

Séminaire Contrats et propriété intellectuelle

9 janvier 2007

Exclusivité contractuelle et propriété intellectuelle

Exposé réalisé par Soazig LE LEUCH et Sylvain CHATRY
étudiants en Master 2 Recherche Propriété Intellectuelle
Université de Nantes

« L'enfer c'est les autres » disait Sartre.

Ce serait donc pour se protéger d'autrui que les parties concluraient des contrats stipulant l'exclusivité des droits ? Il convient de distinguer la PLA et la PI. En PLA, « l'exclusivité est de l'essence du droit d'auteur et surtout l'âme du commerce et de la culture »¹. En PI, l'exclusivité confère une protection économique et un avantage concurrentiel. Le postulat étant que le bénéficiaire de l'exclusivité ne connaîtra aucune concurrence sur l'exploitation de l'objet du contrat.

Exclusivité contractuelle

L'exclusivité est utilisée depuis très longtemps. Le premier contrat stipulant l'exclusivité est un contrat conclu en 1340 entre le roi d'Angleterre et les marchands de drapiers de Bruges. Il organisait la livraison de laines au profit exclusif de la couronne. L'exclusivité se développera, par la suite, dans le domaine de la distribution par l'apparition de réseaux de concessionnaires automobiles c'est-à-dire de la sélection par les fabricants d'un revendeur exclusif par zone d'achalandage. L'exclusivité se retrouve dans les lois américaines anti-trust. Ce mécanisme prendra de l'ampleur en France après la Seconde Guerre Mondiale.

Il n'y a pas vraiment de définition de l'exclusivité pourtant la notion fait partie des fondements des rapports humains. On en a une approche par son régime juridique. L'exclusivité n'existe pas en soi. Il faut un but.

Possession sans partage, l'exclusivité « écarte de la jouissance d'un droit toute autre personne que le titulaire »². Afin de délimiter notre étude, il convient d'établir une distinction entre le caractère exclusif des droits de propriété intellectuelle et l'exclusivité accordée à un tiers par contrat sur un droit de propriété intellectuelle. Le premier relevant de la nature du droit, la seconde relevant du contenu du contrat. Nous nous limiterons donc à l'exclusivité accordée par contrat.

En droit commercial, une clause d'exclusivité est une « clause d'un contrat par laquelle l'une des parties s'engage à ne pas conclure d'autres accords identiques avec un tiers. »³ Cette

¹ Propriété littéraire et artistique, P.Y. Gautier, 4^{ème} édition, PUF

² Vocabulaire juridique, Cornu, PUF

³ Lexique des termes juridiques, 13^{ème} édition, Dalloz

définition renvoie à l'exclusivité organisée par l'article L.330-3 c.com. L'exclusivité contractuelle en propriété intellectuelle s'inspire des pratiques du droit commercial.

Contrats de propriété intellectuelle

Traditionnellement, la loi distingue entre deux sortes de contrats de propriété intellectuelle : la cession et la licence. En effet, en droit des marques ou des brevets, le titulaire d'une marque ou le propriétaire d'un brevet peut soit céder son droit soit le concéder. D'une part, le contrat de cession s'apparente à une vente de biens incorporels (créance, droit,...). La propriété incorporelle sur ce droit est alors transférée du cédant au cessionnaire. D'autre part, la licence est « le contrat par lequel le titulaire d'un droit concède à un tiers, en tout ou partie, la jouissance de son droit d'exploitation, gratuitement ou à titre onéreux(...) »⁴. Le contrat de licence se rapproche d'un contrat de bail mais se distingue en ce que le bail est toujours un contrat exclusif. En effet, il n'est pas possible de donner à bail à deux personnes différentes simultanément.

Cette distinction est moins prononcée en propriété littéraire et artistique. Le CPI évoque principalement la cession des droits d'auteur et droits voisins. Cela signifie-t-il que l'auteur ou le titulaire des droits voisins ne peuvent que transférer la totalité des droits au premier cessionnaire ? Non. Desbois⁵ insiste sur le fait que cette cession n'est pas une cession pure et simple mais constitue plutôt un contrat qui s'apparente à une convention d'exploitation avec des obligations réciproques autre que le paiement du prix. De plus, les œuvres nouvellement protégées par le droit d'auteur font l'objet de licences⁶.

Par conséquent, la distinction entre cession et licence apparaît difficile à réaliser dans le cadre de la propriété intellectuelle. Cependant, comme l'affirme M. Raynard⁷, ce qui compte dans la distinction entre contrats de propriété intellectuelle, ce n'est pas tant la qualification du contrat en cession ou licence mais c'est l'exclusivité ou non des droits transmis.

⁴ Lexique des termes juridiques, 13^{ème} édition, Dalloz

⁵ Le droit d'auteur en France, H. Desbois

⁶ Le CPI prévoit la licence d'exploitation explicitement pour une base de données (art. L.342-1 CPI) et implicitement pour le logiciel (art.L.122-6 CPI)

⁷ Soutenance de thèse de Mme G. Cousin, « Intérêt général et propriété industrielle », 30 novembre 2006

L'exclusivité est donc le cœur de la distinction entre contrats de propriété intellectuelle. Il existe des contrats exclusifs et d'autres non exclusifs.

Exclusivité contractuelle et CPI

Notre étude ne prendra pas en considération les cessions pure et simple de droits exclusifs : contrat de production audiovisuelle (art. L.132-23 et s. CPI), contrat de commande pour la publicité (art. L.132-31 CPI), cession de brevet et de marques. En effet, les débats relatifs à ce type d'exclusivité relèvent plus de la justification du caractère exclusif du droit de propriété intellectuelle accordé au titulaire originaire que de l'exclusivité accordé par contrat à un exploitant.

Les dispositions du CPI n'imposent dans aucun contrat l'exclusivité des droits⁸. Ainsi, en propriété littéraire et artistique, les dispositions sur le contrat d'édition et le contrat de représentation permettent de démontrer que le CPI ne prend part ni en faveur ni contre l'exclusivité. En effet, le contrat d'édition est exclusif sauf convention contraire (art. L.132-8 CPI). Le contrat de représentation est non exclusif sauf convention contraire (art. L.132-19 CPI). Certes, la pratique voit se développer de nombreux contrats contenant une clause d'exclusivité. Le contrat d'enregistrement exclusif en est une illustration. Encore, le législateur ne mentionne pas d'exigence de contenu dans un contrat de licence d'un dessin ou modèle. Enfin, en droit des marques et droit des brevets, le législateur laisse ouverte l'option entre exclusivité ou non-exclusivité des licences d'exploitation (art. L.613-8 et L.714-1 CPI).

Exclusions

Deux exclusions peuvent être opérées. D'une part, les contrats non volontaires tels que les licences d'offices ne seront pas analysés. Nous n'aborderons que les contrats voulus par les deux parties. De plus, le CPI exclut l'exclusivité pour ces licences⁹. D'autre part, le droit moral en PLA, incessible par nature, ne peut faire l'objet d'exclusivité contractuelle.

Intérêt du sujet

⁸ Nous excluons l'exigence de non-exclusivité des licences d'office qui ne constituent pas des contrats volontaires. Par exemple en matière d'obtention végétale (art. L.623-18 CPI)

⁹art. L.623-18 CPI

L'exclusivité permet une association par le même souci du profit, autour d'un objet commun, chacun cherchant à vendre le mieux et le plus possible, à diffuser une oeuvre partout dans le monde, développer une invention, partager des connaissances et du savoir ou se réserver un avantage concurrentiel. Si elle est un stimulant économique, une composante essentielle d'un système libéral, son objet est de rééquilibrer les rapports contractuels entre créateurs et commerçants (éditeurs, galeries...).

L'organisation de l'exclusivité contractuelle résulte rarement d'une situation d'équilibre contractuel. En effet, en PLA, l'auteur ou le titulaire du droit voisin est souvent contraint de concéder l'exclusivité du ou des droits. En cas de refus de sa part, le contrat ne sera pas conclu. A l'inverse, le propriétaire d'une marque ou d'un brevet possède un avantage économique certain. Il est donc en situation de domination vis à vis d'un exploitant qui devra payer cher pour bénéficier à titre exclusif du droit.

Problématique

Ainsi, l'exclusivité contractuelle étant souvent au profit d'un cocontractant en position de domination, le rétablissement de l'équilibre entre cocontractant peut-il se réaliser par une limitation de l'exclusivité ?

Annonce du plan

Le créateur qui conclut un contrat où est insérée une clause d'exclusivité peut se trouver sous le joug de son cocontractant. Il doit donc respecter les stipulations qui restreignent son champ d'activité créatrice ou qui limitent l'exploitation qu'il pourrait faire personnellement de son oeuvre, invention ou marque. Bien que le principe reste le consensualisme, il ne faut pas cacher, en pratique, la supériorité dont dispose l'exploitant en pouvant imposer certaines conditions défavorables au créateur notamment en PLA. La situation semble atténuée en PI voire inverse (I). Toutefois, il existe des gardes-fous à ce déséquilibre, notamment grâce au droit de la concurrence.(II)

I. L'exclusivité contractuelle, résultat d'un rapport inégalitaire

L'exclusivité des droits est encadrée par les stipulations contractuelles fixées par les cocontractants. L'exclusivité est d'interprétation stricte donc les parties doivent faire extrêmement attention à la rédaction du contrat¹⁰. Ainsi, les parties doivent préciser la nature, l'objet, le domaine et la durée du comportement prohibé. L'exigence de formalisme organise, de manière différente en PLA et en PI, un renforcement de l'efficacité de l'exclusivité contractuelle (A). L'étendue de l'exclusivité dépend de son opposabilité. En l'absence de stipulations contractuelles, l'opposabilité est plutôt favorable au bénéficiaire de l'exclusivité (B).

A. L'exigence de formalisme : le renforcement des droits du bénéficiaire de l'exclusivité

Le formalisme est important en propriété intellectuelle car il permet de délimiter ce que chaque partie peut/doit ou ne peut ou ne doit pas faire. En PLA, l'exigence du formalisme des cessions de l'article L.131-3 CPI tourne au profit de l'exploitant, bénéficiaire de l'exclusivité, par une accumulation à outrance des droits concédés (1). En PI, la publicité permet de renforcer les droits du licencié, bénéficiaire de l'exclusivité (2).

1. L'abus du formalisme en PLA : l'extension de l'exclusivité dans le temps

a. Le pacte de préférence : exclusivité contractuelle sur oeuvres futures

Ainsi, on a une illustration de cette exigence avec le pacte de préférence prévu à l'article L 132-4 du CPI. On offre à l'éditeur un droit de préférence qui l'autorise à éditer en priorité les oeuvres d'un auteur précis ou être conclu intuitu personae avec une personne d'une maison d'édition dont le départ peut délier les auteurs de leurs engagements. Ce type de convention est automatiquement réalisé par écrit (contrat-cadre) et tout doit être délimité de façon très précise telle que le genre des oeuvres et le choix entre la limite temporelle ou numérique. Dans le cas contraire, le contrat est nul. En outre, il n'est pas possible d'insérer une

¹⁰ Technique contractuelle, J.M. Mousseron, 2^{ème} éd. 1999, n°1148

clause de reconduction de l'exclusivité ou de conclure deux pactes de préférence à un an d'intervalle afin de renouveler l'exclusivité car celle-ci pourrait devenir perpétuelle.

b. La détermination de la durée de l'exclusivité : l'exemple du contrat d'enregistrement exclusif

En matière de contrat d'enregistrement exclusif, le formalisme est important à un double titre. D'une part, à cause du contrat en lui-même soumis aux dispositions du CPI. D'autre part, parce que l'interprète est considéré comme un salarié donc les dispositions du code du travail s'appliquent également. L'artiste doit autoriser par écrit la fixation de sa prestation, sa reproduction, communication... (article L 212-3 du CPI) car c'est un droit de propriété incorporelle. L'écrit est donc obligatoire tout comme la détermination des conditions d'exploitation et la rémunération pour chaque mode d'exploitation. En cas de méconnaissance de cette disposition, le contrat est considéré comme nul (ordre public de protection). De plus, il faut une publication et préciser pour les tiers qui est titulaire des droits sur le phonogramme.

Il faut différencier la durée de l'exclusivité et la durée d'exploitation des enregistrements qui n'est pas du tout la même. La durée de l'exclusivité est en général celle du contrat mais elle doit être dans tous les cas, limitée dans le temps. En tant que contrat de travail, l'absence de terme donné à l'exclusivité et donc à la durée du contrat lui confère la qualité de contrat à durée indéterminée. Si cette qualification était réellement retenue, la convention pourrait être résiliée à tout moment et l'intérêt de l'exclusivité serait très diminué. Cependant, on remarque qu'il est possible qu'il n'y ait pas de terme mais il faut dans ce cas, une durée minimum et avoir pour terme la réalisation de l'objet du contrat. La durée peut également être augmentée en cas d'interruption par l'artiste de sa carrière ou quand le minimum d'enregistrement n'a pas été réalisé. Dans ce cas, quand cette faculté est laissée au producteur, elle n'est a priori opposable à l'artiste-interprète qu'au cas où le non-respect des délais serait de son seul fait. Elle peut aussi être diminuée à cause de la séparation d'un groupe par exemple.

L'exclusivité est valable pour le monde entier et elle concerne toute l'activité d'enregistrement musical mais rien que cette activité. Peu importe la langue utilisée. L'artiste, par cette exclusivité, se retrouve pieds et poings liés, et les sanctions en cas de violation du

contrat sont lourdes, car les enjeux financiers sont considérables. Deux exceptions sont toutefois prévues : la preuve de la force majeure ou la maladie.

c. L' « après-contrat »¹¹ : l'exclusivité par la clause-catalogue

On en a aussi un autre exemple avec les stipulations à effet post-contractuel. En effet, un producteur peut stipuler une clause-catalogue qui prend effet à compter de la fin de la convention ou de la date de publication de chaque enregistrement, contrairement à l'exclusivité qui s'applique pendant le contrat et qui vise l'ensemble de l'activité discographique de l'interprète. Elle a à la fois un terme extinctif et suspensif. Autrement dit, même si l'artiste n'est plus engagé avec la maison de disques car l'objet du contrat est réalisé, l'exclusivité s'applique encore pour les titres déjà enregistrés (mais pas forcément publiés!) qui restent la propriété du producteur pendant encore un certain temps. Cette période dure en moyenne vingt ans ce qui peut être long quand l'artiste connaît un vif succès dès son premier album.

Ainsi, dans l'affaire Johnny Hallyday¹², l'artiste voulait récupérer la propriété des bandes originales de ses chansons enregistrées mais les juges l'ont débouté : « Sauf disposition contraire résultant de l'accord des parties, la résiliation d'un commun accord du contrat d'enregistrement exclusif n'y met fin que pour l'avenir, de sorte qu'elle n'a pas pour effet d'anéantir rétroactivement les cessions antérieurement intervenues sur les enregistrements réalisés en cours de contrat ». Universal Music conserve donc les droits d'exploitation mais aussi les « masters » (environ 1000 titres originaux!). J. Mestre considère d'ailleurs que ces clauses sont des conventions autonomes.

On notera toutefois à propos de l'exclusivité qu'elle est souvent mal vécue par l'artiste-interprète pour trois raisons : tout d'abord, le producteur peut ne pas vouloir un nouvel enregistrement en cas d'échec commercial du premier. Puis, il y a un risque de négligence en cas de changement de producteur et enfin, on peut lui faire des propositions plus alléchantes ailleurs mais il est bloqué.

¹¹Notion utilisée par G. Blanc Jouvan « L'après-contrat. Etude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique » Thèse sous la direction de P.Y. Gautier

¹²Cour de cassation 12 décembre 2006, Prop. Intel. N°18, janvier 2006, p. 35 « Qui a les droits », E. Mile ; idem : Civ. 1^{ère} 3 décembre 1996 Y. Duteil RIDA avril 1997 255

2. Le formalisme comme consolidation des effets de l'exclusivité contractuelle en propriété industrielle

Bien que le formalisme soit moins présent en propriété industrielle qu'en PLA, le CPI exige un écrit, à peine de nullité, pour le contrat de licence de brevet (art. L.613-8). Cette exigence ne se retrouve pas en droit des marques. Cependant, une publicité est nécessaire pour les contrats portant sur les marques et sur les brevets. Ainsi, une licence de brevet¹³ doit être inscrite au registre national des brevets (RNB) (art. L.613-9 CPI). Une licence de marque doit être inscrite au registre national des marques (RNM) (art.L.714-7 CPI). Cette publicité est nécessaire pour l'opposabilité du contrat exclusif aux tiers. L'exclusivité stipulée dans le contrat de propriété industrielle sort donc renforcée par la publication.

De plus, certains droits sont attribués au licencié exclusif du fait de la publicité¹⁴. Ainsi, sauf clause contraire, le licencié exclusif peut effectuer une opposition à une demande d'enregistrement (art. L.712-4 CPI), demander une saisie contrefaçon (art. L.716-7 CPI) ou une retenue en douanes (art. L.716-8 CPI) et agir en contrefaçon (art. L.716-5 CPI). L'exclusivité permet au licencié d'obtenir des droits équivalents à ceux du titulaire en matière de protection du droit notamment en droit des marques.

Ainsi, en PLA et en PI, le formalisme renforce les droits du bénéficiaire de l'exclusivité. Ces droits connaîtront une opposabilité plus ou moins importante en fonction des stipulations contractuelles.

B. La détermination de l'opposabilité de l'exclusivité contractuelle

La question est de savoir à qui le bénéficiaire de l'exclusivité peut-il opposer l'exclusivité contractuelle. Le principe de droit commun de l'effet relatif des conventions (art.1165 cciv) implique que l'exclusivité est principalement opposable à son cocontractant (1). De plus, l'exclusivité emporte des conséquences à l'égard du bénéficiaire lui-même (2). Enfin, il conviendra de déterminer les frontières de l'objet de l'opposabilité (3).

1. Une opposabilité quasi-absolue à l'égard du titulaire originaire du droit

¹³Les cessions également mais elles ne sont pas l'objet de notre étude

¹⁴ Le droit des marques, des signes distinctifs et des noms de domaine, A Bertrand, Cédant 2002, n°10.121

L'exclusivité est opposable au titulaire originaire du droit selon le principe de l'effet obligatoire des conventions. Cependant, il faut déterminer quelle exclusivité est opposable en l'absence de stipulation contractuelle expresse. Deux questions sont soulevées : l'exploitation personnelle par le titulaire originaire (a) et les obligations à la charge du titulaire originaire (b).

a. L'impossible exploitation personnelle par le titulaire originaire

Dans l'hypothèse où les parties s'accordent sur le fait que le titulaire originaire ne peut plus exploiter personnellement le droit concédé, la situation est réglée expressément. Mais qu'en est-il en cas de silence des parties ? En droit des marques, la jurisprudence considère que le titulaire d'une marque, sauf clause contraire dans le contrat, ne peut exploiter personnellement la marque¹⁵. L'hésitation est permise en droit des brevets et en propriété littéraire et artistique.

En droit des brevets, la jurisprudence est confuse et la doctrine partagée. L'exclusivité n'est pas opposable au breveté¹⁶ selon M. Galloux¹⁷. De plus, la Cour de cassation considère que le concédant d'une licence exclusive d'exploitation d'un brevet a la possibilité de fabriquer des modèles similaires à ceux de son licencié qu'il propose à la même clientèle. Encore, MM. Chavanne et Burst¹⁸ considèrent que la renonciation à un droit ne se présume pas. Cependant, la jurisprudence a eu l'occasion de considérer que le breveté peut engager sa responsabilité civile contractuelle et le tiers qui a contracté avec lui peut être poursuivi¹⁹.

En propriété littéraire et artistique, la dualité des droits patrimoniaux et moraux peut laisser penser que le droit moral pourrait limiter l'exclusivité des droits cédés au cocontractant. En effet, le droit moral, inaliénable, ne peut faire l'objet d'aucune convention. Le titulaire du droit d'auteur ou d'un droit voisin conserve dans toutes les situations son droit moral. Or, la jurisprudence²⁰ considère que « le droit moral de l'artiste-interprète (...) est sans incidence sur les clauses d'exclusivité, de nature patrimoniale, que celui-ci a pu consentir à un éditeur phonographique sur ses interprétations ». En l'espèce, les héritiers de Coluche invoquaient le droit de divulgation afin de pouvoir contracter avec un tiers pour l'exploitation

¹⁵ Com. 10 janvier 1995, Bull. Civ. IV, n°12, p.10

¹⁶ Com 26 février 2002 Prop. Ind. 03 n°8 Raynard, Civ 26 février 1955 Ann. Propr. Ind. 1956.1

¹⁷ Droit de la propriété industrielle, J.C. Galloux et J. Azéma, Précis Dalloz

¹⁸ Droit de la propriété industrielle, Dalloz, 1993

¹⁹ Paris 10 janvier 1978, PIBD 1978

²⁰ Civ.1^{ère} 21 mars 2006 cts Colucci et Sté Maroko c/ Sté BMG et Sté Productions Paul Lederman, Bull.civ. I, n° 169, RTD Com. 2006 p.601, F. Pollaud Dulian

d'interprétations faisant l'objet d'un contrat d'enregistrement exclusif. La cour de cassation a rejeté leur demande.

Par conséquent, la stipulation d'une clause d'exclusivité conduit à une dépossession temporaire des droits sur l'objet de propriété intellectuelle. La situation est choquante en PLA car le lien entre le titulaire originaire et l'œuvre est rompu pour certains droits pendant une certaine durée.

b. Les obligations à la charge du titulaire originaire : l'exemple de la licence d'exploitation exclusive d'une marque

L'exclusivité entraîne automatiquement un certain nombre d'obligations à la charge du titulaire originaire. Le non respect de ces obligations est sanctionné par le jeu de la responsabilité contractuelle ou délictuelle.

D'une part, certaines obligations contractuelles sont inhérentes à l'exclusivité. Premièrement, une jouissance paisible doit être assurée au bénéficiaire de l'exclusivité. Ainsi, la comparaison est faite entre une licence exclusive et un bail. En effet, la jouissance paisible est le pendant de la garantie d'éviction. Par exemple, la Cour de cassation²¹ affirme que « la licence exclusive d'une marque oblige le titulaire de la marque à garantir au licencié une jouissance paisible ». Ensuite, le titulaire originaire du droit s'engage à ne pas contracter avec des tiers sur le droit concédé.

D'autre part, le titulaire exclusif d'une marque peut voir sa responsabilité délictuelle du fait des produits défectueux engagée pour un produit commercialisé par le licencié (art.1386-6 cciv). Ainsi, l'exclusivité accordée peut représenter un source de difficultés pour le titulaire de la marque.

2. L'opposabilité au bénéficiaire de l'exclusivité

a. Des obligations inhérentes à l'exclusivité (à partir de l'exemple du contrat d'édition)

²¹Com 10 jan. 1995 RTD com. 96 269 Azéma

Le CPI prévoit dans le contrat d'édition trois principales obligations à la charge du bénéficiaire de l'exclusivité : l'impossibilité de contracter des sous-cessions, l'obligation d'exploitation et l'obligation de rendre des comptes. Qu'en est-il des autres contrats ?

Tout d'abord, l'impossibilité de contracter des sous-cessions (art. L.132-16 CPI) est affirmée. Ainsi, le CPI lie exclusivité et caractère intuitu personae du contrat. Est-ce que ce lien entre l'exclusivité et le caractère intuitu personae se retrouve dans tous les contrats de propriété intellectuelle ? En droit des brevets, l'exploitation du licencié a un caractère personnel. En accordant une sous-licence sans l'accord du propriétaire du brevet, le licencié engage sa responsabilité contractuelle et la sous-licence est nulle²².

Ensuite, une obligation d'exploitation est imposée dans le contrat d'édition (L.132-12 CPI). En effet, «l'exclusivité et l'obligation d'exploiter sont en intime corrélation»²³. En droit des marques et des brevets, cette obligation est inhérente à toute licence. Nous vous renvoyons à l'exposé traitant de l'obligation d'exploitation.

Enfin, une obligation de rendre des comptes (L.132-13 CPI) pèse à la charge du bénéficiaire de l'exclusivité. Cette obligation est le corollaire de l'obligation d'exploiter et du paiement des redevances par le bénéficiaire de l'exclusivité. Elle permet au titulaire originaire de participer au succès de l'exploitation de sa « création »²⁴.

b. Une exclusivité en contrepartie de l'exclusivité contractuelle

L'exclusivité contractuelle en propriété intellectuelle n'est pas seulement en sens unique. En effet, elle connaît des similitudes avec le droit commun des contrats. Dans le cadre d'une concession (à noter la similitude des termes : on parle de concession de licence), l'exclusivité est à la charge soit du distributeur (exclusivité d'achat), soit du producteur (exclusivité de vente), soit des deux.

En propriété intellectuelle, l'exclusivité accordée au licencié peut aussi être accompagnée d'une clause d'approvisionnement exclusif à la charge du licencié. Par exemple, le propriétaire d'un brevet concède une licence exclusive à la condition que le licencié

²²Trib. Civ. Seine, 23 juin 1933, Ann. Propr. Ind. 1935 p.84, note P. Mathély

²³ Le droit d'auteur en France, H. Desbois

²⁴Nous incluons les marques dans un souci de clarté de notre propos

s'approvisionne chez lui. Cette clause est donc un mécanisme très intéressant pour le breveté ou le titulaire d'une marque afin de négocier la licence exclusive. Le breveté est donc dans une situation de double domination. D'une part, au moment de la conclusion du contrat, il peut imposer ses conditions notamment financières contre une exclusivité. D'autre part, il peut imposer un approvisionnement exclusif ce qui développera sa propre activité de production.

Cette réciprocité est étrangère à la PLA. En effet, l'auteur ou le titulaire de droit voisin n'a pas d'intérêt à obtenir une exclusivité d'approvisionnement pour l'exploitation du droit cédé sauf à être imprimeur ce qui est rarement le cas.

Ainsi, l'organisation d'une exclusivité par un contrat résulte souvent d'un déséquilibre entre les parties contractantes. Ce déséquilibre connaît certaines limites qui permettent de contribuer au rétablissement de l'équilibre.

II. Les limites de l'exclusivité contractuelle, le rétablissement d'un équilibre contractuel

Différentes limites viennent encadrer l'exclusivité contractuelle afin de limiter les conséquences néfastes entre les cocontractants mais aussi vis-à-vis des tiers. Le droit de la concurrence permet de corriger l'exclusivité contractuelle abusive dans les relations économiques (I). D'autres limites protègent la partie contractante dominée (II).

A. L'effet correctif du droit de la concurrence

La licéité d'une clause d'exclusivité est subordonnée à son caractère nécessaire en PLA et en PI selon le droit de la concurrence. Cependant, pour une clarté des développements, nous distinguerons PLA (2) et PI (1).

1. La limitation de l'exclusivité par le droit de la concurrence en propriété industrielle

Droit interne et droit communautaire de la concurrence apporte des limitations à l'exclusivité contractuelle.

a. Au niveau interne

Les contrats en matière de propriété industrielle sont soumis à la prohibition des ententes et à la sanction des abus de dominations prévues par les articles L.420-1 à L.420-4 C.com. Par conséquent, une clause d'exclusivité ne doit pas porter atteinte à la concurrence. En droit des marques, la commission de la concurrence²⁵ a eu l'occasion de sanctionner des pratiques anti-concurrentielles à l'occasion de l'octroi d'une licence²⁶. En droit des brevets, la Commission technique des ententes et des positions dominantes²⁷ considère que l'octroi de tarifs préférentiels aux licenciés débiteurs d'une clause d'approvisionnement exclusif ainsi que l'interdiction pour un licencié de vendre l'objet breveté a pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente.

²⁵ Ancêtre du Conseil de la concurrence

²⁶ Com. Conc. Avis 8 février 1979 Zanak Recueil Lamy 140 BOCCRF 19 mai p.144

²⁷ Avis 8 oct. 1955, JODA 14 janvier 1960 n°1 p.10

Cependant, la commission valide les clauses d'exclusivité lorsqu'elles sont justifiées. Ainsi, une clause d'exclusivité territoriale limitée à une partie du territoire français est contraire au droit de la concurrence mais justifié par les investissements réalisés par les licenciés afin d'exploiter l'invention²⁸.

Le juge communautaire exige aussi que la clause d'exclusivité dans un contrat notamment dans un contrat de propriété intellectuelle soit justifiée.

b. Au niveau communautaire

La CJCE, dans un arrêt Coditel II²⁹, affirme, sous la forme d'un principe, qu'une licence exclusive³⁰, échappe aux dispositions sur les ententes illicites³¹. Cependant, elle ajoute que le contexte concurrentiel particulier de chaque espèce peut rendre une licence contraire à ces dispositions.

Cette jurisprudence a été précisée en matière de propriété industrielle par un arrêt « Semence de maïs »³² de la CJCE 8 juin 1982. En l'espèce, une licence litigieuse conférait le droit exclusif d'utiliser un droit d'obtention végétale et assurait au licencié la qualité de distributeur exclusif sur un territoire donné. La CJCE va distinguer les licences qui interdisent les importations parallèles (licences fermées) ou les autorisent (licences ouvertes). Elle considère que les licences fermées portent toujours atteinte à la concurrence alors que la licéité des licences ouvertes s'apprécient au cas par cas. En l'espèce, la licéité est justifiée par le fait que cette licence permettait et encourageait l'introduction d'une technologie nouvelle.

Cette jurisprudence est reprise dans le règlement d'exemption de 1996³³ qui distingue les clauses blanches, grises et noires. Une clause blanche est une clause bénéficiant de l'exemption c'est à dire non-restrictive de concurrence. Une clause noire est exclue de

²⁸ Avis 21 juin et 8 nov. 1974 « Entente des licenciés Fiorio », voir aussi : TGI Paris 21 octobre 1976 PIBD 1977 III p.229 : clause d'approvisionnement exclusif contraire au droit de la concurrence mais est utile à la bonne exploitation de l'invention

²⁹ CJCE 18 mars 1980 D.1980.597, note Plaisant

³⁰en l'espèce, une licence exclusive sur le territoire belge pour une période de sept ans

³¹ L'article 85 CE prohibe les accords et pratiques concertées entre entreprises « qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun »

³² RTD com. 1983.286 Bonet et Goyer, Gaz.Pal. 1983.1, Propriété industrielle et concurrence, J.J. Burst, Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur, S. Jacquier, PU Aix-Marseille, 2001, p.180 ; Droit de la propriété industrielle, J. Schmidt Szalewski et J.L. Pierre, Litec, n°701

³³ Règlement 240/96 sur les accords de transfert de technologie du 31 janvier 1996

l'exemption. La clause grise est généralement jugée non restrictive de concurrence. Les clauses stipulant des obligations constitutives de l'exclusivité sont considérées comme blanches : obligation pour le donneur de licence de ne pas autoriser d'autres entreprises, de ne pas exploiter personnellement, ou encore obligation pour le licencié de ne pas concéder de sous-licence.

En matière de marques, la jurisprudence est limitée³⁴. Cependant il en ressort que les clauses indispensables pour assurer la sauvegarde des droits du titulaire de la marque sont licites : clause d'interdiction de céder la licence ou de concéder des sous-licences.

2. La limitation de l'exclusivité par le droit de la concurrence en propriété littéraire et artistique

a. L'exclusivité contractuelle en tant que clause de non-concurrence

En matière de propriété littéraire et artistique, on peut voir la clause d'exclusivité insérée dans un contrat d'enregistrement phonographique comme une clause de non-concurrence. En effet, depuis un arrêt de la Cour de cassation en date du 10 juillet 2002 et sous les vises de l'article L 120-2 du code du travail et du « principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle », la licéité de cette dernière devient l'exception et cinq conditions doivent être réunies pour qu'elle soit valable (protection des intérêts légitimes de l'entreprise, spécificités de l'emploi du salarié, limite dans le temps et une contrepartie financière). Les juges ébauchent ainsi un nouvel équilibre entre les impératifs de l'entreprise et les libertés du salariés.

Dans un contrat d'enregistrement, l'artiste-interprète est considéré comme un salarié et on se rend compte que les cinq conditions peuvent également être appliquées. L'artiste-interprète s'engage en fait par contrat à enregistrer un certain nombre de titres ou d'albums pour un producteur contre une rémunération et il s'interdit par la même occasion d'enregistrer avec un autre producteur pendant la durée de l'engagement. Ainsi, l'exclusivité correspond en général au délai que le producteur estime cohérent pour développer la carrière phonographique de l'interprète et à une garantie de récupérer l'investissement d'enregistrement

³⁴ Dec. Com. 78/253 du 23 dec. 1977 Campari Milano JOCE 13 mars 1978 n°L.70 p.69 ; Dec. 90/186 du 23 mars 1990, Mooshead Whitbread, JOCE 20 avril, n°L.100, p.32

et de promotion. Puis, ce type de métier ne peut pas être exercé par n'importe qui, il faut un certain talent donc on peut considérer qu'il existe des particularités, propres à ce métier. Par exemple, un chanteur n'est pas forcément acteur ou danseur ou il ne peut pas exercer un travail totalement différent. L'exclusivité est également automatiquement limitée dans le temps car elle est insérée dans un contrat de travail et il existe aussi une contrepartie financière en cas de clause-catalogue. D'ailleurs, en cas de non respect, on applique les mêmes sanctions que pour la violation de la clause d'exclusivité. Une fois le délai passé, l'interprète retrouve son entière liberté et la concurrence peut re-jouer pleinement.

b. L'interdiction du cloisonnement des marchés

(point qui sera approfondi au moment de l'exposé faute d'accès à la bibliothèque pendant les vacances, voici les axes)

Le droit de la concurrence recherche le décloisonnement maximum des données culturelles, notamment avec la question de la licence généralisée.

- marché pay per view : Paris 15 juin 1999 Canal + D. 2000 som 202 Hassler et Lapp ; Com 30 mai 2000 CCE 2000 n° 82 Decocq

- marché vidéo : Cons. Conc 22 dec. 1999 TF1 CCE 2000 n° 69 Decocq.

Ce qui en ressort, selon Gautier, c'est la nécessité de dégager un rapport de proportionnalité entre l'étendue de l'exclusivité et les besoins légitimes du consommateurs. Le droit peut donc limiter l'étendue d'une exclusivité contractuelle.

- Parallèle avec la question des refus de licence et l'arrêt IMS : dans quelle mesure le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle peut-il être contraint de ne concéder que des licences non-exclusives ?

Ainsi, le droit de la concurrence contribue à une limitation de l'exclusivité contractuelle au profit des acteurs économiques. D'autres limites permettent d'améliorer la situation du cocontractant dominé.

B. De la limitation à la remise en cause de l'exclusivité contractuelle

La situation de déséquilibre entre les cocontractants est atténuée par certaines limites légales et jurisprudentielles (1). L'exclusivité contractuelle connaît une forte remise en cause pratique avec le développement des nouvelles technologies (2).

1. Les limites légales et jurisprudentielles

Certaines réflexions sur des limitations peuvent être envisagées. Nous verrons que certaines limitations limitent peu l'exclusivité contractuelle (a), d'autres la limitent d'avantage (2).

a. Réflexions sur des tentatives de limitation de l'exclusivité contractuelle

- Les perfectionnements en matière de brevets

Le créateur d'une invention, propriétaire du brevet de cette invention peut perfectionner son invention après conclusion d'une licence exclusive. Les perfectionnements sont-ils transmis avec la licence de brevet ? « Est considéré comme un perfectionnement l'invention nouvelle susceptible d'être protégée par un nouveau titre »³⁵. L'obligation de communiquer les perfectionnements et de permettre au bénéficiaire de l'exclusivité de les exploiter de manière exclusive peut être formellement prévue dans le contrat³⁶. La violation de cette clause justifiera la résiliation du contrat de licence³⁷. Inversement, il est possible de prévoir que les perfectionnements réalisés par le licencié appartiennent au breveté³⁸. En l'absence de clause au contrat, il faut distinguer les perfectionnements antérieurs et postérieurs à la licence. Les perfectionnements antérieurs sont inclus dans la licence sur le principe de droit commun de délivrance des accessoires de la chose louée. Pour les perfectionnements postérieurs, la question est discutée. Certains fondent l'inclusion des perfectionnements dans l'obligation générale de bonne foi³⁹ ou dans l'article 1135 cciv⁴⁰. D'autres considèrent qu'un

³⁵ Droit de la propriété industrielle, J.C Galloux et J. Azéma, 6ème édition, précis Dalloz n°495

³⁶ Lyon 5 décembre 1974 RTD Com. 1975.295 obs. Chavanne et Azéma

³⁷ TGI Paris 20 mars 1996 PIBD 1996 III p.365 Dossiers Brevets 1997 II 7

³⁸ Com. 16 décembre 1997 PIBD 1998 III p.215

³⁹ Roubier, t.2 n°188, p.276, J.J. Burst n°86 et s. p.60 et s.

⁴⁰ J.C. Galloux, op. cit., p.304

certificat d'addition est nécessaire⁴¹. La jurisprudence est rare à ce sujet et ne dégage pas une solution de principe. Elle a tendance à s'en tenir au contenu du contrat et à l'intention des parties⁴².

La problématique des perfectionnements révèle que l'exclusivité peut aller bien au delà de l'objet du contrat. Elle présente alors un réel danger de dépossession de l'objet de propriété intellectuelle au titulaire originaire.

- La pluralité de titulaires du droit

Un objet de propriété intellectuelle peut avoir des relations avec plusieurs personnes : le droit peut faire l'objet d'une copropriété, l'auteur peut avoir deux droits de nature différente sur l'oeuvre ou la création peut avoir été réalisée par plusieurs personnes.

Ecartons d'emblée le problème de la copropriété. En effet, les règles de droit commun s'applique. L'exclusivité conclue dans une cession de droit d'auteur, une licence de brevet ou de marque, n'est pas opposable à l'auteur collaborateur, au copropriétaire d'un brevet (art. L.613-29 D) ou au co-titulaire d'une marque qui n'y a pas consenti.

La seconde hypothèse est la situation, en PLA, dans laquelle l'oeuvre dont les droits ont été cédés fait l'objet d'un droit voisin et d'un droit d'auteur, l'artiste interprète se confondant avec l'auteur. Est ce que l'auteur peut remettre en cause un contrat d'enregistrement exclusif conclut par lui ayant pour objet les droits voisins ? En cas de réponse affirmative, l'artiste pourrait contourner son propre engagement en tant qu'interprète en invoquant sa qualité d'auteur. La jurisprudence ne l'admet pas⁴³. En l'espèce, les héritiers de Coluche invoquaient que Coluche avait improvisé les interprétations dont les droits ont été cédés dans le contrat le rendant auteur de l'oeuvre interprétée.

La troisième hypothèse est celle de la création par plusieurs personnes. Est ce que l'exclusivité contractée avec l'un co-créateurs s'étend à l'ensemble des co-créateurs ou la création échappe-t-elle à l'exclusivité contractuelle ? Par exemple, un contrat d'exclusivité est conclu entre un auteur et un éditeur. Quand une oeuvre est créée à plusieurs mais dont un co-

⁴¹ J.M. Mousseron, Encyclopédie Dalloz, loc. cit., n°461

⁴² CA Paris 6 novembre 1961 ann. Propr. Ind. 1963.19, Mathély

⁴³ Civ.1^{ère} 21 mars 2006, précité

auteur est sous contrat d'exclusivité, ceux-ci ne sont pas, en principe, obligés de publier chez cet éditeur à cause de l'effet relatif des conventions. Toutefois, on insère souvent une clause où l'auteur doit notifier à ses collaborateurs qu'ils seront obligés de signer avec cet éditeur, une fois l'oeuvre créée. C'est en quelque sorte une « obligation d'information » pour éviter des problèmes éventuels. Par conséquent, soit le débiteur de l'exclusivité remplit son obligation d'information et l'exclusivité s'applique, soit il ne remplit pas son obligation, l'exclusivité contractuelle est donc limitée mais il engage sa propre responsabilité contractuelle.

D'autres limites sont plus effectives.

b. Les limites effectives de l'exclusivité contractuelle

- La modification du contrat

Deux hypothèses peuvent être envisagées : le rachat de l'exclusivité et la renégociation du contrat.

En propriété littéraire et artistique et pour le pacte de préférence, l'auteur peut racheter ce dernier à l'éditeur ce qui lui permet de retrouver sa liberté et de pouvoir signer avec une autre maison d'édition. C'est un peu aussi ce qui se passe en matière de contrat d'enregistrement exclusif. En effet, comme la stipulation à effet post-contractuel est une restriction à l'activité artistique et même si elle joue encore, l'artiste-interprète peut demander au producteur d'être délié de cette restriction sur simple demande. Il pourra, par conséquent, ré-enregistrer le ou les titres et l'exclusivité ne s'appliquera plus. Reste à savoir si la maison de disque acceptera ou non car elle bénéficie d'un pouvoir totalement discrétionnaire. De plus, malgré la signature de son engagement et de l'exclusivité, l'artiste-interprète a un droit de rétractation et de repentir.

La propriété littéraire et artistique se différencie du droit commun en ce sens où quand une oeuvre est créée, l'auteur doit aller voir, dans le cadre d'un pacte de préférence, son cocontractant mais rien ne lui interdit en pratique de faire jouer la concurrence. Il pourra donc renégocier de bonne foi les conditions du contrat d'application car les circonstances lors de la conclusion ont pu considérablement changer. Par exemple, Mr Lucas au début de sa carrière était peu connu donc la publication de sa thèse n'a pas dû lui rapporter beaucoup d'argent.

Cependant aujourd'hui c'est un professeur de droit reconnu dans le monde entier ce qui lui permet d'exiger beaucoup d'argent. Or, si on applique les conditions du contrat initial, il touchera la même somme que pour sa thèse. C'est donc pour cette raison que l'on autorise la renégociation de la convention.

- Les clauses du contrat limitant l'exclusivité

En ce qui concerne les clauses de résiliation anticipée liée au constat d'échec du disque, une décision de la Cour de cassation met fin aux hésitations doctrinales et jurisprudentielles sur la validité des clauses résolutoires liées à la survenance d'un événement extérieur aux parties. L'article L 132-3-8 du code du travail n'autorise la rupture anticipée du contrat de travail, en l'absence d'accord des parties qu'en cas de faute grave ou de force majeure. Les juges en déduisent donc qu'un événement objectif et extérieur aux parties ne peut pas mettre fin au contrat d'enregistrement exclusif.

Le bénéficiaire de l'exclusivité peut-il perdre l'exclusivité sans que le contrat soit remis en cause ? Cette situation est possible. En effet, les parties prévoient parfois une clause prévoyant un minimum de redevances à verser quelque soit le volume d'exploitation⁴⁴. Si le licencié refuse de s'acquitter de ce minimum, il perdra l'exclusivité de la licence mais conservera une licence. Il devra alors continuer à s'acquitter des royalties proportionnellement à son exploitation⁴⁵.

Ainsi, s'il est possible de trouver des limites légales et jurisprudentielles à l'exclusivité contractuelle permettant de rétablir l'équilibre contractuel, les nouvelles technologies remettent en cause la réalisation pratique de l'exclusivité.

2. La remise en cause de l'exclusivité contractuelle par les nouvelles technologies

L'exclusivité, telle qu'elle est aujourd'hui, doit évoluer car elle est remise en cause par l'Internet. En effet, ce nouveau moyen de communication est difficilement conciliable avec l'exclusivité des auteurs et des diffuseurs traditionnels car, une fois que l'oeuvre est mise à

⁴⁴ « Si le licencié ne paie pas le minimum convenu, il perdra l'exclusivité de sa licence »

⁴⁵ Brevet et licencié : leurs rapports juridiques dans le contrat de licence, J.J. Burst, Librairies techniques, 1970 n° 477

disposition sur l'Internet, il n'y a plus d'exclusivité. Comme l'Internet ne doit pas être un espace de non-droit, il va falloir appliquer de nouvelles règles ou modifier celles déjà existantes. En effet, les solutions peuvent être à la fois techniques et juridiques.

D'une part, on peut imaginer utiliser le système du webcasting c'est-à-dire tendre à la reconstitution d'un territoire même virtuel ; cela signifie que l'accès est limité aux seuls internautes hors de la zone d'exclusivité, identifiés grâce au code d'accès ou devant obligatoirement passer par un système d'abonnement. On peut également se servir du zonage pour les DVD. L'extension de la chronologie des médias peut aussi être une solution envisageable car rien n'empêche ensuite chaque membre du réseau exclusif d'assurer la promotion des films sur son site sans se faire concurrence (bande-annonce...).

D'autre part, juridiquement, il serait possible d'affecter les droits Internet d'une très courte durée pour ne pas gêner les concessionnaires exclusifs. Ainsi, on pourrait réduire la durée des cessions consenties au site ou la durée des séquences d'images pour ne pas porter préjudice à ces derniers.

Face aux nouvelles technologies, la réflexion est inversée. On ne recherche plus des limitations à l'exclusivité contractuelle mais des solutions pour renforcer son application effective.