de l'auteur » et ne pèse donc que sur ceux qui ont acquis des droits de l'auteur, titulaire originaire(38). Concrètement, dès lors qu'une personne se prévaut d'un droit sur une œuvre bénéficiant de la protection par le droit d'auteur, il doit pouvoir prouver l'existence de ce droit par un

(34) La règle est identique pour les artistes-interprètes (art. XI.205, § 3, al. 1^{er}, CDE).

(35) En ce sens, voy. not. A. CRUQUENAIRE, « La cession de droits d'auteur dans le cadre d'un contrat de commande », *op. cit.*, p. 63, note 3. Voy. toutefois le rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Erdman relatif à la proposition de loi relative au droit d'auteur, aux droits voisins et à la copie privée d'œuvres sonores et audiovisuelles, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 145/2, p. 26. Dans la proposition initiale, il était indiqué que « [s]ous peine de nullité, tous les contrats relatifs à l'exercice de ce droit doivent être dressés par écrit ». À la suite des débats, le texte mentionnait que ces contrats devaient être « établis par écrit ». Les travaux préparatoires considèrent qu'il y a lieu d'interpréter cette dernière expression comme une « condition d'existence du contrat, qui doit être remplie *ad solemnitatem* ». Le texte final a toutefois encore été modifié sur ce point, nous permettant de ne pas considérer, à l'heure actuelle, l'exigence de l'écrit comme une condition de validité du contrat.

(36) F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 313, n° 393 ; A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 4^e éd., coll. Création. Information. Communication, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 216, n° 125.

(37) Sur la forme de l'écrit, voy. Cass., 19 janvier 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 37. Voy. aussi, plus récemment, Liège, 20 mars 2014, *A.d.M.*, 2015/1, p. 74.

(38) En ce sens : Liège (14^e ch.), 4 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1586 ; Civ. Bruxelles (cess.), 16 octobre 1996, *A.d.M.*, 1996, 426, (les éditeurs ne sont pas des auteurs au sens de l'article 3 de l'ancienne loi sur le droit d'auteur, actuellement repris sous l'article XI.167 CDE) confirmé par Bruxelles, 28 octobre 1997, *A.d.M.*, 1997, p. 383. Voy. encore Liège (7^e ch.), 16 mars 1999, *Ing.-Cons.*, 1999, p. 392 (Dans cet arrêt, qui applique le droit néerlandais (prévoyant la même exigence quant à l'écrit que l'article 3, § 1^{er}, al. 2, LDA, l'actuel article XI.167, § 1^{er}, al. 2, CDE), la Cour d'appel de Liège décide que « l'écrit est nécessaire principalement dans le but de protéger l'auteur mais que vis-à-vis des tiers, la situation n'est pas la même en ce sens que l'écrit peut être remplacé par une déclaration dont il résulte que la cession est certaine ») ; Bruxelles (8^e ch.), 25 septembre 1997, *Ing.-Cons.*, 1997, p. 347 ; Bruxelles, 28 mars 1997, *I.R.D.I.*, 1997, p. 209 (à défaut de pouvoir apporter par écrit la preuve de l'existence d'un contrat de cession des droits d'exploitation, celle-ci peut être établie par divers éléments tels factures, correspondances, existence d'autres conventions et remise de la bande-mère).

écrit, authentique ou sous seing privé, à l'encontre de l'auteur (39). Ce dernier pourra en revanche établir l'existence et le contenu d'une convention par toutes voies de droit, telles qu'organisées par le Code civil (40). De même, en cas d'absence d'écrit, il demeure exceptionnellement possible de prouver à l'égard de l'auteur via le serment ou l'aveu (41). Tel n'est pas le cas pour le témoignage ou les présomptions. Ces deux modes de preuves ne pourront être utilisés à défaut d'écrit, même dans les circonstances de l'article 1347 du Code civil établissant le commencement de preuve par écrit (42). Quant à leur utilisation dans les circonstances prévues à l'article 1348 du Code civil – qui porte sur l'impossibilité (matérielle ou morale) de se procurer un écrit –, la doctrine ne semble pas tout à fait unanime. D'un côté, H. Vanhees rejette la possibilité de recourir à ces modes de preuve imparfaits dans toutes les circonstances mentionnées à l'article 1348. D'un autre, F. De Visscher et B. Michaux nuancent davantage en admettant que l'exigence de preuve écrite puisse trouver exception dans le seul cas d'une perte de cet écrit suite à un cas fortuit, un imprévu ou un cas de force majeure. Ils précisent à cet égard que « la preuve requise par la loi a bien existé et si l'auteur ne satisfait pas à son devoir de collaborer à la preuve (art. 871 C. jud.), la preuve par présomptions et témoins devrait être admise. Rien n'indique que l'on ait voulu pousser la rigueur de la règle jusqu'à exclure les effets normaux de la force majeure » (43).

Selon le texte de la loi, et tenant compte de la volonté du législateur de protéger l'auteur (44), « l'exigence de la preuve écrite vaut pour tous les *contrats* relatifs au droit d'auteur et non pas exclusivement pour les contrats d'exploitation » (45). Toute convention

(39) Il y a lieu de préciser qu'il a déjà été jugé que seule la preuve du consentement doit être faite par écrit, le consentement pouvant avoir été donné préalablement sous une autre forme que l'écrit (Turnhout, 7 janvier 1999, cité par F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit., p. 314, n° 393, note 13).

(40) Voy. Bruxelles (8^e ch.), 25 septembre 1997, *Ing.-Cons.*, 1997, p. 346 ; *Pas.*, 1996, II, p. 78.

(41) H. VANHEES, « De nieuwe wettelijke regeling inzake auteurscontracten », op. cit., p. 736, n° 17. L'aveu et le serment sont des modes dits parfaits. Voy. par exemple Anvers (1^{er} ch.), 29 juin 2009, *A.&M.*, 2010/2, p. 187.

(42) *Ibid.* ; F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit., p. 314, n° 393 ; Liège (14^e ch.), 10 avril 2008, *ICIP*, 2008, p. 631.

(43) F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit., p. 314, n° 393. Les auteurs renvoient à P.A. FORIERS, « Le contrat d'édition : formation – rédaction », in *Droit d'auteur et bande dessinée*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 91, n° 22.

(44) Voy., parmi d'autres, Liège (7^e ch.), 16 mars 1999, *Ing.-Cons.*, 1999, p. 392.

(45) M. MARKELLOU, *Le contrat d'exploitation d'auteur. Vers un droit d'auteur contractuel européen. Analyse comparative des systèmes juridiques allemand, belge, français et hellénique*,

relative aux droits à rémunération sera donc soumise à la règle de l'écrit. Dans la mesure où, en matière de droits moraux, l'auteur ne peut céder ses droits (prohibition des actes translatifs), mais peut seulement renoncer à les exercer (possibilité d'un acte abdicatif), la règle de l'écrit probatoire ne semble pas s'imposer. De même, dans le cadre de conventions qui ne règlent pas le sort des droits intellectuels de l'auteur, telles que, par exemple, la vente ou la mise en gage de l'objet qui incorpore l'œuvre, la règle de l'article XI.167, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, ne trouvera pas à s'appliquer. Dans ces cas, tout litige se réglera selon les modes de preuve prévus aux articles 1341 et suivants du Code civil ou selon les règles de preuve en matière commerciale (46).

Lorsque l'écrit est requis, son absence implique, non pas la nullité du contrat, mais bien une « impossibilité d'apporter légalement la preuve de l'octroi des droits par l'auteur » (47).

b) L'interprétation restrictive (art. XI.167, § 1^{er}, al. 3, CDE)

15. Interpréter équivaut à « rechercher [dans les conventions] quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes » (art. 1156 C. civ.). L'interprétation d'un contrat est l'une des phases les plus importantes de la vie d'une convention dès lors qu'elle intervient, le plus souvent, en cas d'application fautive des termes de l'accord de volonté. En faisant œuvre d'interprétation, le juge est au service du contrat et des parties contractantes. Ainsi, le magistrat doit se limiter « à ne sanctionner dans le contrat que ce qui apparaît comme le reflet réel de ce que les parties ont voulu » et ne doit pas s'arrêter « comme

coll. Création. Information. Communication, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 183, n° 307. Voy. aussi, sur une interprétation large de la notion de « contrat », H. VANHEES, « De nieuwe wettelijke regeling inzake auteurscontracten », *op. cit.*, p. 735, n° 17. Voy. aussi les n° 3, 4, 15 et 16. Voy. encore quelques critiques apportées par le même auteur sur cette exigence de l'écrit, H. VANHEES, « Auteurscontractenrecht : actuele situatie en toekomstperspectieven », *R. W.*, 1993-1994, p. 287.

(46) À ce sujet, voy. not. R. JAFFERALI, « La liberté de la preuve en matière commerciale, spécialement de la transaction », note sous Cass. (3^e ch.), 19 mars 2012, *R.C.J.B.*, 2014, pp. 662 à 724.

(47) M. MARKELLOU, *Le contrat d'exploitation d'auteur. Vers un droit d'auteur contractuel européen. Analyse comparative des systèmes juridiques allemand, belge, français et hellénique*, *op. cit.*, p. 186, n° 314. L'auteur renvoie à F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, *op. cit.*, p. 315, n° 393.

parfois, aux apparences qui rendent faussement simple la décision à prendre » (48).

Aussi fondamentale soit l'interprétation d'un contrat, il n'en reste pas moins qu'elle constitue aussi l'une des matières les plus délicates du droit (49). Établissant ce constat, le législateur a considéré qu'il était utile d'adopter différentes dispositions particulières régissant le domaine de l'interprétation des conventions. Dans le Code civil, neuf articles exposent les règles générales en matière d'interprétation des contrats. L'évolution du droit des contrats a amené le législateur (50), à côté de ces dispositions générales, à régir plus particulièrement des situations contractuelles et leur interprétation, souhaitant généralement protéger davantage l'une des parties en édictant des règles d'interprétation dite « préférentielle ».

Concrètement, l'article 1162 du Code civil, lorsqu'il précise que « dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation », crée une interprétation préférentielle en faveur de celui qui est affecté négativement par la clause (51). L'article 1602, alinéa 2, du Code civil, en matière de vente, procède de la même façon : « Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur » (52). Outre une réaction du législateur, les Cours et tribunaux ont, eux-aussi, contribué à l'essor de la règle de l'interprétation *contra profentem*. Selon cette règle, « en matière de contrats d'adhésion, il faut interpréter les dispositions

(48) A. GUILMOT, Y. NINANE, A. CRUQUENAIRE, « L'interprétation du contrat », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, II.1.5, janvier 2015 (suppl. 27), p. 3, n° 1.7.

(49) En ce sens, voy. E. DE CALLATAY, *Études sur l'interprétation des conventions*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1947, p. 5, cité par A. GUILMOT, Y. NINANE, A. CRUQUENAIRE, « L'interprétation du contrat », *op. cit.*, p. 3, note 1.

(50) A. CRUQUENAIRE, « L'incidence du droit commun des obligations sur les règles d'interprétation préférentielle : réflexions à partir de l'exemple des contrats relatifs au droit d'auteur », *R.G.D.C.*, 2008, p. 584, n° 1.

(51) Les termes de l'article 1162 du Code civil font eux-mêmes l'objet d'une interprétation. L'expression « celui qui a stipulé » doit en réalité se comprendre comme celui pour qui la clause est la plus favorable. Voy. A. GUILMOT, Y. NINANE, A. CRUQUENAIRE, « L'interprétation du contrat », *op. cit.*, p. 23, nos 4.46 et 4.47 ; Bruxelles (20^e ch.), 13 mai 2014, *T.B.O.*, 2014, p. 328.

(52) Voy. encore, pour ce qui concerne les contrats avec les consommateurs, l'article VI.37 CDE qui, en son § 2, énonce qu'« [e]n cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut » ; en ce qui concerne les contrats entre un titulaire d'une profession libérale et un consommateur, l'article XIV.18, § 2, al. 1^{er}, CDE qui précise qu'« [e]n cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut » ; en matière de contrats de partenariat commercial, l'article X.32 CDE qui soutient que « [l]es clauses de l'accord de partenariat commercial et les données du document particulier visé à l'article X.28, sont rédigées de manière claire et compréhensible. En cas de doute sur le sens d'une clause ou d'une donnée, l'interprétation la plus favorable pour la personne qui obtient le droit prévaut ».

contractuelles en faveur de la partie adhérente et donc au détriment de celui qui a imposé ses conditions générales » (53).

En ce qui concerne plus particulièrement l'objet de la présente contribution, il y a lieu de mettre en exergue deux dispositions du Code de droit économique consacrant un régime d'interprétation préférentielle en faveur d'une part, de l'auteur, d'autre part, de l'artiste-interprète. L'article XI.167, paragraphe 1^{er}, alinéa 3, du Code de droit économique précise que « [l]es dispositions contractuelles relatives au droit d'auteur et à ses modes d'exploitation sont de stricte interprétation ». Les mêmes termes sont repris à l'article XI.205, paragraphe 3, alinéa 2, pour ce qui concerne « [l]es dispositions contractuelles relatives aux droits de l'artiste-interprète ». Découle de ces articles la règle selon laquelle il convient de retenir l'interprétation la plus favorable à l'auteur ou à l'artiste-interprète.

16. La création de ces règles pose la question de leur articulation au regard du droit commun des contrats et des dispositions générales d'interprétation qu'il contient. Les règles d'interprétation préférentielle n'ont pas pour objectif d'exclure purement et simplement le droit commun des contrats sous prétexte qu'une législation particulière organiserait un dispositif interprétatif différent. La lecture de l'article XI.167, paragraphe 1^{er}, dans son ensemble confirme que « [l]es droits patrimoniaux sont mobiliers, cessibles et transmissibles, en tout ou en partie, conformément aux règles du Code civil » (54). Cette référence explicite implique que les contrats conclus par les auteurs s'inscrivent plus largement dans la théorie générale des contrats (55).

Bien que connue depuis longtemps (bien avant sa codification) (56), la règle de l'interprétation préférentielle en faveur de l'auteur n'est applicable, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation (57), que si la convention est peu claire ou qu'elle utilise des

(53) P. WÉRY, « L'interprétation des contrats d'adhésion en cas d'ambiguïté ou d'obscurité de leurs clauses », note sous Liège, 24 avril 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1374.

(54) Nous soulignons.

(55) A. CRUQUENAIRE, « L'incidence du droit commun des obligations sur les règles d'interprétation préférentielle : réflexions à partir de l'exemple des contrats relatifs au droit d'auteur », *op. cit.*, p. 591, n° 16.

(56) Voy. les références citées par H. VANHEES, « De nieuwe wettelijke regeling inzake auteurscontracten », *op. cit.*, p. 739, n° 28, notes 36 et 37.

(57) Voy. les anciens arrêts de la Cour de cassation : Cass., 13 février 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 44 ; Cass., 11 novembre 1943, *Pas.*, 1944, I, p. 49. Voy. encore l'arrêt du 28 septembre 1990, R.G. n° 6775

formulations donnant lieu à des interprétations diverses(58). Ce n'est qu'en cas de doute quant à la portée véritable de la convention, doute que le juge n'aura pu soulever en interrogeant la commune intention des parties, que la cession des droits s'interprète restrictivement en faveur de l'auteur et qu'il appartient à l'acquéreur de prouver l'étendue des droits acquis(59). C'est donc à titre subsidiaire, après l'application de l'article 1156 du Code civil, que ce régime protecteur s'applique(60).

17. En ajoutant à cette règle de l'interprétation une exigence relative aux mentions obligatoires, le législateur a souhaité prévenir la rédaction de clauses rédigées de manière tout à fait générale, telles que « [l']auteur cède à l'exploitant tous ses droits sur l'œuvre, quels qu'ils soient, et ce pour toute la durée de la protection de l'œuvre » ; en effet, la seule règle de l'interprétation restrictive ne permet nullement de protéger l'auteur contre de telles clauses(61). Le caractère impératif de la règle de l'interprétation restrictive ne permettra pas aux parties de l'écarter dans le contrat.

18. Le droit commun des contrats influence et restreint en certains points le principe de l'interprétation en faveur de l'auteur(62).

cité par B. DAUWE, « Overeenkomsten in het oude en in het nieuwe auteursrecht », in F. GOTZEN (ed.), *Belgisch auteursrecht van oud naar nieuw - Le renouveau du droit d'auteur en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 260. Voy. aussi Civ. Bruxelles, 12 novembre 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 918 ; Bruxelles, 25 février 1999, *I.R.D.I.*, 1999, p. 93.

(58) H. VANHEES, « De nieuwe wettelijke regeling inzake auteurscontracten », *op. cit.*, p. 740, n° 29.

(59) Voy. l'article 1162 C. civ. Pour une application, voy. Cass. (1^{re} ch.), 5 juin 2014, *R.W.*, 2014-2015, p. 1543 (sommaire), note ; *Arr. Cass.*, 2014/6-7-8, p. 1418 (avec les concl. de A. VAN INGELGEM) ; Bruxelles (9^e ch.), 12 novembre 1998, *Ing.-Cons.*, 1999, p. 84. Voy. aussi J.-C. LARDINOIS, *Les Contrats commentés de l'industrie de la musique 2.0. Cadre général et pratique contractuelle*, 2^e éd., coll. Création. Information. Communication, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 28 ; F. DE PATOUL, « Logiciels libres et droit d'auteur : les droits moraux et les règles contractuelles », in *Les logiciels libres face au droit*, Cahiers du GRID, n° 25, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 120, n° 184.

(60) A. GUILMOT, Y. NINANE, A. CRUQUENAIRE, « L'interprétation du contrat », *op. cit.*, p. 25, n° 4.64 ; A. CRUQUENAIRE, « L'incidence du droit commun des obligations sur les règles d'interprétation préférentielle : réflexions à partir de l'exemple des contrats relatifs au droit d'auteur », *op. cit.*, p. 588, n° 10. Voy. aussi S. CARNEROLI, *Les contrats commentés du monde informatique. Logiciels, bases de données, multimédia, internet*, 2^e éd., coll. Création. Information. Communication, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 54.

(61) Dans ce sens, voy. H. VANHEES, « De nieuwe wettelijke regeling inzake auteurscontracten », *op. cit.*, p. 740, n° 30.

(62) Sur la portée exacte de ce principe d'interprétation, voy. not. A. CRUQUENAIRE, « L'incidence du droit commun des obligations sur les règles d'interprétation préférentielle : réflexions à partir de l'exemple des contrats relatifs au droit d'auteur », *op. cit.*, pp. 589-590, n° 14 ; A. CRUQUENAIRE, *L'interprétation en droit d'auteur*, coll. Création. Information. Communication, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 39 et s., n° 34 et s.

Reprenant les enseignements d'Alexandre Cruquenaire, plusieurs éléments peuvent être succinctement présentés (63).

1° L'interprétation en droit d'auteur et la détermination de l'objet du contrat

19. La détermination d'un objet est essentielle à la formation d'un contrat. Il est, à ce titre, requis que l'objet soit possible, licite, déterminé ou, du moins, déterminable. Le fait, pour les parties, de déterminer avec précision l'objet de leur accord de volonté présente une incidence directe sur le recours possible ou non à l'interprétation en faveur du contrat. En effet, dès lors que le régime spécial établi par l'article XI.167 est subsidiaire à la recherche de la commune intention des parties, le juge doit tenir compte de l'interprétation qu'il considère comme étant la commune intention des parties, même si celle-ci n'est pas en faveur de l'auteur (64).

Dans son œuvre interprétative, le juge doit encore tenir compte d'une jurisprudence constante confirmée par la Cour de cassation qui précise qu'est nulle, toute clause qui viderait le contrat de sa substance (65). Le juge ne peut donc pas, sous prétexte d'appliquer le principe de l'interprétation préférentielle, aboutir à vider la convention de son objet. Dans le même sens, il est permis de rappeler l'article 1157 du Code civil qui indique que « [I]orsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun » (66).

(63) Dans la plupart de ses contributions relative au sujet de l'interprétation en droit d'auteur, l'auteur distingue plusieurs instruments du droit commun des contrats pouvant avoir une incidence sur la règle de l'interprétation préférentielle. L'auteur classe ces instruments en deux catégories : ceux présentant une incidence en amont, « jouant un rôle sur la définition du champ d'application du principe d'interprétation » et ceux ayant une influence en aval, « exerçant une influence sur la mise en œuvre du principe étudié » (voy. not. A. CRUQUENAIRE, « L'interprétation des contrats relatifs au droit d'auteur », *op. cit.*, p. 417, n° 8 ; A. CRUQUENAIRE, « L'incidence du droit commun des obligations sur les règles d'interprétation préférentielle : réflexions à partir de l'exemple des contrats relatifs au droit d'auteur », *op. cit.*, p. 591, n° 17). Seules les incidences en amont feront l'objet d'un bref exposé dans le cadre de cette contribution.

(64) A. CRUQUENAIRE, « L'incidence du droit commun des obligations sur les règles d'interprétation préférentielle : réflexions à partir de l'exemple des contrats relatifs au droit d'auteur », *op. cit.*, p. 591, n° 17.

(65) Voy. not. Cass. (1^{re} ch.), 26 mars 2004, *Arr. Cass.*, 2004, p. 537 ; *Pas.*, 2004, p. 513 ; *R.W.*, 2007-2008, p. 83 ; Bruxelles (16^e ch.), 31 janvier 2014, *R.G.A.R.*, 2015/4, n° 15171.

(66) Voy. sur cette disposition, A. GUILMOT, Y. NIXANE, A. CRUQUENAIRE, « L'interprétation du contrat », *op. cit.*, pp. 19 et 20.

Outre les deux principes exposés ci-dessus, il convient de préciser que l'influence que l'objet peut avoir sur la règle de l'interprétation en faveur du droit d'auteur dépend fortement des termes utilisés par les parties pour déterminer plus ou moins précisément le contenu de leur convention. Une définition en des termes vagues de l'objet du contrat a pour conséquence des difficultés à établir la commune intention des parties, impliquant un recours plus systématique à l'interprétation en faveur de l'auteur. En revanche, une précision plus accrue de cet objet conditionne plus rigoureusement le juge à s'en tenir à la volonté affichée par les parties dans la convention. Il y a renforcement de « l'interprétation en faveur de l'auteur lorsque les exploitations litigieuses excèdent l'objet tel que défini par les parties dans leur convention. Elle pourra, par contre, exclure l'application du principe lorsque la définition précise de l'objet indique une intention claire des parties de permettre les exploitations litigieuses » (67).

2° L'interprétation en droit d'auteur, l'équité et l'usage

20. Selon l'article 1135 du Code civil, « [l]es conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » (68). Une relation contractuelle est non seulement fixée par ce qui figure *expressis verbis* dans la convention, mais elle est aussi encadrée par l'équité et l'usage. Ces règles supplétives s'appliquent « par défaut, lorsque les parties n'ont pas envisagé un point de leur relation contractuelle » (69).

L'article 1135, disposition supplétive, semble faire face à l'article XI.167, paragraphe 1^{er}, alinéa 3, du Code de droit économique, celui-ci étant une disposition subsidiaire. Comment faut-il alors articuler ces deux dispositions ? Selon A. Cruquenaire, la nature même de la règle supplétive offre une réponse à la question, puisqu'une telle disposition constitue une règle par défaut. Dès lors, l'article 1135 du Code civil doit

(67) A. CRUQUENAIRE, « L'interprétation des contrats relatifs au droit d'auteur [...] », *op. cit.*, p. 591, n° 17.

(68) Sur ce principe, voy. C. DELFORGE, « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature », in *Droit des obligations*, Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2011, pp. 7 à 78.

(69) A. CRUQUENAIRE, « L'incidence du droit commun des obligations sur les règles d'interprétation préférentielle : réflexions à partir de l'exemple des contrats relatifs au droit d'auteur », *op. cit.*, p. 592, n° 18.

s'inscrire comme une extension de la commune intention des parties. En effet, il y a application d'une règle supplétive, sans même que les cocontractants n'aient à le préciser, aussi longtemps que les parties au contrat n'ont pas clairement adopté une clause particulière allant dans un sens contraire au contenu de la règle en question. Par conséquent, l'article 1135 doit primer sur le principe d'interprétation en faveur de l'auteur. Dès lors qu'il y a d'abord lieu de rechercher la commune intention des parties avant l'application de l'interprétation préférentielle, il y a aussi lieu d'écarter le régime favorable aux auteurs (70).

Cependant, dès lors que la règle de l'interprétation restrictive inscrite dans le Code de droit économique constitue une disposition subsidiaire, son application se fait aussi par défaut. Afin de renforcer alors l'articulation proposée entre les deux dispositions précitées, nous pouvons rappeler qu'outre l'article 1135 du Code civil, il faut aussi tenir compte de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil qui impose le principe du respect de la bonne foi (71). *A priori*, ce principe ne peut être considéré comme étant supplétif. Appliquant ce principe, le juge ne pourra toutefois en aucun cas imposer des obligations supplémentaires qui seraient inconciliables avec la volonté commune des parties (72).

3° L'interprétation en droit d'auteur et la théorie de l'apparence

21. Selon R. Kruithof, « [l]e droit apparent est un droit imaginaire, à l'existence duquel on croit, mais qui ne repose sur aucune base réelle, en d'autres termes, une situation juridique imaginaire, démentie par une analyse approfondie de l'hypothèse » (73).

(70) Voy. le raisonnement tenu par A. CRUQUENAIRE, *L'interprétation des contrats en droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 386 ; A. CRUQUENAIRE, « L'interprétation des contrats relatifs au droit d'auteur [...] », *op. cit.*, p. 419, n° 10.

(71) Sur la notion de bonne foi et son application dans l'interprétation des conventions, voy. not. I. DURANT, « L'économie des mandats irrévocablement donnés de constituer une hypothèque », note sous Cass. (1^{re} ch.), 26 mars 2006, *Rev. prat. soc.*, 2010/1-2, pp. 229 à 244, et spéc. pp. 234 à 240.

(72) *Ibidem*. Voy. aussi Cass. (1^{re} ch.), 5 juin 2014, *R.W.*, 2014-2015, p. 1543 (sommaire), note ; *Arr. Cass.*, 2014/6-7-8, p. 1418 (avec les concl. De A. VAN INGELGEM).

(73) R. KRUIHOF, « La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase », note sous Cass. 20 juin 1988, *R.C.J.B.*, 1991, p. 54. Voy. aussi A. BOUCQUEY, « La théorie de l'apparence », *Obligations. Traité théorique et pratique*, II.5.1-1 – II.5.3-2, suppl. 5, Kluwer, janvier 2004, 11 p. ; S. STIJNS, I. SAMOV, « La confiance légitime en droit des obligations », in S. STIJNS, P. WÉRY (dir.), *Les sources d'obligations extracontractuelles*, Série « Alliance de recherche en droit des obligations », Bruxelles, La Chartre, pp. 47 à 98 ; S. STIJNS, I. SAMOV, « La confiance légitime en droit privé des contrats », in *Rapports belges au Congrès de l'Académie Internationale de Droit comparé à Utrecht*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 223 à 280.

Partant d'une situation non conforme à la réalité, la théorie de l'apparence permet de conférer des droits découlant de cette situation, comme si cette dernière correspondait à la réalité. Cette théorie, applicable dans les relations contractuelles (tant au stade de la formation du contrat qu'à celui de son exécution ou de son extinction (74)) trouve à s'appliquer, notamment dans les conventions relatives au droit d'auteur. Selon A. Cruquenaire, elle « pourrait avoir pour effet d'intégrer une forme d'exploitation dans le champ de la commune intention des parties (on fait comme si les parties avaient voulu...) » (75), et permet alors de limiter le principe d'interprétation préférentielle.

Cependant, il y a lieu d'indiquer que la théorie de l'apparence, dans l'interprétation du contrat, ne dispose pas d'une place importante pour plusieurs raisons. Premièrement, les articles 1134, alinéa 3, et 1135 du Code civil limitent la portée de la théorie de l'apparence dès lors qu'ils jouent d'ores et déjà un rôle important dans le fait de compléter les termes du contrat. Deuxièmement, la théorie de l'apparence est subsidiaire, en ce sens qu'elle doit être écartée chaque fois qu'une disposition légale règle la matière. Dès lors que l'interprétation reçoit une réglementation importante dans le Code civil, la théorie de l'apparence est tenue en échec dans ce domaine (76).

c) L'indépendance du droit d'auteur par rapport à l'objet matériel (art. XI.167, § 1^{er}, al. 3)

22. L'article XI.167, paragraphe 1^{er}, alinéa 3, prévoit que la cession de l'objet qui incorpore une œuvre n'emporte pas la cession des prérogatives patrimoniales (et encore moins morales) de son auteur (77). Elle est en outre complétée par l'attribution à l'auteur d'un droit complémentaire à ses droits exclusifs, le droit d'accéder à

(74) A. BOUCQUEY, « La théorie de l'apparence », *op. cit.*, p. 218.

(75) A. CRUQUENAIRE, « L'interprétation des contrats relatifs au droit d'auteur [...] », *op. cit.*, p. 419, n° 10. Voy. aussi A. CRUQUENAIRE, « L'incidence du droit commun des obligations sur les règles d'interprétation préférentielle : réflexions à partir de l'exemple des contrats relatifs au droit d'auteur », *op. cit.*, p. 593, n° 19.

(76) C. VERBRUGGEN, « La théorie de l'apparence : quelques acquis et beaucoup d'incertitudes », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 310 ; A. BOUCQUEY, « La théorie de l'apparence », *op. cit.*, p. 218 ; A. CRUQUENAIRE, « L'incidence du droit commun des obligations sur les règles d'interprétation préférentielle : réflexions à partir de l'exemple des contrats relatifs au droit d'auteur », *op. cit.*, p. 419, n° 11.

(77) Pour un exemple, voy. J.P. Liège (1^{er} cant.), 30 mai 1997, *A & M*, 1997, p. 300.

son œuvre (typiquement, l'original d'une œuvre plastique), afin de pouvoir exercer ses droits économiques (non cédés), tel que son droit de reproduction graphique. Ce droit pourra être exercé à l'encontre du propriétaire de l'objet incorporant l'œuvre. L'auteur exercera ce droit de manière raisonnable. En cas de conflit, les parties en référeront au juge afin de déterminer les modalités du droit d'accès.

§ 3. Règles générales des contrats d'exploitation

23. Quatre règles s'appliquent à tous les contrats primaires d'exploitation (78), par lesquels l'auteur octroie à un cocontractant le droit d'exploiter son œuvre, sauf si ces règles sont écartées par application des dispositions relatives à certains contrats spéciaux.

a) Les mentions obligatoires (art. XI.167, § 1^{er}, al. 4)

24. En vertu de cette règle qui a fait l'objet de vifs débats, « pour chaque mode d'exploitation, la rémunération de l'auteur, l'étendue et la durée de la cession doivent être déterminées expressément ». L'objectif du législateur « est d'obliger les parties à négocier clairement l'étendue des droits consentis par l'auteur et d'ainsi faire prendre conscience à celui-ci du niveau de sa rémunération au regard des possibilités d'exploitation très diverses et potentiellement très lucratives demandées par son cocontractant » (79). À défaut de l'une de ces mentions pour chaque mode d'exploitation, la cession n'a pas lieu (80) : « [l]a forme conditionne le fond » (81).

En imposant les mentions obligatoires relatives à la rémunération de l'auteur, à l'étendue et à la durée de la cession pour chaque mode d'exploitation, le législateur a souhaité que les parties veillent à circonscrire la portée de la cession. Les clauses se limitant à prévoir « la cession entière et en pleine propriété de toutes les prérogatives sur l'œuvre » ne pourront produire d'effets.

(78) Sur les contrats primaires d'exploitation, voy. *supra*, n° 10.

(79) F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit., p. 320, n° 400.

(80) H. VANHEES, « De nieuwe wettelijk regeling inzake auteurscontracten », op. cit., p. 738, n° 24 ; F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit., p. 320, n° 400.

(81) A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, op. cit., p. 227, n° 135 ; *ibid.*

1° Les modes d'exploitation

25. Si on applique cette disposition de manière rigoureuse, les contrats devront comporter une liste fort détaillée de tous les modes d'exploitation, ce qui en matière de télédiffusion, par exemple, signifiera que plusieurs variantes devront être reprises avec, pour chacune, la rémunération de l'auteur, l'étendue et la durée de la cession (pour l'exploitation par ondes hertziennes, par câble, par satellite, sous forme de TV à péage, dans les hôtels, etc.). Ainsi, prise à la lettre, cette disposition imposerait une minutie qui, dans la pratique, semble clairement irréalisable.

L'expression « mode d'exploitation » ne fait l'objet d'aucune définition légale. Les travaux préparatoires à la loi de 1994 permettent toutefois d'apporter quelques éclaircissements. Ils semblent distinguer la « forme d'exploitation » (expression reprise à l'article XI.167, § 1^{er}, al. 6, voy. *infra*, n° 35) du « mode d'exploitation », la première renvoyant à l'idée d'une technique, le second pointant davantage une « catégorie plus large d'actes d'exploitation » (82). Reprenant ces enseignements, F. De Visser et B. Michaux considèrent le mode d'exploitation comme « une catégorie d'actes d'exploitation, définie à la fois par le droit patrimonial concerné (reproduction, communication) et par un domaine concret, quoique formulé en termes généraux, d'actes visés » (83). En précisant que la mention doit se faire « en termes généraux », la définition proposée rencontre l'exigence de précision visée par l'article XI.167, paragraphe 1^{er}, alinéa 3. En effet, les travaux parlementaires ont, fort heureusement, indiqué que cette contrainte ne doit « pas être interprétée dans un sens trop restrictif mais de manière opérante » et qu'il n'est « pas nécessaire que chaque mode distinct d'exploitation soit spécifié de manière détaillée » (84). Le Rapport des débats à la Chambre propose une liste de différents modes d'exploitation pour chaque

(82) F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit., p. 321, n° 401. Voy. aussi A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, op. cit., p. 224, n° 132.

(83) F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit.

(84) Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. DE CLERCK, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1991-1992, n° 473/33, pp. 119-120.

type d'œuvre (85). Cette liste non exhaustive d'exemples doit être lue avec une certaine prudence, tant elle paraît incomplète sur plusieurs points. Ainsi, « [i]l appartiendra à la jurisprudence d'indiquer le degré de précision nécessaire pour l'acquisition des droits. [...] En cas d'interrogation, les usages ou la pratique professionnelle pourront aider à déterminer l'étendue de l'exploitation cédée » (86). À ce titre, le recours à l'article 1135 du Code civil ainsi qu'à l'interprétation en faveur de l'auteur permettent notamment de suppléer l'éventuel manque de précision dans la détermination des modes d'exploitation (87). Cependant, la règle inscrite à l'article XI.167, paragraphe 1^{er}, alinéa 4, aboutit « à la conclusion que l'auteur est présumé avoir cédé le moins de droit

(85) Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. DE CLERCK, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1991-1992, n° 473/33, p. 128. Cette liste se présente comme suit :

En matière d'œuvres littéraires et d'œuvres dramatiques

1. Droits primaires
 - droit de reproduction (édition)
 - droit de traduction
2. Droits secondaires
 - droit d'adaptation graphique (autres présentations que l'édition originale - éditions de poche, condensées, abrégées, roman-photo, bande dessinée, etc.)
 - droit de représentation
3. Droits dérivés
 - droit de reproduction sonore et audiovisuelle
 - droit d'adaptation théâtrale, audiovisuelle
 - droits dérivés de merchandising, réalisation publicitaire

En matière d'œuvres audiovisuelles

1. Droits primaires
 - droit de fixation sur support original (pellicule, analogique, numérique, etc.)
 - droit de reproduction sur support original (pellicule, analogique, numérique, etc.)
 - droit de communication au public - en salle
 - en télévision primaire (à péage ou non)
 - par câble ou satellite
2. Droits secondaires
 - droit de reproduction sur d'autres supports audiovisuels
 - droit d'adaptation graphique
3. Droits dérivés
 - droit dérivés de merchandising, publicité

En matière d'œuvres plastiques, graphiques et photographiques

1. Droits primaires
 - droit de reproduction sur tout support
 - droit de représentation
2. Droits secondaires
 - droit d'adaptation
3. Droits dérivés
 - droits dérivés de merchandising, publicité

(86) A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, op. cit., p. 220, n° 127.

(87) *Ibid.*

possible » (88), et à ce titre rejoint le principe de l'interprétation restrictive en faveur de l'auteur.

26. L'exigence imposée par l'article XI.167, paragraphe 1^{er}, alinéa 4, pourrait aboutir à limiter la portée du paragraphe 1^{er} de cette même disposition. Celle-ci précise que les droits patrimoniaux de l'auteur peuvent être cédés, « en tout ou en partie ». Pratiquement, comme le souligne H. Vanhees, il semble quasiment impossible de pouvoir prévoir une cession de l'ensemble de ces droits dès lors qu'il semble utopique de pouvoir indiquer, par écrit, tous les modes d'exploitation, même de façon non détaillée (89).

En outre, la règle de l'article XI.167, paragraphe 1^{er}, alinéa 4, confirme concrètement le recours à l'écrit (tel qu'il découle déjà de l'article XI.167, § 1^{er}, al. 2), sans en faire une condition de validité, pour les contrats entre auteurs et exploitants. Une telle règle ne requiert cependant pas qu'un contrat séparé soit conclu pour chaque mode d'exploitation.

Cette règle introduit une certaine insécurité contractuelle (on se demandera si tous les modes d'exploitation ont été visés), sans nécessairement contribuer à protéger les créateurs (90). En effet, à l'initiative des exploitants, des listes types de modes d'exploitation se sont développées par secteur d'activité.

27. Quoique la loi ne l'exige pas expressément, le contrat devra indiquer les différents droits concédés, à commencer par les droits expressément consacrés par la loi (voy. art. XI.165, § 1^{er}), soit les droits de communication au public, de reproduction ainsi que les droits d'adaptation et de traduction, de location et de prêt. La notion de « mode d'exploitation » complète celle de « droit concédé » en délimitant le domaine d'exploitation de ces derniers.

La loi ne définissant pas les modes d'exploitation, on peut recenser ceux-ci par catégorie générale. La liste reprise en note (91)

(88) M. MARKELLOU, *Le contrat d'exploitation d'auteur. Vers un droit d'auteur contractuel européen. Analyse comparative des systèmes juridiques allemand, belge, français et hellénique*, op. cit., p. 73, n° 98. Sur des cas d'application concrets de cet article, voy., dans le même ouvrage les notes 278 à 280.

(89) H. VANHEES, « De nieuwe wettelijke regeling inzake auteurscontracten », op. cit., p. 738, n° 23.

(90) Sur les réserves quant à la protection du créateur, voy. aussi. A BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, op. cit., p. 119, n° 219.

(91) 1) Le droit de reproduction

– la reproduction par procédé manuel

constituerait de ce fait une sorte de *minimum minimorum* en-deçà duquel l'étendue des prérogatives cédées ne serait pas suffisamment précisée, l'objectif étant d'éviter de donner à l'exploitant une sorte de « chèque en blanc ». En pratique, les parties détailleront elles-mêmes, en fonction notamment de leur secteur d'activité ou du type d'œuvre, les modes d'exploitation faisant l'objet du contrat et feront référence pour chaque droit cédé au support utilisé (par exemple, la reproduction dans un livre ou sur CD-ROM) ou à la destination de l'œuvre (par exemple, l'utilisation pour du *merchandising*).

Le cas échéant, une description détaillée des modes d'exploitation cédés devra être reprise au contrat, sous peine d'introduire un doute quant à la volonté des parties. Cette exigence résultera le plus souvent de la particularité de l'œuvre ou de l'activité de la partie qui exploite l'œuvre. Par exemple, dans le cas d'un contrat d'exploitation entre un auteur de bandes dessinées et un imprimeur spécialisé en cartes postales, il devra être précisé que l'exploitation de l'œuvre comprend la reproduction sous forme de cartes postales. À défaut de le faire, l'auteur pourra invoquer la règle de l'interprétation restrictive afin de limiter la portée de la cession visant la « reproduction de l'œuvre par tout procédé manuel et mécanique ».

2° Les mentions requises : durée, étendue, rémunération

28. Si le législateur n'impose pas une liste détaillée des modes d'exploitation, il exige toutefois que la durée et l'étendue de la cession ainsi que la rémunération de l'auteur soient précisées pour chaque mode d'exploitation.

- la reproduction par tout procédé mécanique
- la reproduction par tout procédé électronique ou numérique
- 2) Le droit de communication au public
 - la communication au public par tout procédé de communication directe
 - la communication au public par tout procédé de télécommunication
- 3) Le droit de traduction
- 4) Le droit d'adaptation
 - l'adaptation graphique/plastique
 - l'adaptation littéraire
 - l'adaptation musicale
 - l'adaptation audiovisuelle
- 5) Le droit de location et/ou de prêt.

i. La rémunération de l'auteur

29. Bien que les parties aient l'obligation de mentionner pour chaque mode d'exploitation la rémunération de l'auteur, celles-ci recouvrent leur pleine et entière liberté contractuelle lorsqu'il s'agit d'en fixer le montant, celui-ci pouvant d'ailleurs être égal à zéro (92). Cette liberté semble d'ailleurs ne pas cadrer parfaitement avec l'objectif de protection de l'auteur dès lors que ce dernier pourrait se retrouver, dans les négociations, en position de faiblesse face à son cocontractant dans la détermination de la rémunération (93). Quant à la forme de cette rémunération, la liberté est aussi de mise : elle peut être forfaitaire, sous la forme d'un pourcentage des revenus résultant du mode d'exploitation concerné, nette ou brute (94).

L'article XI.167, paragraphe 1^{er}, alinéa 4, précise que la rémunération (tout comme la durée et l'étendue) doit être précisée « expressément » (95). Ceci signifie pratiquement qu'elle peut être mentionnée expressément et séparément, pour chaque mode d'exploitation envisagé dans le contrat, mais qu'une rémunération unique et globale est acceptable, pour autant qu'il résulte expressément du contrat que cette rémunération vaut pour l'ensemble des modes d'exploitation cédés (96).

ii. La durée

30. La durée de la cession sera précisée librement même si celle-ci coïncidera dans la plupart des cas avec celle du contrat.

(92) Voy. toutefois un considérant de la directive 2001/29/CE qui considère que l'auteur, en contrepartie de la cession de ses droits d'exploitations, doit recevoir une rémunération « appropriée » (considérant 10 de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.*, L 167, 22 juin 2002).

Voy. aussi les quelques développements sur la question d'une absence de contrepartie par H. VANHEES, « De nieuwe wettelijke regeling inzake auteurscontracten », *op. cit.*, pp. 740 et 741, n^o 33 à 35.

(93) M. MARKELLOU, *Le contrat d'exploitation d'auteur. Vers un droit d'auteur contractuel européen. Analyse comparative des systèmes juridiques allemand, belge, français et hellénique*, *op. cit.*, p. 210, n^o 352 ; H. VANHEES, « De nieuwe wettelijke regeling inzake auteurscontracten », *op. cit.*, pp. 741-742, n^o 36.

(94) *Comp. not.* avec les exigences propres au contrat d'édition (art. XI.196 CDE) et celles relatives aux contrats portant sur les œuvres audiovisuelles (art. XI.184 CDE).

(95) Initialement, le texte recourait à l'adverbe « séparément ».

(96) Dans le même sens, voy. A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 220, n^o 128. Cette rémunération globale pourrait, à nouveau, être égale à 0.

La cession des droits pour toute la durée de la propriété intellectuelle s'apparente à une aliénation des droits (97). La cession consentie pour la durée de la propriété artistique ou littéraire qui, selon l'article XI.166, « se prolonge durant septante ans après le décès de l'auteur », prend donc fin septante ans après la mort de l'auteur, au moment où l'œuvre tombe dans le domaine public. On pourrait s'interroger sur la validité d'une telle cession dans la mesure où sa durée semble forcément indéterminée dès lors qu'elle dépend de la durée de vie de l'auteur. À notre avis, une telle durée doit toutefois être considérée comme étant déterminable, ce qui nous permet en définitif de conclure à la validité de ce type de clause (98).

La cession des droits pour une durée indéterminée paraît possible, moyennant l'énonciation expresse du caractère indéterminé : « dans un tel cas, conformément au droit commun, chaque partie peut résilier le contrat *ad nutum*, en principe sans préavis ni indemnité sauf si les parties l'ont prévu ou si les circonstances rendent abusive une résiliation immédiate et causant préjudice » (99). Une lecture rapide de l'article XI.167, paragraphe 1^{er}, alinéa 3, aboutirait à considérer la clause comme étant nulle dès lors que la durée n'est pas *expressément* déterminée pour chaque mode d'exploitation. Toutefois, « cette détermination peut résulter d'autres dispositions convenues entre les parties, puisque l'obligation de mentionner la durée est l'application d'une règle d'interprétation des contrats. Ainsi, la durée d'une cession de la propriété des droits d'auteur serait nécessairement égale à celle de la propriété littéraire même si la précision ne figure pas en toutes lettres dans la convention des parties, pourvu que la nature de la cession soit certaine » (100).

(97) Voy., à ce titre, l'article XI.201 du CDE qui concerne les contrats de représentation. L'article, qui utilise d'ailleurs les termes « aliénation » et « licence », limite en outre la durée de telles cessions à trois années.

(98) Cette hypothèse rejoint celle d'une obligation assortie d'un terme extinctif dépendant de la mort d'une des parties (terme extinctif indéterminé). La validité d'une telle modalité est incontestée en droit commun.

(99) F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit., p. 324, n° 404 ; A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, op. cit., p. 221, n° 129. Voy. toutefois ce dernier auteur qui semble considérer, en cas de durée indéterminée, qu'une résiliation est envisageable, moyennant un préavis raisonnable.

Pour une référence au droit commun, voy. Cass. (1^{re} ch.), 7 juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1317 ; *R.W.*, 2013-2014, p. 903 (sommaire), note.

(100) A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, op. cit., p. 221, n° 129.

La mention d'une durée unique et globale pour tous les modes d'exploitation prévus au contrat est également possible, selon le même raisonnement que celui tenu pour la rémunération de l'auteur.

Enfin, en cas de doute, les règles relatives à l'interprétation du contrat ainsi que, subsidiairement la règle de l'interprétation préférentielle en faveur de l'auteur, trouveront à s'appliquer.

iii. L'étendue de la cession

31. Par étendue de la cession, il faut entendre le territoire géographique de celle-ci (101). Selon certains, l'aliénation des droits n'est valable que si elle porte sur l'ensemble du territoire où sont en vigueur les droits de l'auteur, le contrat devant par conséquent utilement faire référence au monde entier, ou du moins aux États signataires de la Convention de Berne. En outre, « [l']extension géographique considérable et quasi instantanée de la diffusion des œuvres par les réseaux informatiques appelle évidemment à la prudence et à la précision » (102). À cet égard, les évolutions du numérique semblent rendre quasiment obligatoire les cessions applicables à l'ensemble des États jouissant d'une protection par le droit d'auteur. Ce constat amène S. Joly à indiquer que « le lieu nous semble constituer un critère à dépasser. En effet, il s'applique particulièrement mal aux nouveaux moyens de communication et aux nouveaux modes d'exploitation "transfrontalière" de l'œuvre » (103).

3° La sanction en cas de non-respect

32. Le législateur est resté muet quant à la sanction en cas de non-respect de la règle précitée, ce qui constitue une lacune importante de la loi. S'il paraît logique de conclure à la nullité relative (104) de la clause qui ne respecte pas les règles impératives prévues par le

(101) Voy. en ce sens le Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. De Clerck, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1991-1992, n° 473/33, p. 135.

(102) F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit., p. 324, n° 403.

(103) S. JOLY, *La création artistique et l'ordre public*, Thèse, Montpellier, I, 1999, n° 294, cité par M. MARKELLOU, *Le contrat d'exploitation d'auteur. Vers un droit d'auteur contractuel européen. Analyse comparative des systèmes juridiques allemand, belge, français et hellénique*, op. cit., pp. 74 et 75, n° 101.

(104) La nullité vient en effet sanctionner des intérêts privés. Par conséquent, cette nullité relative ne pourra être soulevée d'office par le juge et elle peut être couverte par la partie en faveur de laquelle cette règle est établie.

législateur en faveur des auteurs, une telle interprétation peut être lourde de conséquences pratiques dans l'hypothèse où, par exemple, les parties au contrat ont seulement omis de préciser l'étendue géographique de la cession par mode d'exploitation.

Au cas où un mode d'exploitation qui doit être réputé non cédé parce que toutes les mentions obligatoires n'ont pas été indiquées constitue un élément essentiel du contrat, le non-respect de la règle de l'article XI.167, paragraphe 1^{er}, alinéa 4, conduit à la nullité du contrat. Cependant, une nullité partielle pourrait être envisagée lorsque la disposition contractuelle illicite est divisible, c'est-à-dire qu'elle n'a pas été déterminante dans le consentement donné par les parties (105). Ainsi, l'application de cette théorie aboutirait à annuler la cession du mode principal (en raison d'un défaut de certaines précisions imposées par la loi), mais permettrait de conserver la convention pour des modes accessoires pour lesquels les mentions légales sont respectées. Outre le recours à cette théorie, il nous semble que la règle de l'interprétation restrictive trouve à s'appliquer. La cession sera limitée à ce qui a été convenu, mais le juge pourra rechercher l'intention des parties. En cas de doute, la cession s'interprétera restrictivement en faveur de l'auteur.

Deux hypothèses distinctes semblent devoir être envisagées.

Premièrement, la convention vise différents modes d'exploitation mais ne reprend pas de manière expresse la rémunération de l'auteur, la durée et l'étendue de la cession pour chacun d'entre eux. Dans ce cas, le principe de l'interprétation restrictive ne permettra d'exclure de la cession le(s) mode(s) d'exploitation concerné(s) que si l'absence des mentions précitées crée un quelconque doute quant à la volonté des parties de les viser. La rémunération de l'auteur, l'étendue et la durée de la cession pourront être déduites à partir d'autres dispositions du contrat telles que, par exemple, la durée du contrat lui-même, une rémunération globale, l'étendue et la durée pour un autre mode d'exploitation, etc. De la même manière, on pourra le cas échéant les déterminer sur la base d'autres documents

(105) Sur la nullité partielle, voy. S. LAGASSE, « La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence », note sous Cass., 23 janvier 2015 et Cass., 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, pp. 717 à 721 ; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 702, n° 308 ; P. WÉRY, « Nullité totale ou partielle », *Rép. not.*, t. IV, *Les obligations*, I.1, *La théorie générale des contrats*, 2010, p. 33.

ayant entouré la conclusion du contrat. Seule l'impossibilité de les déterminer pourra conduire à la nullité du contrat.

Deuxièmement, la convention vise uniquement certains modes d'exploitation. Dans ce cas, les modes d'exploitation non mentionnés ne seront pas compris dans la cession par application de la règle de l'interprétation restrictive. Selon le degré de raffinement prévu au contrat quant au libellé des modes d'exploitation, l'autorisation portant sur la reproduction manuelle par exemple ne pourra, en cas de silence du contrat, être étendue à la reproduction électronique, celle portant sur la représentation en salle de cinéma ne pourra être étendue à la représentation télévisée, etc.

L'autorisation portant sur une catégorie générale de modes d'exploitation (voy. la liste reprise *supra*) pourra-t-elle être étendue à tous les modes d'exploitation tombant dans cette catégorie mais non expressément visés au contrat ? Par exemple, l'autorisation relative à la reproduction de l'œuvre par tous procédés électroniques couvre-t-elle la reproduction digitale sur CD-Photo qui n'aurait pas fait l'objet d'une mention particulière au contrat ? Nous avons déjà souligné le fait que le législateur ne définit pas les modes d'exploitation et qu'en conséquence, il est possible de se limiter à prévoir, pour chaque droit, des catégories générales de modes d'exploitation. Dans ce cas, tous les modes d'exploitation inclus dans une catégorie générale et *auxquels les parties pouvaient songer à étendre la cession au moment de la conclusion du contrat* ne peuvent être exclus de la cession du seul fait qu'ils n'auraient pas été expressément déterminés. Il appartiendra éventuellement à l'auteur d'établir par toute voie de droit qu'il existe un doute quant à la volonté des parties d'inclure un mode particulier d'exploitation au contrat, le doute profitant à l'auteur.

b) L'obligation d'exploitation (art. XI.167, § 1^{er}, al. 5)

33. En vertu de l'article XI.167, paragraphe 1^{er}, alinéa 5, les cessionnaires sont tenus d'exploiter l'œuvre « conformément aux usages honnêtes de la profession » (106). La référence aux usages

(106) La règle est d'application au seul profit de l'auteur ou ses héritiers. En aucune façon, elle ne doit profiter aux éventuels titulaires dérivés : « [l']obligation d'exploitation n'est dès lors pas de rigueur dans les relations contractuelles ultérieures au contrat conclu avec l'auteur originaire, même

honnêtes permet d'éviter que l'auteur soit confronté dans certains secteurs d'activités à des pratiques léonines. L'exigence quant à la manière d'exploiter une œuvre doit se lire parallèlement aux dispositions du Code civil qui indiquent, d'une part, que « les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » (art. 1135 C. civ.), d'autre part, que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi » (art. 1134, al. 3, C. civ.). Ces règles tirées du droit commun des contrats reçoivent ici une application à travers la référence à la notion d'« usages honnêtes », cette dernière étant empruntée à la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce et l'information et la protection du consommateur en vigueur à l'époque (107). Cette notion ne couvre pas nécessairement les pratiques dominantes ou existantes, mais bien celles qui passent un test de légitimité (108). Ainsi, la référence faite « a aussi été voulue pour indiquer, aussi paradoxal que cela puisse paraître, que parfois, il n'y aura pas d'obligation d'exploiter » (109). Il sera parfois justifié de ne pas exploiter l'œuvre, par exemple dans le domaine de la publicité, et ceci pourra être considéré comme un usage honnête (110).

À l'encontre de celui qui demeure en défaut d'exploiter l'œuvre, l'auteur pourra solliciter l'exécution en nature de l'obligation pesant sur lui ou la résolution du contrat à ses torts (111). Si le défaut d'exploitation ne concerne qu'une partie des modes cédés, l'auteur ne pourra en principe pas obtenir la résolution du contrat, sauf si

si la prudence est sur ce point de mise » (E. CORNU, P.A. FORIERS, « Aspects contractuels du commerce de l'art : une question spéciale. La propriété d'une œuvre d'art et le droit moral de l'artiste », *op. cit.*, p. 10, les auteurs renvoient à F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, *op. cit.*, pp. 331 à 333, n° 413 et 414).

(107) La loi a été remplacée par une loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché et la protection du consommateur, elle-même abrogée et remplacée par les dispositions du livre VI du Code de droit économique portant sur « Les pratiques du marché et la protection du consommateur ».

(108) Voy. une illustration : Cass. (3^e ch.), 13 octobre 2008, *A.&M.*, 2009/5, p. 529, note ; *J.L.M.B.*, 2009, p. 1013 ; *Pas.*, 2008, p. 2182.

(109) F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, *op. cit.*, p. 333, n° 414.

(110) Voy., à propos de cet exemple de la publicité, le rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. De Clerck, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1991-1992, n° 473/33, pp. 88-89. Pour d'autres exemples d'exploitation conforme aux usages honnêtes, voy. A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 226, n° 134.

(111) En ce sens, voy. F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, *op. cit.*, p. 331, n° 413.

le défaut d'exploitation porte précisément sur un (ou plusieurs) mode(s) que l'on doit considérer, en fonction notamment de la destination de l'œuvre, comme essentiel(s) pour son exploitation (112). La non-exploitation partielle peut également être contraire au principe général de l'exécution de bonne foi des contrats.

Le défaut d'exploitation n'est pas sanctionné par la nullité de la cession ou du contrat. Le législateur belge a en effet voulu se démarquer de son homologue allemand qui a prévu en cas de non-exploitation la rétrocession automatique des droits. Sous réserve de certaines hypothèses extrêmes justifiant une mesure d'interdiction, l'octroi de dommages et intérêts suffira en principe à réparer la violation de la loi.

34. Conformément au principe de l'effet relatif des contrats, l'auteur n'a pas d'action directe à l'encontre des sous-cessionnaires, sauf s'il s'agit d'une véritable cession du contrat. Dans ses rapports avec des sous-cessionnaires, le cessionnaire aura tout intérêt à prévoir expressément une obligation similaire d'exploitation, accompagnée d'une clause de garantie (113). De son côté, l'auteur peut avoir intérêt à imposer au cessionnaire d'insérer dans les sous-contrats une stipulation pour autrui en faveur de l'auteur pour permettre à celui-ci d'agir directement contre le sous-cessionnaire.

c) Les formes d'exploitation inconnues (art. XI.167, § 1^{er}, al. 6)

35. Les auteurs (ainsi que les artistes-interprètes ou les exécutants (114)) ne pourront être amenés à s'engager à propos de formes d'exploitation dont ils ne connaissent pas, au moment de la signature du contrat, l'existence ou même l'application possible à leur œuvre : « la cession des droits concernant des formes d'exploitation encore inconnues est nulle » (art. XI.167, § 1^{er}, al. 6) (115). La loi ajoute que

(112) Sauf à admettre la possibilité, controversée, d'une résolution partielle. Sur cette question, voy. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., pp. 702 et s., n° 306 et s., et pp. 1043 et s., n° 477 et s.

(113) Ce qui ne l'empêchera pas d'être défaillant quant à son obligation d'exploitation.

(114) Art. XI.205, § 3, al. 3, CDE.

(115) Il est toutefois possible de céder des droits relatifs à des formes d'exploitation inconnues dans le cadre de contrats d'emploi ou de contrats de commande (art. XI.167, § 3, al. 4). L'interdiction ne porte pas non plus pour les droits portant sur des œuvres audiovisuelles. Ces possibilités ont été insérées, selon A. Berenboom, « dans un esprit de compromis » ! (A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, op. cit., p. 224, n° 132).

la nullité d'une telle cession interviendra « nonobstant toute disposition contraire » (116).

Comme abordée ci-avant, la question de la distinction entre la « forme d'exploitation » (art. XI.167, § 1^{er}, al. 6) et le « mode d'exploitation » (art. XI.167, § 1^{er}, al. 4) se pose à nouveau. Bien que les deux notions puissent en partie se recouper, la « forme d'exploitation » semble constituer une catégorie plus restreinte (117) que la notion de « mode d'exploitation ». À l'article XI.167, paragraphe 1^{er}, alinéa 6, l'utilisation du terme « forme » est préférée « pour que l'interdiction ait un sens » (118) : en effet, la forme d'exploitation inconnue désigne celle qui était objectivement inconnue ou plutôt imprévisible au moment de la conclusion du contrat (119). Ainsi, « [c]'est pour indiquer que le cessionnaire ne peut mettre en œuvre cette nouvelle technique sans une autorisation de l'auteur, même s'il a contractuellement acquis tous les 'modes d'exploitation', que la loi utilise le terme "forme d'exploitation" » (120). Dès lors, il serait possible de céder les droits pour des formes d'exploitation inconnues du public (appréciation *in concreto*), mais tout à fait prévisibles pour les cocontractants.

La règle instaurée par l'article XI.167, paragraphe 1^{er}, alinéa 6, protège les intérêts de l'auteur. La disposition étant impérative, et non d'ordre public, elle se voit sanctionnée, en cas de non-respect, par la nullité relative, l'auteur pouvant donc renoncer à invoquer cette sanction. Cependant, lorsque, dans des circonstances exceptionnelles, la clause contractuelle est essentielle pour le contrat, le non-respect de la disposition précitée peut aboutir à la nullité

Précisons ensuite que la règle a été instaurée par la loi de 1994 et ne figurait pas dans le texte de la loi du 22 mars 1886. Par conséquent, un contrat conclu avant l'entrée en vigueur de la loi de 1994 n'interdit pas de telles cessions sur des formes d'exploitation encore inconnues.

(116) Cette précision est de nature à induire en erreur dans la mesure où elle suggère à tort qu'*a contrario*, les autres règles de l'article 3, § 1^{er}, pourraient être écartées conventionnellement.

(117) En ce sens, voy. F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, *op. cit.*, p. 325, n° 405.

(118) A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 224, n° 132.

(119) Voy. F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 327, n° 406. Les auteurs indiquent qu'« [i]l s'agit bien entendu des formes d'exploitation n'existant pas encore au moment du contrat et que personne ne peut connaître. Il en est de même de techniques existantes mais encore inconnues du public ; le public à considérer nous paraît devoir être le public en général, et non celui des spécialistes des techniques de reproduction ou de communication auquel l'auteur ou l'artiste n'appartiendra généralement pas. Par contre, rien n'indique qu'il faille tenir compte de la connaissance effective qu'aurait ou non l'auteur ou l'artiste d'une technique connue du public en général. La rédaction du texte ne donne pas à penser que la situation subjective soit à considérer ».

(120) A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 224, n° 132.

de l'ensemble du contrat, dès lors que la clause illicite viderait le contrat de sa substance (121). Rappelons cependant l'existence de la théorie de la nullité partielle qui permettrait d'octroyer une certaine flexibilité à la sanction de la nullité (voy. *supra*, n° 32).

d) La cession pour des œuvres futures (art. XI.167, § 2)

36. Selon l'article XI.167, paragraphe 2, du Code de droit économique, « [l]a cession des droits patrimoniaux relatifs à des œuvres futures n'est valable que pour un temps limité et pour autant que les genres des œuvres sur lesquelles porte la cession soient déterminés ». Le législateur a, à juste titre, confirmé le principe de la liberté de céder les droits sur des œuvres futures (122), la soumettant toutefois à une série de conditions établies essentiellement afin de protéger en particulier les jeunes auteurs, « trop souvent tentés de se lier à long terme mais à vil prix à tel éditeur » (123). F. De Visscher et B. Michaux précise que « [c]ontrairement à ce que pourrait laisser croire une lecture littérale de la loi, les restrictions (temps limité, genre déterminé) ne s'appliquent pas à la cession même des droits (en ce sens que celle-ci ne serait admise que pour un temps limité et pour un genre limité) mais bien plutôt aux œuvres futures pouvant faire l'objet d'une telle cession [...] anticipée de droits (124) (en ce sens que la cession – éventuellement opérée pour toute la durée du droit – ne portera que sur les œuvres créées dans une période limitée et appartenant à un genre déterminé) » (125).

(121) En ce sens, voy. M. MARKELLOU, *Le contrat d'exploitation d'auteur. Vers un droit d'auteur contractuel européen. Analyse comparative des systèmes juridiques allemand, belge, français et hellénique*, op. cit., p. 88, n° 126 ; F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, op. cit., p. 328, n° 407.

(122) Il est logique que l'exploitant qui prend le risque financier du lancement de l'œuvre d'un auteur puisse, en cas de succès, bénéficier de l'exploitation des œuvres futures du même auteur.

(123) Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Erdman relatif à la proposition de loi relative au droit d'auteur, aux droits voisins et à la copie privée d'œuvres sonores et audiovisuelles, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 145/2, p. 27 ; F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, op. cit., p. 328, n° 408 ; A. MARKELLOU, *Le contrat d'exploitation d'auteur. Vers un droit d'auteur contractuel européen. Analyse comparative des systèmes juridiques allemand, belge, français et hellénique*, op. cit., p. 111, n° 175.

(124) F. BRISON, B. MICHAUX, « De nieuwe auteurswet », *R.W.*, 1995-1996, p. 527, note 163.

(125) F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, op. cit., p. 328, n° 408. Dans le même sens, voy. L. VAN BUNNEN, « Examen de jurisprudence (2001-2005) – Droit d'auteur et droits voisins – Dessins et modèles », *R.C.J.B.*, 2005, p. 175 ; A. MARKELLOU, *Le contrat d'exploitation d'auteur. Vers un droit d'auteur contractuel européen. Analyse comparative des systèmes juridiques allemand, belge, français et hellénique*, op. cit., p. 112, n° 177 et 178. L'auteur précise d'ailleurs qu'une règle similaire est d'application en France ainsi qu'en Grèce, mais semble porter sur une interdiction d'exploitation des droits d'exploitation, et non sur les œuvres en tant que telles.

La cession ne sera valable que pour un « temps limité », c'est-à-dire une période dont la date d'expiration est déterminée, ou au moins déterminable car liée à la survenance d'un événement certain. Sur cet élément, les travaux préparatoires ont donné l'exemple d'un auteur s'engageant pour les trois prochains romans à écrire, indiquant que la date, bien qu'incertaine, était fixée (126). La législateur a souhaité interdire les « cessions » à vie, mais n'a pas apporté de précision complémentaire sur une durée précise (127). La cession au sens strict (l'aliénation) des droits sur les œuvres futures ne paraît pas possible, celle-ci ne pouvant être limitée dans le temps (128).

Le « genre des œuvres » sur lesquelles porte la « cession » doit également être déterminé. Il faudra donc définir par secteur d'activité les différents « genres » d'œuvres. Dans le cas d'œuvres littéraires par exemple, le roman est un genre et l'essai ou la poésie en sont d'autres. En revanche, « [n]'est pas un genre déterminé une catégorie trop large embrassant ce qui relève d'intérêt différents de la part du public » (129).

§ 4. *Principes applicables aux droits moraux de l'auteur*

37. L'article XI.165, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, du Code de droit économique indique que « [l]'auteur d'une œuvre littéraire ou

(126) Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. De Clerck, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1991-1992, n° 473/33, p. 98. Pour certains, cette interprétation aboutit – ou pourrait aboutir – à lier l'artiste pour une durée déraisonnable (voy. H. VANHEES, « De nieuwe wettelijke regeling inzake auteurscontracten », *op. cit.*, p. 747, n° 55).

Voy. aussi B. REMICHE, S. MALENGREAU, « Auteurs et éditeurs : un rapport de force réglementé », *AdM*, 1996, p. 265. Les auteurs indiquent qu'une période raisonnable serait de 10 années pour les œuvres scientifiques, d'enseignement et les bandes dessinées, et qu'une période raisonnable serait de 5 années pour les autres genres d'œuvres. Les auteurs s'appuient, à ce sujet, sur des propos de l'Association belge des éditeurs.

(127) Voy. toutefois les travaux préparatoires proposant une durée de cinq ans (rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Erdman relatif à la proposition de loi relative au droit d'auteur, aux droits voisins et à la copie privée d'œuvres sonores et audiovisuelles, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 145/2, pp. 27 à 31).

(128) La sanction appliquée à l'éventuelle cession portant sur toutes les œuvres futures peut aboutir, comme indiqué, à la nullité, mais pourrait aussi aboutir à une réduction de la clause aux œuvres futures produites pendant un temps limité raisonnable. Cette dernière solution semble encore controversée. Voy. à cet égard, S. LAGASSE, « La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence », *op. cit.*, p. 720. Voy. aussi Cass., 23 janvier 2015 (1^{re} ch.), R.G. n° C.13.0579.N, et Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015, R.G. n° C.14.0008.F/13, et le bref commentaire proposé par J. VAN ZUYLEN, « La réduction des clauses illicites », *Les Pages*, 2015/j5, p. 1.

(129) H. VANHEES, « De nieuwe wettelijke regeling inzake auteurscontracten », *op. cit.*, p. 746, n° 54 ; F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 329, n° 409.

artistique jouit sur celle-ci d'un droit moral inaliénable », l'alinéa 2 précisant encore que « [l]a renonciation globale à l'exercice futur de ce droit est nulle ». Indubitablement, ces règles ont une incidence sur la liberté contractuelle de l'auteur, l'inaliénabilité n'étant toutefois pas absolue. Ainsi, il est permis de renoncer contractuellement à l'exercice futur d'un droit moral pour autant que cette renonciation n'intervienne pas « par avance et de manière tout à fait générale » (130). Il est ainsi admis que le droit moral puisse être limité par application de clauses contractuelles, portant parfois davantage sur les droits patrimoniaux mais ayant un impact sur l'exercice du droit moral (131). En outre, l'application des articles 1134, alinéa 3, et 1135 du Code civil aboutit à la même conclusion. Ainsi, « [l]'exercice du droit moral n'empêchera pas que pourra trouver à s'appliquer une obligation contractuelle imposant à l'auteur d'indemniser la partie à qui cet exercice cause un préjudice. Ainsi en est-il du refus de divulguer une œuvre faisant l'objet d'un contrat de commande, ou de la reprise par l'auteur de l'exercice de son droit de paternité. Il faut ici distinguer. Si l'exercice du droit a lieu en violation d'une clause l'interdisant globalement et pour l'avenir, cette clause est nulle, il n'y a pas manquement contractuel et il ne peut donc y avoir lieu à réparation. Si le droit est exercé en violation d'une clause limitative valable, l'auteur engage sa responsabilité contractuelle » (132).

Les règles applicables aux droits moraux de l'auteur présentent plusieurs incidences en matière de liberté contractuelle.

Premièrement, le droit de divulgation de l'auteur, inscrit à l'article XI.165, paragraphe 2, alinéa 3, du Code de droit économique, permet à l'auteur de donner à une œuvre un statut d'insaisissabilité. En effet, une œuvre est dite hors commerce aussi longtemps que l'auteur n'aura pas mis en œuvre son droit de divulgation (133). Ce

(130) E. CORNU, P.A. FORIERS, « Aspects contractuels du commerce de l'art : une question spéciale. La propriété d'une œuvre d'art et le droit moral de l'artiste », *op. cit.*, p. 11.

(131) *Ibid.*, p. 12 ; F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 148, n° 183.

(132) F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 150, n° 186.

(133) E. CORNU, P.A. FORIERS, « Aspects contractuels du commerce de l'art : une question spéciale. La propriété d'une œuvre d'art et le droit moral de l'artiste », *op. cit.*, p. 13. Les auteurs précisent que cette thèse a été consacrée initialement par la jurisprudence française, citant la célèbre affaire *Rouault* (CA Orléans, 17 mars 1965, *J.C.P.*, 1965, III, p. 14186). La cour a considéré qu'« une œuvre d'art ne peut entrer dans le commerce que du jour où son créateur s'en est dessaisi librement par un acte discrétionnaire qui la livre au public ».

droit porte aussi une incidence sur les contrats de commande. Selon E. Cornu et P.A. Foriers, « en exerçant une prérogative que la loi lui reconnaît, l'auteur qui refuserait d'exécuter ou de livrer l'œuvre qui lui aurait été commandée doit simplement restituer à son commanditaire les avances et les frais que celui-ci a exposés » (134). En d'autres termes, ces auteurs semblent préconiser, dans de telles circonstances, l'application des effets de la résolution du contrat, impliquant une restitution de l'ensemble des prestations d'ores et déjà fournies. Toutefois, dans de telles circonstances, la mise à néant du contrat avec restitution des avances et frais est imposée par l'auteur, c'est-à-dire le débiteur, ce dernier n'ayant pas le choix de se prévaloir d'une des sanctions de l'article 1184 (ce choix revenant au créancier impayé). Par conséquent, la solution envisagée par ces auteurs s'inscrit peut-être davantage dans une forme de faculté de résiliation unilatérale (135), avec cependant cette particularité que cette mise à néant sans faute du contrat implique la restitution des prestations effectuées. E. Cornu et P.A. Foriers estiment ensuite que l'autre option prévue par l'article 1184 du Code civil, l'exécution forcée notamment par équivalent, n'est pas envisageable. Cependant, une telle inexécution du contrat de commande basée sur la volonté de l'auteur de ne pas divulguer son œuvre pourrait, dans certaines circonstances, être considérée comme un exercice abusif du droit de divulgation (136), et impliquer alors l'octroi de dommages et intérêts.

Il y a toutefois lieu de nuancer : l'œuvre est dite hors commerce seulement à certains égards. En effet, si celle-ci devait être considérée comme « totalement » hors commerce, le contrat de commande serait nul, l'œuvre n'ayant pas été divulguée au moment de la formation du contrat. Rappelons à cet égard que la nullité s'apprécie au moment de la formation d'une convention (voy. récemment Cass. (1^{re} ch.), 12 février 2015, n° C.14.0330.F).

(134) E. CORNU, P.A. FORIERS, « Aspects contractuels du commerce de l'art : une question spéciale. La propriété d'une œuvre d'art et le droit moral de l'artiste », *op. cit.*, p. 11.

(135) On pourrait également y voir une forme de caducité par disparition de l'objet, ce mode d'extinction n'ayant toutefois, en règle, que des effets pour l'avenir. Voy. à ce sujet, P. BAZIER, A. BOEL, « La caducité », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, II, v.2.5-1 à V.5.2-38.

(136) Voy. aussi A. CRUQUENAIRE, « L'interprétation des contrats relatifs au droit d'auteur [...] », *op. cit.*, p. 423, n° 14. Invoquant d'autres circonstances, l'auteur semble en réalité faire défaut à son devoir de loyauté : « [a]insi, lorsque l'auteur qui a réalisé une œuvre sur commande s'oppose ensuite à l'usage ayant motivé la commande, en invoquant la circonstance que le contrat ne prévoit aucune cession de droits, il manque à son devoir de loyauté, en tentant d'empêcher son cocontractant de retirer le bénéfice qu'il pouvait normalement escompter du contrat. Peut-on pour autant condamner l'auteur à l'exécution en nature de son obligation de loyauté, ce qui impliquerait qu'il doive renoncer à invoquer l'interprétation en sa faveur en vue de restreindre la portée du contrat ? Il nous semble en tout cas exclu de modifier le contrat au titre de réparation en nature. Par contre, la paralysie des prétentions de l'auteur pourrait se fonder sur la théorie de l'abus de droit, ce qui permettrait de placer le débat sur le terrain de l'exercice des droits. Il

Deuxièmement, le droit de paternité consacré à l'article XI.165, paragraphe 2, alinéa 5, du Code de droit économique présente, lui-aussi, quelques incidences sur la vie d'un contrat en droit d'auteur. Le droit de revendiquer la paternité de son œuvre, et d'exiger la mention de son nom sur son œuvre se heurte notamment au droit de propriété. Ainsi, « l'auteur peut toujours revendiquer sa paternité sur l'œuvre et exiger que son nom ou son pseudonyme soit mentionné sur les exemplaires ou indiqué clairement aux côtés de l'œuvre. De même, on portera atteinte au droit de paternité en omettant le nom de l'auteur sur une reproduction de son œuvre et *a fortiori* en le supprimant » (137).

Troisièmement, le Code de droit économique confère à l'auteur un droit à l'intégrité de son œuvre, entendu comme « le droit au respect de son œuvre lui permettant de s'opposer à toute modification de celle-ci » (art. XI.165, § 2, al. 6). Ce droit reçoit encore une précision à l'alinéa 7 : « [n]onobstant toute renonciation, il conserve le droit de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation ». Cette composante des droits moraux apporte une restriction au droit de propriété : le propriétaire est en effet tenu de respecter l'intégrité de l'œuvre, ne lui permettant dès lors pas d'en jouir totalement librement (138). Aucune clause de renonciation ne peut avoir pour conséquence la perte de ce droit pour l'auteur.

Enfin, l'auteur a le droit d'accéder à son œuvre. L'article XI.167, paragraphe 1^{er}, alinéa 3, du Code de droit économique prévoit que « l'auteur aura accès à son œuvre dans une mesure raisonnable pour l'exercice de ses droits patrimoniaux ». Cette règle de portée impérative (139) limite le droit de propriété du propriétaire de l'œuvre, dès lors qu'il doit laisser l'auteur accéder à son œuvre, alors même qu'il ne dispose plus des droits patrimoniaux sur celle-ci.

conviendrait donc de lier la sanction de la fonction complétive de la bonne foi à la fonction modératrice de cette dernière ».

Sur l'abus de droit, voy. Liège, 6 juin 2013, *I.C.I.P.*, 2013, p. 621.

(137) E. CORNU, P.A. FORIERS, « Aspects contractuels du commerce de l'art : une question spéciale. La propriété d'une œuvre d'art et le droit moral de l'artiste », *op. cit.*, p. 17.

(138) Voy. plusieurs illustrations proposées par E. CORNU, P.A. FORIERS, « Aspects contractuels du commerce de l'art : une question spéciale. La propriété d'une œuvre d'art et le droit moral de l'artiste », *op. cit.*, pp. 21 à 25. Les auteurs développent aussi l'hypothèse d'une destruction d'une œuvre par le propriétaire, et son impact sur les droits de l'auteur (pp. 25 à 30).

(139) F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 318, n° 399.

SECTION 3. RÈGLES SPÉCIFIQUES APPLICABLES AUX RELATIONS
ENTRE PERSONNES CONCERNÉES ET RESPONSABLES
DE TRAITEMENTS : LA QUESTION DU CONSENTEMENT

§ 1. *Prolégomènes*

a) *Mise en situation et objet de l'étude*

38. Par « données à caractère personnel », on entend « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable » (140). À titre d'exemple, constituent des données à caractère personnel (ou, plus simplement, des « données personnelles ») : les noms et prénoms, l'adresse, l'image d'une personne physique, mais aussi ses habitudes de consommation, ses préférences vestimentaires, ses goûts musicaux, le trajet de ses déplacements en ville, le temps qu'il reste sur une page particulière d'un site, les liens sur lesquels il clique, l'historique de ses achats, de sa navigation, etc. La liste est quasiment infinie puisque toute trace laissée par un individu est susceptible de constituer une donnée personnelle, dès lors qu'il est possible de l'identifier (141).

Les règles relatives aux données personnelles constituent une branche récente du droit, dont l'apparition est concomitante de l'essor de l'informatique à la fin des années soixante et, surtout, de la micro-informatique à partir du milieu des années 1970 (142). La problématique des données personnelles s'est toutefois posée avec une nouvelle acuité depuis l'ouverture de l'Internet au grand public

(140) Art. 2.a de la directive 95/46 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, transposé littéralement en droit belge à l'article 1^{er}, § 1^{er}, de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (ci-après « LVP »). Voy. aussi l'article 4 de la proposition de règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données) COM (2012) 11 final (25 janvier 2012), disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_fr.pdf.

(141) L'identification ne s'entend pas ici au sens strict, à savoir de l'état civil d'une personne et de son domicile. Il s'agit de la possibilité de distinguer l'individu des autres, quand bien même cela se ferait uniquement par un simple numéro d'identification (art. 2.a de la directive 95/46). Voy. à ce sujet G29, Avis 4/2007 sur le concept de donnée personnelle, p. 14 et, par ex., J. HERVEG, *La protection des données du patient dans l'hôpital*, Waterloo, Kluwer, 2009, pp. 14 et s. ou M. BENEJAT, « Les droits sur les données personnelles », in J.-Chr. SAINT-PAU, *Droits de la personnalité*, Paris, LexisNexis, 2013, pp. 566 et s.

(142) Ph. BRETON, *Une histoire de l'informatique*, Paris, éd. Seuil, 1990, en part. pp. 177 et 191.

en 1994 (143). La mise en réseau des ordinateurs personnels offre en effet aux entreprises la possibilité d'observer les comportements des individus de manière absolument sans précédent, à des fins commerciales (144). Si la propriété intellectuelle constitue le moteur de l'économie de l'information, les données personnelles en sont devenues le carburant, à tel point que l'on parle aujourd'hui de « big data » en référence au « big oil » de la société industrielle du XX^e siècle (145). Il ne s'agit pas là que de rhétorique : les quantités de données générées par la dissémination sans cesse croissante des terminaux informatiques individuels constituent de véritables nappes numériques. Une différence essentielle existe toutefois entre les nappes pétrolières et les nappes de données, à savoir que ces dernières, au lieu d'être appelées à diminuer inexorablement, sont promises à une croissance exponentielle (146).

L'exploitation de ces gisements – pour filer la métaphore – revêt une importance cruciale pour les commerçants (147), qui voient dans la maîtrise des données personnelles un moyen pour optimiser la vente de leurs produits et services. L'observation des consommateurs offre en effet aux entreprises la possibilité d'en acquérir une connaissance individualisée, leur permettant de toucher plus sûrement leur cible. Ainsi, l'un (148) des buts de l'utilisation commerciale des données à caractère personnel est éminemment juridique : favoriser la conclusion de contrats en vue de maximaliser les transactions. Traitées par les algorithmes, les données personnelles permettent de résoudre la quadrature du cercle et d'offrir au consommateur un processus contractuel individualisé, alors même qu'il est entièrement automatisé et industrialisé.

(143) Sur cette question, voy. D. SOLOVE, *The Digital Person -- Technology and Privacy in the Information Age*, New York, New York University Press, 2004, pp. 13 à 26.

(144) Nous laisserons de côté dans cette contribution le rôle des États et des diverses nébuleuses de « hackers » actives sur l'Internet.

(145) Pour une réflexion sur le sujet, voy. A. ROUVROY, *Des données sans personne : le fétichisme de la donnée à caractère personnel à l'épreuve de l'idéologie des Big Data*, version augmentée du texte paru à titre de contribution dans « Le numérique et les droits et libertés fondamentaux, Étude annuelle du Conseil d'État », Paris, La Documentation française, 2014 (disponible sur http://works.bepress.com/antoINETTE_rouvroy/55/)

(146) E. SADIN, *La vie algorithmique – Critique de la raison numérique*, Paris, L'échappée, 2015, pp. 19 à 23 ; B. STIEGLER, *La société automatique*, Paris, Fayard, 2015 p. 64 et note 1.

(147) Sur le remplacement progressif de la notion de « commerçant » par celle d'« entreprise », voy. A. PUTTELMANS, *Droit économique et droit de la propriété intellectuelle*, Bruxelles, PUB, 2014, pp. 34 à 69.

(148) D'autres buts existent naturellement : la gestion des risques, planifier la stratégie de l'entreprise, prévoir des changements de goûts des consommateurs, etc.

On le comprend, les données personnelles sont devenues des actifs essentiels pour les entreprises, dont la maîtrise doit être particulièrement sécurisée. L'obtention du consentement des individus au traitement de leurs données joue à cet égard un rôle crucial. En effet, si l'accord initial n'est pas valable, tout le traitement entrepris à son départ peut s'écrouler. C'est donc à une étude des conditions de validité de ce consentement que nous nous livrerons dans les lignes qui suivent ; on verra à cette occasion que des différences substantielles existent par rapport au droit commun et que nombre de similitudes avec le droit d'auteur se révèlent.

b) Cadre normatif

Si les bénéfices économiques de l'utilisation des données, on l'a vu, peuvent être grands, les risques pour la personne humaine le sont tout autant, notamment pour la vie privée. L'individu tend en effet à devenir transparent et risque de perdre son autonomie sous l'effet d'une surveillance commerciale de tous les instants (149), d'autant plus efficace qu'elle est insensible. Le développement actuel de l'Internet des objets (150) renforce encore la puissance de ce phénomène. L'utilisation des données personnelles au sein de l'Union européenne est dès lors soumise au respect de règles impératives visant à restituer aux personnes le contrôle de leurs données, c'est-à-dire la maîtrise de leur image informationnelle (151). Afin d'en consacrer l'importance, le droit à la protection des données personnelles a été érigé en droit fondamental autonome par l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cet article se lit comme suit :

1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant ;
2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du *consentement* (152) de la personne

(149) On pense notamment à la géolocalisation des téléphones portables et autres objets intelligents.

(150) En anglais, *Internet of Things* (ou, en abrégé, « IoT »). Sur les enjeux de la question : P.-J. BENGHOZI, S. BUREAU et F. MASSIT-FOLLEA, *L'internet des objets – Quels enjeux pour l'Europe ?*, Paris, éd. de la Maison des sciences de l'homme, 2009, 169 p. ; voy. aussi G20, Avis 8/2014 du 16 septembre 2014 sur les récentes évolutions relatives à l'internet des objets, p. 13 et note 13, disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp223_fr.pdf.

(151) J. HERVEG, *La protection des données du patient dans l'hôpital*, *op cit*, p. 3.

(152) Nous soulignons.

concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification ;

3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante.

L'article 8 est mis en œuvre principalement par la directive 95/46 du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (153), elle-même transposée dans la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (154) (ci-après « LVP »). La directive 95/46 contient le régime de base du droit des données personnelles et énonce en particulier les conditions générales de validité du consentement des personnes au traitement de leurs données (155).

Quoique toujours en vigueur au moment de l'écriture de ces lignes, la directive 95/46 devrait être remplacée à brève échéance par un règlement européen (156). Le trilogue ayant abouti le 15 décembre dernier (157), il est prévu que le texte de ce règlement puisse être

(153) *J.O.C.E.*, L 281/31 du 23 novembre 1995.

(154) Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, telle que modifiée par la loi du 11 décembre 1998 transposant la directive 95/46/C.E. du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *M.B.*, 3 février 1999, pp. 3049 et s. La loi du 11 décembre 1998 a modifié la loi du 8 décembre 1992 pour la mettre en conformité avec la directive 95/46. Sur le sujet, voy. T. LEONARD et Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en pleine révolution – La loi du 11 décembre 1998 transposant la directive 95/46/C.E. du 24 octobre 1995 », *J.T.*, 1999/20, n° 5928, pp. 377396.

(155) Nous n'étudierons pas ici la directive 2002/58 du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques). D'une part, cela nous amènerait à dépasser le cadre de la présente et, d'autre part, la directive 2002/58 est une norme spéciale faisant référence à la directive 95/46 pour ce qui est du consentement (considérant 17 de la directive 2002/58). Il en sera par contre fait mention ponctuellement, lorsque cela paraît utile.

(156) Proposition de règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données) COM (2012) 11 final (25 janvier 2012), disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_fr.pdf. Sur la proposition de règlement, voy. not. C. KUNER, C. BURTON, A. PATERAKI, « The Proposed EU Data Protection Regulation Two Years Later », *Privacy & Security Law Report*, 13 PVL 8, 01/06/2014 ; C. GAYREL, R. ROBERT, « Proposition de règlement sur la protection des données – Premiers commentaires », *J.D.E.*, 2012, n° 190, pp. 174 et s.

(157) Voy. le communiqué de presse du Conseil à l'adresse <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/12/18-data-protection/>

adopté dans le courant du premier semestre de 2016. Le texte définitif qui sera soumis au Conseil et au Parlement n'étant pas encore officiel, nous avons fait référence au règlement chaque fois que cela nous a paru possible et utile, en nous basant sur le document comparatif établi par le Contrôleur européen de la protection des données et reprenant les versions successives de la Commission, du Parlement et du Conseil (158). Une version du règlement issu du trilogue peut être officieusement trouvée sur le site www.statewatch.org (159).

c) Notion, rôle et champ d'application du consentement en matière de données personnelles

1° Notion de consentement

39. Le consentement de la personne concernée est défini à l'article 2.h de la directive 95/46 (160) comme « toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement » (161). L'article 2.h doit se lire en conjonction avec les articles 7.a (162) et 26.1.a (163), qui précisent que l'acceptation doit être « indubitable », et avec l'article 8.2.a (164), qui impose dans certains cas qu'elle soit « explicite » (165). Nous étudierons ces différentes conditions dans les sections qui suivent. Il convient toutefois auparavant de préciser le rôle du consentement et son champ d'application afin de le mettre en perspective dans

(158) CEPD, *Une grande opportunité pour l'Europe - Recommandations relatives aux options de l'UE en matière de réforme de la protection des données*, Avis n° 3/2015 contenant deux annexes reprenant les textes comparés des considérants et des articles proprement dit de la proposition de règlement. Ces documents sont disponibles à l'adresse https://secure.edps.europa.eu/EDPWEB/edps/lang/fr/Consultation/Reform_package.

(159) <http://www.statewatch.org/news/2015/dec/eu-council-dp-reg-draft-final-compromise-15039-15.pdf>.

(160) Transposé littéralement à l'article 1^{er}, § 8, LVP (sous réserve de l'ajout de la précision que le consentement peut émaner du « représentant légal » de la personne concernée).

(161) Art. 4.8 de la proposition de règlement.

(162) Art. 5.a LVP.

(163) Art. 22, § 1^{er}, 1^o, LVP.

(164) Art. 6, § 2.a, et 7, § 2.a, LVP.

(165) Pour un aperçu général de la discussion des conditions de validité de la renonciation à un droit fondamental (autre que celui à la protection des données personnelles), voy. S. VAN DROOGHENBROECK, obs. sous Cass., 13 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1504, C.C., n° 50/2008, 13 mars 2008, *M.B.*, 14 avril 2008 et C.C., n° 145/2012, 6 décembre 2012, *M.B.*, 25 janvier 2013, in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge international*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 375 et s.

l'architecture générale du régime de protection des données personnelles.

2° Rôle du consentement

40. Le consentement de l'individu est une condition de licéité du traitement de données personnelles le concernant (166). Si le consentement n'est pas valable ou si le responsable du traitement ne peut rapporter la preuve de son existence, le traitement (c'est-à-dire l'utilisation (167)) des données doit être interrompu et ne peut plus porter sur les données concernées. Le consentement n'est toutefois pas le seul fondement autorisant le traitement de ses données. Le responsable du traitement (168) (entreprise ou autorité publique) peut également dans certains cas se prévaloir d'autres fondements, énumérés à l'article 7 de la directive 95/46 (169). Le responsable du traitement peut ainsi se passer du consentement de la personne concernée lorsque le traitement de ses données est nécessaire :

- à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci (art. 7.b – ainsi, le commerçant en ligne a le droit de traiter le numéro de carte de crédit du consommateur souhaitant faire un achat sans lui demander pour cela spécifiquement son consentement) ;
- au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis (art. 7.c – par ex. l'employeur doit communiquer certaines informations relatives à ses travailleurs à la sécurité sociale (170)) ;

(166) D. DE BOR, *Verwerking van persoonsgegevens*, Anvers, Kluwer, 2001, pp. 128 et s.

(167) Le « traitement de données à caractère personnel » désigne « toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction » (art. 2.b de la directive 95/46, art. 1^{er}, § 2, LVP et art. 4.3 de la proposition de règlement).

(168) Le « responsable du traitement » est « la personne physique ou morale [qui] détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel » (art. 2.d de la directive 95/46, art. 1^{er}, § 4, LVP et art. 4.5 de la proposition de règlement).

(169) Nous laissons ici de côté la discussion des fondements du traitement des données sensibles autres que le consentement, question réglée à l'article 8 de la directive 95/46 et aux articles 6 et 7 LVP. Ceci dépasserait en effet le cadre de la présente contribution.

(170) P. DE HERT, D. PISSOORT, *Privacy en persoonsgegevens*, t. I, Bruxelles, Politeia, 2010, p. 19.

- à la sauvegarde de l'intérêt vital de la personne concernée (art. 7.d – par ex. l'infirmier qui collecte les données d'un patient ayant perdu conscience (171)) ;
- à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique, dont est investi le responsable du traitement (art. 7.e – par ex. la tenue d'un fichier des abonnements par la SNCB (172)) ;
- à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée (art. 7.f).

41. L'existence de ces fondements alternatifs ne doit cependant pas faire passer le consentement de la personne concernée au second plan. L'article 7 de la directive 95/46 limite en effet strictement l'utilisation des données collectées aux finalités énoncées dans les cinq cas évoqués ci-dessus. Les données fournies dans le cadre d'un contrat ne peuvent ainsi servir qu'à sa conclusion et son exécution et pas, par exemple, à des fins de marketing direct, d'analyse comportementale ou à des fins de cession à des *data brokers* (173). L'utilité est donc limitée dans le cadre de l'économie numérique, qui présuppose précisément de recycler les données pour atteindre des fins à la fois plus vastes et plus larges. L'article 7.f, quoiqu'il puisse paraître à première vue fort vague, ne doit quant à lui pas être interprété comme une disposition fourre-tout permettant de contourner facilement l'exigence de consentement de la personne concernée. Il appelle au contraire une analyse scrupuleuse et une pondération soigneuse des droits et intérêts dans chaque cas particulier (174). L'incertitude inhérente à cette disposition a par ailleurs pour conséquence que le responsable de traitement préférera souvent opter

(171) *Ibid.*

(172) *Ibid.*

(173) Les « data brokers » ou « courtiers en informations » ou encore « courtiers en données » achètent les données des entreprises afin d'établir des listes de personnes appartenant à une même catégorie ou un même groupe (G29, Avis 8/2014 du 16 septembre 2014 sur les récentes évolutions relatives à l'internet des objets, p. 13 et note 13, disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp223_fr.pdf).

(174) G29, Avis 06/2014 du 9 avril 2014 sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE, disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_fr.pdf.

pour la sécurité juridique offerte par l'obtention du consentement de la personne concernée. Rappelons enfin que le consentement est le seul fondement à être expressément mentionné à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux, ce qui en souligne l'importance particulière (175).

3° Champ d'application du consentement

42. La personne concernée ne peut pas disposer librement de toutes ses données. Il en va ainsi, dans le système de la directive, des données judiciaires. En cette matière, le consentement de la personne concernée est inopérant. C'est ainsi que l'article 8, paragraphe 1^{er}, LVP, transposant l'article 8.5 de la directive 95/46, énonce que « le traitement de données à caractère personnel relatives à des litiges soumis aux cours et tribunaux ainsi qu'aux juridictions administratives, à des suspicions, des poursuites ou des condamnations ayant trait à des infractions, ou à des sanctions administratives ou des mesures de sûreté est interdit » sauf lorsque ce traitement est effectué « a) sous le contrôle d'une autorité publique ou d'un officier ministériel au sens du Code judiciaire, lorsque le traitement est nécessaire à l'exercice de leurs tâches ; b) par d'autres personnes lorsque le traitement est nécessaire à la réalisation de finalités fixées par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance ; c) par des personnes physiques ou par des personnes morales de droit public ou de droit privé pour autant que la gestion de leurs propres contentieux l'exige ; d) par des avocats ou d'autres conseils juridiques, pour autant que la défense de leurs clients l'exige ; e) pour les nécessités de la recherche scientifique, dans le respect des conditions fixées par le Roi par arrêté délibéré en Conseil des ministres, après avis de la Commission de la protection de la vie privée ».

§ 2. *Le consentement doit être libre*

43. Comme en droit commun, le consentement en matière de données à caractère personnel doit être libre. Il ne doit donc pas être

(175) Le Groupe de l'article 29 est plus relativiste, tout en admettant que le consentement est le premier fondement mentionné dans la liste de la directive et le seul à être expressément mentionné dans la Charte (Avis 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, p. 8, disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_fr.pdf).

vicié, que ce soit par l'erreur, le dol ou la violence (176). Il s'agit là cependant d'un minimum. Le degré de liberté requis dans le chef de l'individu va en effet plus loin en matière de données personnelles qu'en droit commun des contrats, le critère de la violence (ou « coercion » (177)) y étant notamment abaissé (178).

44. C'est ainsi que « consentement libre » désigne en matière de données à caractère personnel « une décision volontaire, prise par une personne en pleine possession de ses facultés, en l'absence de toute coercion, qu'elle soit sociale, financière, psychologique ou autre » (179). Le « risque » de « conséquences négatives importantes » pour la personne concernée si elle ne donne pas son consentement obère sa liberté et invalide son consentement (180). Enfin, le consentement libre renvoie « aux cas où la personne concernée est véritablement libre de son choix et a la possibilité de *retirer* ultérieurement son consentement sans subir de préjudice » (181). La volonté de la personne concernée doit en effet être libre non seulement *au départ* du traitement de ses données, mais *doit le rester ensuite* également. La règle est traditionnelle en matière de droits de la personnalité, et notamment de droit à l'image (182), mais s'écarte fortement du principe de la convention-loi gouvernant le droit des contrats général (avec toutefois une réserve importante en ce qui concerne les contrats de consommation à distance, qui connaissent aussi l'institution du droit de retrait (183)).

(176) Sur le droit commun des vices du consentement, voy. not. la contribution de S. GOLDMAN, S. LAGASSE, « Actualités dans l'appréhension du déséquilibre contractuel en droit commun », au sein du présent ouvrage.

(177) G29, Avis 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, p. 14, disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_fr.pdf.

(178) On peut tracer ici un parallèle avec la théorie du consentement renforcé en matière de libéralités, cette théorie visant à protéger la personne contre elle-même, ce qui est également le but en matière de données personnelles. Sur la théorie du consentement renforcé, voy. par ex. P. DELNOY, P. MOREAU, *Les libéralités et les successions*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 232 et s.

(179) G29, Avis 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, p. 14.

(180) *Idem*, p. 14.

(181) *Idem*, p. 14.

(182) M. ISGOUR, *Le droit à l'image*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 245 ; L. DIERICKX, *Het recht op afbeelding*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 124, qui souligne que la jurisprudence admet « de manière unanime » le droit de retrait. En droit d'auteur, la France (mais aussi l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne, ...) offre également à l'auteur un droit de retrait (pour un aperçu de cette question, voy. J.-F. PUYRAIMOND, « Vingt ans après, le droit de retrait numérique de l'auteur », in J. CABAY *et al.*, *Vingt ans de nouveau droit d'auteur*, Limal, Anthemis, 2015).

(183) Art. VI.47 à 53 CDE. La nature de ce droit est analogue au droit de retrait ici discuté, puisqu'il s'agit de permettre au consommateur de retirer son consentement et de changer d'avis.

Les conséquences pratiques de ce qui précède doivent être soulignées et seront illustrées à la lumière de quelques exemples.

45. En matière d'Internet, il est habituel que les sites injectent sur les ordinateurs de leurs visiteurs toute une série de « cookies », à savoir de petits fichiers qui permettent, notamment, de suivre la navigation des utilisateurs. Certains de ces *cookies* ont pour but de permettre le bon fonctionnement du site mais, souvent, ont pour finalité de collecter toutes sortes d'informations sur les visiteurs afin, par exemple, d'en dresser un profil à des fins commerciales. Conditionner l'usage du site à l'acceptation par le visiteur de tous les cookies indistinctement ne respecte pas la liberté de choix du visiteur. Celui-ci doit pouvoir refuser l'installation des cookies non-nécessaires au fonctionnement du site. S'il ne peut pas refuser et, pour bénéficier du site, doit accepter tous les cookies, son consentement ne peut être considéré comme libre et ne sera pas valide (184). On est donc loin de la figure du contrat d'adhésion, usuel en matière de conditions générales. Ainsi, un site de vente en ligne ne peut pas forcer les consommateurs à accepter les cookies non-fonctionnels : les consommateurs doivent pouvoir acheter des produits sans se soumettre à une collecte de données qui ne sert pas à l'acte d'achat (185).

46. Dans le cadre des relations professionnelles, le Groupe de l'article 29 (186) estime que le consentement sera généralement absent,

(184) Considérants 10 et 25 de la directive 2002/58. Voy. à ce sujet, G29, Document de travail n° 02/2013 du 2 octobre 2013 énonçant des lignes directrices sur le recueil du consentement pour le dépôt de cookies, p. 3 et pp. 5 et 6. Voy. aussi Commission de la protection de la vie privée (CPVP), Recommandation d'initiative concernant l'utilisation des cookies n° 01/2015 du 4 février 2015, pp. 44-45. Les sites respectueux de la réglementation informent les consommateurs par l'apposition d'un bandeau visible sur la page d'entrée de l'utilisation de cookies et leur donnent la possibilité de paramétrer leur navigateur pour échapper aux cookies du site.

(185) G29, Document de travail n° 02/2013 du 2 octobre 2013 énonçant des lignes directrices sur le recueil du consentement pour le dépôt de cookies, p. 5.

(186) Le groupe de travail « article 29 » sur la protection des données (ou « G29 » en abrégé ; la dénomination anglaise est « Article 29 Working Party ») a été institué par l'article 29 de la directive 95/46/CE. Il a un caractère consultatif et agit en toute indépendance. Le groupe de travail « article 29 » se compose d'un représentant de l'autorité de contrôle des données personnelles de chaque État membre, d'un représentant des autorités de contrôle des données pour les institutions et organes de l'UE et d'un représentant de la Commission européenne. Pour plus d'informations, voy. le site du G29 à l'adresse : http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/index_fr.htm. Représentant la synthèse des avis des différentes autorités nationales de protection des données personnelles, la doctrine du Groupe de l'article 29 est influente (O. LYNSKEY, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford, OUP, 2015, p. 10) et revêt un intérêt et une autorité particulière (ainsi, par exemple, l'avis sur les cookies, précité, a amené une modification en profondeur des pratiques des propriétaires de sites Internet). Les avis du Groupe ont par ailleurs à plusieurs reprises été cités dans les conclusions de l'avocat général de la Cour de justice de l'Union européenne (voy. les conclusions dans les affaires *Welltimmo s.r.o. v. Nemzeti Adatvédelmi és formációs szabadság Hatalom* (C-230/14)).

du fait de la relation de subordination existant entre le travailleur et son employeur. Ainsi, « si le consentement du travailleur est nécessaire et que l'absence de consentement peut entraîner un préjudice réel ou potentiel pour le travailleur, le consentement n'est pas valable (...), dans la mesure où il n'est pas donné librement. (...) Si le travailleur n'a pas la possibilité de refuser, il ne s'agit pas de consentement. (...) Une pierre d'achoppement peut exister si le consentement est une condition d'emploi. Le travailleur peut, en théorie, refuser de donner son consentement, mais il peut perdre alors une opportunité d'emploi. Dans ces circonstances, le consentement n'étant pas donné librement, n'est donc pas valable. La situation est encore plus claire, comme c'est souvent le cas, lorsque tous les employeurs imposent des conditions d'emploi identiques ou similaires » (187). La possibilité d'un consentement valable n'est cependant pas totalement exclue, mais il reviendra à l'employeur d'établir que la volonté du travailleur était effectivement libre et que des garanties suffisantes existaient à cet égard (188).

47. En matière de santé, pratiquer un tarif substantiellement plus important pour les personnes qui refusent de voir leurs données traitées par le biais d'un dossier médical électronique (DME) invalide également le consentement (189). Les personnes concernées ne consentent en effet dans ce cas pas en toute liberté, n'ayant pas d'autres options pour se faire soigner (le DME est en effet un dossier unique regroupant toutes les données médicales du patient, accessible aux professionnels de la santé (190)) et voulant en réalité éviter la sanction pécuniaire qui leur serait autrement appliquée. Il en va de même lorsque les soins sont déniés à ceux qui ne consentent pas ou bien lorsque les soins sont de qualité inférieure : « [u]n consentement

Google Spain (C-131/12) et Scarlet Extended (C-70/10)). Les avis du Groupe sont en outre aisément accessibles à tous à l'adresse web mentionnée ci-dessus.

(187) G29, Avis 8/2001 sur le traitement des données à caractère personnel dans le contexte professionnel, p. 32 ; K. ROSIER, « Gestion et protection des données à caractère personnel dans la relation de travail », in *Le droit du travail à l'ère du numérique*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 79-80.

(188) K. ROSIER, « Gestion et protection des données à caractère personnel dans la relation de travail », *op. cit.*, pp. 79-80, qui fait remarquer qu'en droit belge, le consentement pourra être valable lorsque l'on démontre que le traitement vise à accorder un avantage au travailleur-personne concernée (art. 27 de l'arrêté royal du 13 février 2001 portant exécution de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. G29, Avis 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, p. 16.

(189) G29, Avis 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, p. 16.

(190) L'un des buts de la mise en place des DME est de diminuer les frais du budget de la santé des États, en facilitant l'accès et l'interconnexion des données aux divers intervenants.

donné sous la menace de privation de traitement ou de traitement de moindre qualité dans une situation médicale ne saurait être considéré comme libre » (191).

48. En matière de droit de retrait, une fois celui-ci retiré par la personne concernée, il serait déloyal (192) pour le responsable du traitement de continuer le traitement en invoquant tout à coup un autre fondement (par exemple, son propre intérêt légitime). Comme le note le Groupe de l'article 29 : « [e]n effet, si le traitement pouvait être effectué dès le début sur la base de cet autre fondement, on pourrait considérer qu'il est trompeur ou intrinsèquement déloyal de présenter les choses à l'intéressé comme si le traitement était subordonné à son consentement. (...) En principe, on considère un consentement comme défaillant lorsqu'aucun retrait effectif n'est autorisé » (193).

49. Le règlement en cours d'adoption reprenant la définition du consentement telle que contenue dans la directive 95/46 et y intégrant par ailleurs la doctrine du Groupe de l'article 29, ne devrait pas apporter de modification par rapport à ce qui précède (le droit de retrait, qui était implicite dans la directive devient même explicitement mentionné à l'article 7.3).

§ 3. *Le consentement doit être « informé »*

50. La directive 95/46, et à sa suite la LVP, prévoient une réglementation particulière de l'obligation de renseignement avant tout accord relatif au traitement envisagé par le responsable du traitement (194).

51. Le responsable du traitement doit informer la personne concernée quant à l'objet du traitement à laquelle elle est invitée à consentir. C'est ainsi que l'individu doit être informé des données qui

(191) G29, Document de travail 131 du 15 février 2007 sur le traitement des données à caractère personnel relatives à la santé contenues dans les dossiers médicaux électroniques (DME), p. 9, disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp131_fr.pdf.

(192) Art. 6.1.a de la directive 95/46 ; art. 4, § 1^{er}, 1^o, LVP ; art. 5.a de la proposition de règlement.

(193) G29, Avis 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, pp. 14-15.

(194) En ce qui regarde le droit commun de l'information précontractuelle, voy. la contribution de S. GOLDMAN, S. LAGASSE dans le présent ouvrage (« Actualités dans l'appréhension du déséquilibre contractuel en droit commun »).

vont être traitées (195) ainsi que des finalités de ce traitement (196), c'est-à-dire pour quel(s) but(s) précis il va les utiliser. On peut faire le parallèle avec l'exigence de mentionner précisément dans le contrat de droit d'auteur les modes d'exploitation de l'œuvre (197). Le responsable du traitement doit également clairement s'identifier (198), afin que n'existe nul doute dans l'esprit de la personne concernée quant à la personne avec qui il contracte et contre laquelle il pourra, le cas échéant, exercer les recours que la loi lui confère. Notons encore que la loi belge impose également au responsable du traitement de signaler à la personne concernée l'existence d'un droit de s'opposer, sur demande et gratuitement, au traitement de données à caractère personnel la concernant envisagé à des fins de direct marketing (199).

52. Le responsable du traitement est en outre tenu de donner « toute autre information » nécessaire pour que le traitement envisagé soit loyal (200) à l'égard de la personne concernée, le but étant que la personne concernée dispose de « tous les éléments nécessaires pour apprécier les risques et les avantages liés au traitement de données » (201).

L'article 10 de la directive 95/46 cite en exemple à cet égard :

- les destinataires ou les catégories de destinataires des données ;
- le fait de savoir si la réponse aux questions posées à la personne concernée est obligatoire ou facultative, ainsi que les conséquences éventuelles d'un défaut de réponse ;
- l'existence d'un droit d'accès aux données la concernant et de rectification de ces données (202).

(195) Art. 6.1.a et 10 de la directive 95/46. Voy. G29, Avis 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, p. 19.

(196) Art. 10.b de la directive 95/46 ; art. 9, § 1^{er}, b, LVP ; art. 14.1.b de la proposition de règlement.

(197) Art. XI.167, § 1^{er}, al. 4, CDE. Voy. *supra* n^o 24 et s.

(198) Art. 10.a de la directive 95/46 ; art. 9, § 1^{er}, a, LVP ; art. 14.1.b de la proposition de règlement.

(199) Art. 9, § 1^{er}, c, LVP.

(200) Le traitement doit être en toute circonstance « loyal » à l'égard de la personne concernée (art. 6.1.a de la directive 95/46 ; art. 4, § 1^{er}, 1^o, LVP ; art. 5.a de la proposition de règlement).

(201) B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 114.

(202) La personne concernée dispose en effet de ces droits de par les articles 12.a et 12.b de la directive 95/46 (art. 10 et 12 LVP ; art. 15 et 16 de la proposition de règlement) et le législateur européen souhaite qu'elle en soit informée afin d'en assurer l'effectivité.

Quoiqu'en théorie ces informations « supplémentaires » ne doivent pas être fournies s'il est possible de prouver que leur absence ne rend pas le traitement déloyal, on constate qu'en pratique elles sont (presque) toujours données. Étant donné leur mention expresse tant dans la directive que dans la loi, il paraît en effet risqué pour les responsables de traitements de s'en exempter. En tout état de cause, il convient de noter que l'article 14 de la proposition de règlement fait de toutes ces informations « facultatives mais sérieusement conseillées » des informations obligatoires, de sorte qu'à l'avenir, tout doute sera exclu sur ce point.

53. Il convient également de remarquer que si la personne concernée est déjà informée de l'ensemble des informations ci-dessus, ces dernières ne doivent pas être à nouveau données(203). Le cas est toutefois plutôt rare.

54. Enfin, relevons que si le fond est essentiel, la forme et l'accessibilité de l'information le sont autant :

- « la manière dont les informations sont communiquées (texte clair, sans jargon, compréhensible, visible) est capitale pour apprécier si le consentement est "informé". La manière dont les informations doivent être fournies dépend du contexte. Un utilisateur moyen devrait être en mesure de les comprendre »(204) ;

(203) Comparer en matière de contrats à distance : (1) l'article 5.1 de l'ancienne directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance : « Le consommateur doit recevoir, par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès, confirmation des informations mentionnées à l'article 4, paragraphe 1, points a) à f), en temps utile lors de l'exécution du contrat et au plus tard au moment de la livraison en ce qui concerne les biens non destinés à la livraison à des tiers, à moins que ces informations n'aient déjà été fournies au consommateur préalablement à la conclusion du contrat par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès. » (nous soulignons) et (2) l'article 7 de la directive 2011/83 relative aux droits des consommateurs : « 7. Le professionnel fournit au consommateur la confirmation du contrat conclu, sur un support durable et dans un délai raisonnable après la conclusion du contrat à distance et, au plus tard, au moment de la livraison du bien ou avant le début de l'exécution du service. Cette confirmation comprend : a) toutes les informations visées à l'article 6, paragraphe 1, sauf si le professionnel a déjà fourni ces informations au consommateur sur un support durable avant la conclusion du contrat à distance ; (...) » (nous soulignons).

(204) G29, Avis 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, p. 22. On rappellera en outre ici l'article VI.37 du Code de droit économique, édictant que « § 1^{er}. Lorsque toutes ou certaines clauses d'un contrat entre une entreprise et un consommateur sont écrites, ces clauses doivent être rédigées de manière claire et compréhensible. § 2. En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut. Cette règle d'interprétation n'est pas d'application dans le cadre de l'action en cessation visée au livre XVII. Un contrat entre une entreprise et un consommateur peut être interprété notamment en fonction des pratiques commerciales en relation directe avec celui-ci ». A. PUTTEMANS, *Droit économique et droit de la propriété intellectuelle*, op cit, pp. 246-248.

- il ne suffit pas que l'information soit disponible quelque part sur le site du responsable du traitement : ce dernier doit activement fournir l'information précitée, directement à la personne concernée(205). Ce dernier point est hélas souvent perdu de vue en pratique, beaucoup de responsables du traitement se contentant de placer un lien en bas de la page d'accueil de leur site, qui plus est généralement perdu parmi les diverses « mentions légales »(206).

§ 4. *Le consentement doit avoir un objet spécifique*

55. Cette condition est liée à la précédente, l'information de la personne concernée devant nécessairement décrire avec précision l'objet soumis à son consentement. Le responsable du traitement doit indiquer clairement quelles données seront traitées, et à quelles fins. Comme en matière de droit d'auteur et de droit à l'image, le consentement de la personne concernée ne peut pas être général(207).

De même que l'auteur(208) ne peut pas céder « son droit d'auteur » sans plus de précision(209), la personne concernée ne peut consentir au traitement de « ses » données personnelles. Les données visées et les usages envisagés doivent être concrètement et clairement exposés, en se rappelant que la réglementation, comme celle en matière de droit d'auteur, ne vise pas à conférer un laisser-passer au responsable du traitement mais bien à protéger la personne concernée en

(205) Art. 10 de la directive 95/46 (« (...) le responsable du traitement *doit fournir* [l'information prévue par ledit article 10] » (nous soulignons). Voy. aussi G29, Avis 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, p. 22.

(206) E. LIEVENS, E. WAUTERS, P. VALCKE (eds), *Sociale media anno 2015*, Anvers/Cambridge, Intersentia, 2015, p. 57. En matière de contrats à distance, la Cour de justice a déjà eu l'occasion de juger qu'un simple lien ne suffisait pas pour assurer l'information effective du consommateur (C.J.U.E., 5 juillet 2012, *Content Services Ltd v. Bundesarbeiterkammer*, aff. C-49/11).

(207) Art. 7.a *juncto* 10.b de la directive 95/46. G29, Avis 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, p. 19. En matière de droit à l'image « classique », l'autorisation doit être « spéciale », ce terme revêtant le même sens que « spécifique » : « L'autorisation doit être spéciale, c'est-à-dire qu'elle doit porter sur un plusieurs usages déterminés d'une ou plusieurs photographies déterminées, ou au moins être limitée soit à certains types d'utilisation de l'image (not. dans le temps), soit à certaines images. » M. ISGOUR, *Le droit à l'image*, *op. cit.*, p. 160. En ce qui concerne le droit d'auteur, on renvoie à la partie y relative dans la présente contribution, au sujet des modes d'exploitation.

(208) On vise ici l'auteur personne physique, à distinguer de l'« auteur » au sens large, qui peut également recouvrir les personnes morales, cessionnaires des droits de l'auteur originaire. Le cessionnaire du droit d'auteur ne bénéficie pas de la protection particulière accordée à l'auteur originaire. Voy. sur ce point la partie II de la présente contribution, *supra*, n° 7.

(209) Voy. *supra*, n° 24 et s.

restreignant la portée de son accord et en lui permettant de le comprendre clairement (210).

§ 5. *Le consentement doit être certain*

a) Principe

56. Écrire que le consentement de la personne concernée doit être « indubitable » revient, en termes plus classiques, à exiger que son acceptation du traitement de ses données soit certaine. L'adjectif « indubitable » signifie en effet « ce dont la réalité ou la vérité ne peut être mise en doute » (211) et a précisément pour synonyme « certain » (212). La version anglaise de la directive 95/46 confirme cette interprétation, le consentement devant être « unambiguous », c'est-à-dire dépourvu de toute ambiguïté. Malgré la différence terminologique, il n'y a donc là que la confirmation d'une règle bien établie en droit commun. Le responsable du traitement ne peut dès lors pas traiter les données d'une personne si le consentement de cette dernière prête à équivoque.

b) La preuve de l'acceptation de la personne concernée

1° Régime général

57. Si le principe est connu, une différence peut toutefois être décelée dans ce qui peut constituer une manifestation de volonté certaine. L'on sait qu'en droit belge l'accord d'une partie peut en principe être déduit de son silence, à condition qu'il soit circonstancié (213). Les éléments de faits de la cause, parmi lesquels le comportement de la personne, peuvent ainsi donner à son silence valeur d'acceptation. Le comportement de la personne peut être aussi bien positif que négatif. Le fait de donner exécution à un contrat, quoique l'on ait jamais expressément formulé son accord, fait ainsi présumer

(210) C'est la même *ratio legis* qui a guidé le législateur belge lors de la conception des règles en matière de contrats de droit d'auteur. Voy. à ce sujet la partie relative au droit d'auteur dans la présente contribution.

(211) Dictionnaire du CNRS, disponible en ligne sur <http://atilf.atilf.fr>.

(212) *Ibidem*.

(213) R. JAFFERALI, « L'opposabilité des conditions générales dans les contrats internationaux », in P.A. FORIERS (coord.), *Les conditions générales de vente*, coll. UB⁹, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 82. *Adde* depuis lors Cass., 8 mai 2015, n° C.14.0231.N : le consentement peut être tacite s'il ressort d'un comportement qui n'est susceptible d'aucune autre interprétation et implique, dès lors la volonté de conclure un contrat.

l'acceptation de cette convention mais le fait de ne pas s'opposer à des opérations financières pratiquées à partir de son compte alors qu'on est un investisseur averti fait aussi preuve du mandat donné à la personne ayant pratiqué ces opérations (214). Tant l'action que l'abstention peuvent donc, en fonction des circonstances de la cause, signifier l'accord de la partie concernée, quand bien même celle-ci reste silencieuse.

58. Il n'en va pas de même en matière de données personnelles. Si l'accord de la personne concernée quant au traitement de ses données personnelles peut être inféré de son action (215), il n'est pas possible de pratiquer la même induction à partir de son abstention (216). L'inaction de l'individu, même circonstanciée (217), ne peut ainsi pas être interprétée comme le signe de son consentement. Ce principe découle de trois considérations différentes : un argument de texte tiré de la version anglaise de la directive 95/46, une certaine conception de la valeur herméneutique du silence et enfin une considération d'opportunité (ce dernier point est développé au § 60).

La directive, dans son texte anglais, définit le consentement comme « toute *indication* de ses souhaits, librement donnée, spécifique et informée, par laquelle la personne concernée *signifie* son accord quant au traitement de ses données à caractère personnel » (218). De la conjonction du terme « indication » et du verbe « signifier », le Groupe de l'article 29 a estimé que la notion de consentement au sens de la directive 95/46 requerrait nécessairement une action de la part de l'individu, une simple inaction ne suffisant pas (219). En outre, toujours selon le Groupe de l'article 29, l'inaction de la personne concernée est intrinsèquement ambiguë, surtout dans l'univers en ligne, sa passivité pouvant aussi bien vouloir dire qu'elle n'entend

(214) Cass. (3^e ch.) R.G. n° C.10.0186.F, 6 juin 2011, (*S.R./Fortis Banque*), *Pas.*, 2011, liv. 6-8, 1610, égal. disponible sur www.juridat.be.

(215) G29, Avis 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, pp. 12-13.

(216) G29, Avis 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, pp. 13-4.

(217) G29, Avis 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, p. 13.

(218) Traduction libre de « the data subject's consent' shall mean any freely given specific and informed indication of his wishes by which the data subject signifies his agreement to personal data relating to him being processed. » (art. 2.h de la directive 95/46).

(219) G29, Avis 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, p. 12. Le Groupe de l'Article 29 a tenté de tirer la même conclusion, de manière peu convaincante, de l'interprétation du verbe « donner » utilisé dans la version française de la directive (G29, Avis 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, p. 13).

pas prendre la peine de signifier son désaccord quant au traitement de ses données (220).

59. D'importantes conséquences pratiques découlent de ce qui précède. C'est ainsi que l'usage de cases pré-cochées sur Internet (système dit du *opt-out*) ne permet pas au responsable du traitement d'établir que la personne concernée a consenti au traitement de ses données (221), quand bien même la signification de ces cases serait claire. L'usage d'un lien renvoyant vers une politique de vie privée et mentionnant que l'usage d'un site emporte consentement au traitement de ses données ne vaut pas non plus consentement, lorsque l'individu n'est pas forcé de cliquer sur ce lien pour utiliser le site (222). L'envoi d'un e-mail informant la personne concernée que ses données seront transférées à un tiers sauf contordre de sa part dans un certain délai n'est pas plus licite (223). Déduire l'acceptation par la personne concernée du placement de cookies sur son ordinateur du fait qu'elle n'a pas modifié les réglages par défaut de son navigateur est pareillement impossible (224), comme l'est également la publication de ses données personnelles sur un réseau social, au motif qu'elle n'a pas non plus changé les paramètres autorisant cette publication par défaut.

60. On le voit, le souci du Groupe de l'article 29 est ici de réaliser une interprétation téléologique de la notion de consentement, afin que celle-ci ne puisse être détournée de son but par le responsable du traitement. L'exigence de consentement est en effet prévue comme une protection pour l'individu, qui doit réellement marquer son accord sur le traitement de ses données personnelles. On veut par-là éviter que le responsable du traitement ne détourne le consentement de son but pour retourner la situation et se défaire de sa propre responsabilité sur la personne concernée (225) en mettant à la charge

(220) G29, Avis 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, p. 24, § 2.

(221) *Ibid.*, p. 27.

(222) *Ibid.*, p. 23. Il en irait par contre différemment si une fenêtre apparaissait à l'ouverture du lien, obligeant la personne concernée à prendre connaissance des conditions. Si la personne concernée continue en pleine connaissance de cause à utiliser le site, on peut considérer qu'elle pose un acte volontaire et qu'il ne s'agit plus d'une simple inaction. P. CONGO, « Le marketing viral et le traitement des données », *D.A.O.R.*, 2010, p. 461.

(223) G29, Avis 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, p. 24.

(224) G29, Avis 2/2010 du 22 juin 2010 sur la publicité comportementale en ligne, p. 16, disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_fr.pdf.

(225) G29, Avis 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, p. 9.

de cette dernière le soin de signifier son désaccord. Il appartient au responsable du traitement d'obtenir le consentement de la personne concernée et la preuve lui en appartient concrètement, effectivement.

Une telle position paraît raisonnable dans l'univers en ligne, dominé par de grands conglomérats (226), et au sein duquel le consommateur moyen se sent bien souvent dépourvu de tout moyen de peser dans la balance (c'est un euphémisme). On peut toutefois émettre des réserves lorsque la personne concernée et le responsable du traitement sont sur un pied d'égalité ou que, en tout cas, la personne concernée est bien au fait de ses droits. C'est ainsi qu'un mannequin professionnel, informé clairement par la marque à qui elle a cédé le droit d'usage de son image sur Internet, que ladite cession couvre (par ex.) l'apposition de son image (227) sur des bannières (228), serait à notre avis malvenue de s'opposer ensuite à cette utilisation alors même qu'elle n'aurait rien dit.

2° Régime spécial en matière de données sensibles

61. Les données sensibles et médicales sont celles « qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que [les] données relatives à la santé et à la vie sexuelle » (229). L'article 8.2.a de la directive 95/46 exige que, dans ce cas, le consentement soit « explicite », c'est-à-dire en réalité « exprès ». La personne concernée doit donc exprimer formellement son accord et il n'est en principe pas possible de déduire le consentement de son seul comportement. Bien que la directive n'impose pas l'écrit et que le consentement exprès puisse se donner oralement, le responsable du traitement fera bien, pour des raisons pratiques évidentes, de se réserver la preuve du consentement de la personne concernée et d'exiger un

(226) Sur le retour en grâce des conglomérats à l'ère numérique voy. J. GAPPER, « Alphabet can create a clever conglomerate », *Financial Times* 12 août 2015, disponible en ligne : <http://www.ft.com/ems/s/0/1a2c98f4-40d7-11e5-b98b-87c7270955ef.html#axzz3wSkKAUwB>.

(227) L'on rappelle que l'image est une donnée personnelle.

(228) « Sur le web, une bannière (appelée aussi bandeau) est une annonce publicitaire, le plus souvent illustrée, occupant un espace défini sur un site web (appelé espace publicitaire). » (<http://www.dictionnaireduweb.com/banniere-bandeau/#more-2272>).

(229) Art. 8.1 de la directive 95/46.

écrit (230). En droit belge, la question ne se pose toutefois pas, les articles 6 et 7 LVP, qui transposent l'article 8 de la directive 95/46, n'admettant en matière de données sensibles que le consentement écrit de la personne concernée.

3° Le régime prévu par la proposition de règlement

62. L'interprétation exposée ci-dessus du Groupe de l'article 29 a été entérinée par la proposition de la Commission européenne du 25 janvier 2012 de règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données) – à un détail près.

L'on remarque ainsi que le considérant 25, qui explicite ce qu'il faut entendre par consentement certain, semble, dans sa version anglaise, infléchir légèrement la position du Groupe de l'article 29. C'est ainsi que ce considérant, après avoir rappelé que le consentement de la personne concernée doit être exprès ou pouvoir être déduit d'une action de sa part (comme le fait de cocher une case sur un formulaire), en conclut que « le silence ou l'abstention ne *devrait* donc pas valoir consentement » (231). L'usage du conditionnel pourrait ainsi sembler réintroduire une marge d'appréciation, même si limitée, à l'interprète.

Nous ne le pensons cependant pas. En effet, d'une part, les considérants d'un règlement sont toujours rédigés au conditionnel et, d'autre part, la version française de la proposition de règlement dispose que « Il ne saurait dès lors y avoir de consentement tacite ou passif. » (232), ce qui ne laisse pas place au doute. Il convient ensuite de constater que le terme « *should* » est parfois employé en anglais pour « *shall* » (233) ; la différence entre les deux termes paraît donc moins marquée qu'en français. Enfin, la proposition de règlement elle-même, emploie ailleurs le vocable « *should* » dans les considérants pour désigner des obligations incontestables du responsable du

(230) Notons cependant que la notion d'écrit s'entend de manière fonctionnelle et qu'une signature électronique, par exemple, fait office d'équivalent.

(231) « Silence or inactivity *should* therefore not constitute consent » (nous soulignons).

(232) La version française de la proposition de la commission est accessible à l'adresse suivante : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:52012PC0011>.

(233) A.J. THOMPSON et A.V. MARTINET, *Grammaire de l'anglais d'aujourd'hui*, Oxford, OUP, 1984, pp. 254-255 et p. 364.

traitement (voy. par ex. le considérant 30 de la proposition de règlement qui expose que le traitement « devrait » être loyal et licite (234), tandis que l'article 5 fait usage de l'indicatif « doit » (235)).

4° Esprit commun avec les contrats de droit d'auteur

63. On remarquera à nouveau une convergence avec les règles en matière de contrats de droit d'auteur, où le consentement de l'auteur doit nécessairement se prouver par « écrit » (236). La *ratio legis* de cette règle est la volonté du législateur de protéger l'auteur, présumé être la partie faible. On retrouve un souci similaire en matière de données personnelles. Si, ici, l'écrit au sens strict n'est pas le seul moyen de preuve du consentement de la personne concernée (237), la protection revenant à cette dernière est toutefois plus forte qu'en droit commun, requérant au minimum un acte positif de sa part, de nature à être enregistré par le responsable du traitement. On notera d'ailleurs que la distance entre le droit des données personnelles et le droit d'auteur, apparemment plus exigeant, est moins grande qu'on ne pourrait le penser, l'exigence d'un « écrit » au sens de l'article XI.167, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, du Code de droit économique ne devant pas s'entendre au sens de convention écrite en bonne et due forme et pouvant être satisfaite par le biais d'échanges de correspondance, de factures, etc. (238).

§ 6. Droit de retrait

64. Comme on l'a signalé plus haut, le consentement de la personne concernée doit perdurer au-delà du premier moment du traitement. Cette exigence de durée du consentement est garantie par le droit de retrait qu'a la personne concernée de reprendre à tout moment son consentement. Le droit de retrait, dont on a signalé

(234) « Any processing of personal data *should* be lawful, fair and transparent (...) » (nous soulignons).

(235) « Personal data *must* be (...) processed lawfully, fairly and in a transparent manner in relation to the data subject » (nous soulignons).

(236) Voy. *supra*, n° 14.

(237) Le premier projet de la directive 95/46 imposait le consentement écrit ; on a toutefois préféré la notion de consentement « indubitable » afin de favoriser l'application souple de la directive en fonction des évolutions technologiques, et notamment l'informatique en ligne, permettant aux personnes concernées de manifester leur consentement par le biais d'autres techniques, tel le cochage d'une case dans un formulaire en ligne ou le cliquage de liens.

(238) A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, op. cit., pp. 216-217.

que cette institution était connue en droit de la consommation, en droits de la personnalité ainsi qu'en droit d'auteur français et allemand, vise à permettre à l'individu de conserver le contrôle de ses données, en particulier en lui permettant d'en arrêter la prolifération. Implicite dans la directive 95/46(239), le droit de retrait est explicitement prévu dans la directive « vie privée et communications électroniques »(240). Lorsque la proposition de règlement général sur la protection des données verra le jour, le droit de retrait sera définitivement consacré (voy. les considérants 33, 53 et l'article 7.3 dudit règlement), conférant ainsi une certitude bienvenue à une importante prérogative de la personne concernée.

CONCLUSIONS

65. On l'a vu, les créations intellectuelles et les données personnelles sont devenues des valeurs d'échange dans l'économie de l'information. Les contrats relatifs aux droits accordés aux auteurs et personnes physiques permettent la protection et la valorisation de ces actifs.

Comme le droit d'auteur, les données personnelles de la personne concernée peuvent circuler grâce aux contrats et être ultérieurement transférées à des tiers, pour autant que la personne concernée ait été informée de cette possibilité et qu'elle ait également marqué son accord(241). Ces conventions de transfert peuvent être comparées aux contrats de licence(242), car le responsable du traitement n'a jamais qu'un droit d'usage sur les données en sa possession et ne peut donc pas conférer davantage de droits au tiers à qui il communique les données. De même qu'en droit d'auteur, la validité du consentement initial de l'auteur conditionne la chaîne des conventions ultérieures conclue par l'exploitant de l'œuvre, la validité du consentement de la personne concernée influe également sur toutes

(239) Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, Conseil de l'Europe & Greffe de la Cour européenne des droits de l'homme, *Handbook on European data protection law*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2014, p. 60 ; G29, Avis 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, p. 37. B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée, op. cit.*, p. 114.

(240) Directive 2002/58.

(241) Art. 10.c *juncto* et art. 7.a de la directive 95/46. L'étude des contrats de transferts de données personnelles entre le responsable du traitement et des tiers dépasserait toutefois le cadre de la présente étude.

(242) O. LYNSKEY, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford, OUP, 2015, p. 230.

les opérations effectuées par le responsable du traitement en aval de la première collecte des données auprès de l'individu. Il est donc primordial pour le juriste d'avoir pleine conscience des spécificités de ces matières afin d'apprécier correctement la conformité des diverses transactions conclues par les entreprises autour de ces actifs immatériels.

L'on attirera encore l'attention du lecteur sur le fait que l'importance de ce qui précède est encore appelée à croître. C'est ainsi que l'article 3 de la proposition de la Commission du 9 décembre 2015 de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique⁽²⁴³⁾ considère le transfert de données personnelles du consommateur comme pouvant constituer la contrepartie des services fournis, au même titre que le paiement d'un prix en argent. La Commission reconnaît par-là expressément la valeur économique des données personnelles et leur usage par de nombreuses sociétés comme moyen d'échange en lieu et place de la monnaie. Une étape de plus sur la voie de la réification (ou, en anglais, « commodification ») des données personnelles semble ainsi en voie d'être accomplie. Le processus d'adoption de cette directive fera donc l'objet d'un suivi attentif.

On l'aura noté également, le but des législations étudiées dans la présente contribution est de protéger la personne réputée faible, à savoir l'auteur et la personne concernée. Tant l'auteur que la personne concernée sont au centre des préoccupations du législateur et il convient de leur accorder toute la place qui leur revient. Ce faisant, il ne faut toutefois pas perdre de vue que le contrôle des actifs immatériels par les contrats, qui conditionnent la possibilité de les valoriser, doit aussi tenir compte des impératifs de la libre circulation des données, de la libre concurrence et de la liberté d'expression. La pondération des droits et des intérêts et la recherche du juste équilibre est donc primordiale⁽²⁴⁴⁾.

En cette heure où de nouveaux domaines économiques et juridiques se construisent, le rôle de l'interprète est dès lors plus crucial que jamais, l'équilibre de la société de l'âge numérique en dépend.

(243) COM(2015) 634 final - Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique.

(244) Sur la balance des droits et des intérêts, voy. la thèse de T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larcier, 2005.

À ce propos, nous reviennent à l'esprit les mots d'Ulpien : « Celui qui s'adonne au droit doit d'abord savoir d'où vient ce mot (*ius*). Il tire son nom de la justice. (245) (...) La justice consiste dans la volonté constante et persistante d'attribuer à chacun ce qui lui revient » (246).

Au temps du *tweet*, le juriste doit-il encore se soucier de ces considérations ? La réponse appartient à chacun d'entre nous – et ne doit pas forcément être exprimée en moins de 140 caractères.

(245) *Digeste*, I, 1, 1. Disponible en ligne sur le site de l'université de Grenoble, à l'adresse http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Francogallica/Digeste1_fran.htm.

(246) *Digeste*, I, 1, 10.