

EXCLUSIVITE CONTRACTUELLE  
ET  
PROPRIETE INTELLECTUELLE

Exposé réalisé par Manon Tizzotti

Master 2 Recherche « Propriété intellectuelle »

« *La propriété intellectuelle figure en bonne place parmi les droits les plus exclusifs* »<sup>1</sup>

**1. L'exclusivité**, qui vient du mot *exclusif*, est apparue en 1820 sous la plume de Laveaux<sup>1</sup>. Le terme vient remplacer celui d'*exclusivété*. L'exclusivité est « *la qualité de ce qui est sans partage* », « *de ce que l'on possède en propre* »<sup>2</sup>. À cette époque, l'adjectif qualifie le droit réservé de publier un article ou de vendre un livre. L'association de l'exclusivité aux créations intellectuelles n'est d'ailleurs pas nouvelle. Dès 1507 et 1508, Louis XII accordait des privilèges aux imprimeurs dans le domaine de l'édition ; concernant les épîtres de Saint Paul et Saint Bruno. L'emploi du mot s'est très vite répandu dans le domaine juridique. En 1761, dans l'affaire des petites filles de La Fontaine c'est d'exclusivité dont il s'agit : « *Si un auteur est constamment propriétaire par conséquent seul maître de son ouvrage, il n'y a que lui ou ceux qui le représentent qui peuvent valablement la faire passer à un autre* ». Ces dernières ont ainsi obtenu un privilège spécial pour la publication des fables de leur aïeul.

**2. L'exclusivité contractuelle**, définie comme *la Modalité affectant une obligation contractuelle, en vertu de laquelle le débiteur réserve à son créancier, à l'exclusion de tout autre bénéficiaire un genre de prestations mises à sa charge par le contrat*<sup>4</sup>. L'exclusivité contractuelle si elle doit son essor aux contrats de distribution, elle a fait ses premières apparitions dans le domaine de la propriété littéraire et artistique. Ce constat n'est pas étonnant. La stipulation d'une exclusivité au bénéfice du cocontractant peut être considéré comme un simple prolongement conventionnel du monopole de l'auteur à l'origine légal. Selon P.Y Gautier, l'exclusivité forme « *le cœur de la plupart des contrats, conclu en amont avec les auteurs et en aval avec les exploitants* », elle « *est l'essence du droit d'auteur et surtout l'âme du commerce et de la culture* »<sup>5</sup>. Ces observations sont valables pour l'ensemble des contrats portant sur un droit de propriété intellectuelle. L'exclusivité, par la sécurité juridique qu'elle confère, a vocation à encourager la création des auteurs et des inventeurs, à protéger les investissements.

---

<sup>1</sup> G. BONET, *L'épuisement des droits de propriété intellectuelle, in l'avenir de la propriété intellectuelle*, Litec/IRPL, 1993, p. 89.

<sup>1</sup> S.LEBRETON, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes, Etude particulière aux contrats de distribution*, Litec 2002, préf.M.Pédamon, avant propos J.Monéger.

<sup>2</sup> LE ROBERT, *Dictionnaire de la langue française 1*, Le Robert, 1993.

<sup>4</sup> G.CORNU (sous dir.), *Vocabulaire juridique*. Association Capitant, 1<sup>ère</sup> éd. Quadrige/PUF,2000.

<sup>5</sup> P.Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 6<sup>ème</sup> éd. ,PUF 2007, n°475.

### 3. Les Contrats d'exploitation en Propriété Intellectuelle

En Propriété Intellectuelle, on distingue deux sortes de contrats. D'un côté la *cession* dans laquelle l'auteur se dessaisit de tout ou partie de ses droits patrimoniaux, qualifié de contrat de vente. De l'autre la *licence* appelée aussi concession dans laquelle il ne conçoit qu'un droit personnel d'usage. Le code de propriété intellectuelle ne consacre cette dichotomie qu'en propriété industrielle. Le législateur de 1957 ne vise que la *cession* en propriété littéraire et artistique ; on considère en l'espèce «*qu'il n'y a entre elles que des différences de degrés* »<sup>6</sup>. Pour une partie de la doctrine<sup>7</sup>, cette *summa divisio* semble dépasser au profit du critère d'*exclusivité*. Le licencié exclusif est très proche de la situation d'un cessionnaire. La concession de licence exclusive qui octroie, sous certaines conditions et dans certains cas, au licencié le bénéfice de l'action en contrefaçon, apparaît plus proche de la *cession* que de la simple *licence*. Nous garderons tout de même à l'esprit que cette nouvelle distinction plus qu'une remise en cause de la *summa divisio* traditionnelle est complémentaire. Le cédant dans le cas de la *cession* perd non seulement le droit d'exploiter mais aussi le droit d'autoriser l'exploitation pour l'avenir et bien sûr le droit de céder à nouveau l'ensemble des prérogatives attachées aux monopoles.

### 4. Exclusivité contractuelle et Code de propriété intellectuelle

Excepté le contrat d'édition qui dans son article L.132°8 Al. 1<sup>er</sup> pose le principe d'une *cession* exclusive des droits<sup>9</sup>, le choix de l'exclusivité est à la discrétion des parties. Précisons toutefois que l'utilité économique du contrat en propriété industrielle plus particulièrement sera bien souvent fonction de la présence ou de l'absence d'une exclusivité au bénéfice du licencié. Une licence dépourvue d'exclusivité « *n'offre qu'un intérêt limité pour ceux qui en sont bénéficiaires, puisqu'ils ne sont pas protégés de la concurrence d'autres exploitants* »<sup>10</sup>

### 5. L'intérêt de l'étude

---

<sup>6</sup> A. LUCAS, *Propriété littéraire et artistique*, Connaissance du droit, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p87.

<sup>7</sup> Les Professeurs A. Lucas et J. Raynard en particulier.

<sup>9</sup> L'auteur doit « *garantir l'exercice paisible et, sauf convention contraire, exclusif du droit cédé* ».

<sup>10</sup> J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Litec 1984, n°34.

Notre développement préalable rend compte de l'importance de l'exclusivité au sein des contrats de propriété intellectuelle. Quelles sont les raisons de ce plébiscite ? Demogue apportait un élément de réponse « les contractants aiment former une sorte de petit microcosme ».

Pour y répondre un travail préliminaire de recherche a été nécessaire à partir d'ouvrages fondamentaux, d'articles de doctrine, de commentaires d'arrêts. Des banques de données ont aussi été explorées: DALLOZ, LEXIS NEXIS, LEGIFRANCE, JURIS DATA. De cet inventaire, il apparaît que l'exclusivité contractuelle est aussi fréquemment stipulée dans les contrats de propriété littéraire et artistique que dans les contrats de propriété industrielle. Si elle remplit en PLA et en PI, une même fonction, celui de permettre la reconnaissance par deux partenaires d'un lien privilégié les unissant qui leur interdit de traiter avec la concurrence, elle constitue la caractéristique essentielle de la première et n'est que la caractéristique principale de la seconde. Caractéristique principale en propriété industrielle, dans le sens où l'exclusivité est un outil important visant à favoriser, récompenser l'effort inventif, soutenir l'effort économique, assurer l'intérêt général. Caractéristique essentielle en propriété littéraire et artistique, dans le sens où l'exclusivité corollaire indissociable du formalisme tend à protéger l'auteur, récompenser son mérite, assurer l'équilibre contractuel entre l'auteur et la « partie forte », l'éditeur, l'entrepreneur, le producteur.

De plus, qui dit exclusivité entre les cocontractants peut vouloir signifier abus à l'égard des tiers ; il ressort en effet de nos recherches un important contentieux en droit de la concurrence et en droit du public à l'information.

## **6. Plan**

À la lumière de nos observations, nous nous proposerons d'étudier le traitement qui est réservé à l'exclusivité contractuelle dans chacune des branches de la propriété intellectuelle. L'exclusivité contractuelle porte en effet dans le même temps une inclusion et une exclusion. Elle traduit le choix d'un partenaire (Partie 1) et le rejet des tiers (Partie 2). Ces deux aspects nous permettront d'étudier l'exclusivité contractuelle à travers ses applications concrètes.

## **I. /L'exclusivité contractuelle : le traitement à l'égard des parties**

A/ l'exclusivité, principale finalité de la propriété littéraire et artistique

- 1) la nécessaire protection des intérêts patrimoniaux des auteurs
- 2) l'immixtion de la logique économique

B/ l'exclusivité, principale caractéristique de la propriété industrielle

- 1) la récompense de l'effort inventif

## **II. /l'exclusivité contractuelle : le traitement à l'égard des tiers**

A/ l'incidence du droit de la concurrence

- 1) les accords susceptibles de constituer une entente illicite
- 2) les accords susceptibles de constituer un abus de position dominante

B/ L'exclusivité confrontée au droit du public à l'information

## **I. L'exclusivité contractuelle : le traitement à l'égard des parties**

A/ l'exclusivité, principale finalité de la propriété littéraire et artistique

1) la nécessaire protection des intérêts patrimoniaux des auteurs

### **7. Généralités**

En PLA, le formalisme et l'exclusivité repose sur le postulat selon lequel l'auteur mérite une protection particulière. Telle est en tout cas la volonté du législateur de 1957<sup>12</sup>. L'*intuitus personae* y joue un rôle prépondérant. L'auteur est recherché par l'exploitant pour ses qualités personnelles. On trouve dans la loi, la volonté de mettre les cocontractants sur un pied d'égalité, rééquilibrer. On ne s'étonnera donc pas de la pensée de H. Desbois « *maintes fois l'auteur n'entend pas investir son cocontractant d'une exclusivité* » mais aussi « *assurer la diffusion de son œuvre et en tirer immédiatement un profit* »<sup>13</sup>. Protéger effectivement la partie faible que représente l'auteur en associant l'exclusivité au formalisme.

### **8. L'exigence de formalisme**

Comme pour tout contrat, la validité du lien contractuel d'exclusivité suppose le respect de conditions liées tant au consentement des parties qu'à l'objet et à la cause du contrat<sup>14</sup>. Il nécessite un consentement personnel et écrit. L'écrit qui n'a certes qu'une valeur ad probationem, s'est généralisé. En ce sens, la loi du 3 juillet 1985 a instauré, l'exigence d'un écrit séparé pour la cession des droits d'adaptation audiovisuelle. Le but de cette réforme étant de faire prendre conscience à l'auteur de l'étendue et de l'importance de la cession. La loi étant un semi-échec, dans le sens où l'éditeur n'est tenu que par une obligation de moyens pour ce qui concerne de l'exploitation audiovisuelle de son catalogue. La cession doit donc préciser les droits cédés, chacun des droits cédés<sup>15</sup>, l'étendue, la destination, le lieu et la durée de l'exploitation. L'exclusivité associée au formalisme produit des effets particulièrement prégnants quant à l'interprétation à donner aux clauses du contrat, quant à la durée du contrat, quant à la rémunération, quant aux obligations réciproques des parties. Effets ayant toujours à assurer plus de protection à l'auteur.

---

<sup>12</sup> en ce sens, E. LANFRAY, *le formalisme contractuel en propriété littéraire et artistique*, Mémoire Nantes, 2008.

<sup>13</sup> H. DESBOIS, *le droit d'auteur en France*, 3<sup>ème</sup> ed., Dalloz

<sup>14</sup> S. LEBRETON, *l'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, Litec, 2002, n°15, p29.

<sup>15</sup> Article L. 122 7 « la cession du droit de reproduction n'emporte pas celle du droit de représentation » .

## 9. Le principe d'interprétation stricte

le formalisme y est ici d'une rigueur assez inédite. Tout ce qui n'est pas expressément cédé par l'auteur est conservé par lui. L'article L.131 3a1.1 du code de la propriété intellectuelle l'indique : La transmission des droits suppose pour chacun d'eux une mention distincte. Rien n'est implicite. Les clauses de portée générale n'ont aucune valeur. Pour exemple, un auteur qui a consenti à une entreprise le droit exclusif de reproduire son œuvre sur support-papier conserve le droit de le reproduire sur support numérique si ce mode d'exploitation n'a pas été expressément concédé par une disposition spéciale du contrat.

L'affaire *Sté Images Agence Photographique c/ Chevalier*<sup>16</sup> illustre assez bien l'application du principe et son rôle de protection de l'auteur. Un photographe avait conclu avec une société un contrat de mandat en vue de l'exploitation de ses photographies. Ce contrat stipulé exclusif, interdisait la mandante « *de confier ou remettre en dépôt ses photographies à tout autre photothèque ou agence* ». En conséquence, il a été jugé que c'est à tort que le mandataire reprochait à la mandante d'avoir remis une photographie à un laboratoire pharmaceutique dès lors que la clause d'exclusivité ne l'empêchait pas de remettre ses photographies à des personnes qui ne sont ni une photothèque ni une agence.

L'auteur dispose ainsi d'une grande liberté d'action, l'interprétation des clauses lui étant favorable.

## 10. la limitation de la durée au travers du contrat de représentation

Le contrat de représentation est le contrat « *par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit et ses ayants droit autorisent une personne physique ou morale à représenter ladite œuvre à des conditions qu'ils déterminent* »<sup>17</sup>. Son domaine de prédilection est la représentation audiovisuelle et cinématographique. Le législateur en a régi la durée suivant que le contrat comporte ou non une exclusivité. Lorsque le contrat confère des droits exclusifs au profit de l'entrepreneur de spectacle, il doit être conclu pour une durée maximale de 5 ans ; en effet la stipulation d'une exclusivité accordant de vastes prérogatives à l'entrepreneur ou au producteur doit être encadrée. l'article L.132 19 du code la propriété intellectuelle précisant que l'interruption des représentations au cours de deux années consécutives met fin de plein droit à l'exclusivité.

## 11. La garantie due par l'auteur d'une œuvre de l'esprit dans le contrat d'édition

Aux termes des articles L.132 8 alinéa 1<sup>er</sup> et L.132 9 « l'auteur doit mettre l'éditeur en mesure de fabriquer et de diffuser les exemplaires de l'œuvre » mais aussi « garantir à

---

<sup>16</sup> CA Aix en Provence, 4 janvier 2007, *Sté Images Agence Photographique c/ Chevalier*, Juris data n°2007 325840.

<sup>17</sup> Art. L.132 18 CPI.

l'éditeur l'exercice paisible et sauf convention contraire exclusif du droit d'auteur ». La question majeure en matière de contrat d'édition réside donc dans le fait de savoir si l'auteur peut en dépit des droits d'exclusivités consentis à un éditeur de publier ou faire publier un autre ouvrage du même genre, sur le même sujet auprès d'un autre éditeur. Monsieur M.F Pollaud Dullian répond à cette question que « *les idées sont de libres parcours pour l'auteur comme pour les tiers et le fait d'avoir traité un sujet, ne saurait, en principe, lui interdire d'exercer à nouveau sa liberté sa liberté de créations ou d'expression*<sup>18</sup> ». À charge pour l'auteur que l'ouvrage ne comporte de telles similitudes qu'ils puissent apparaître comme un acte en fraude aux droits du cocontractant. Une fois encore, la loi est très souple pour l'auteur.

## **12. L'obligation d'exploiter dans les contrats de la propriété littéraire et artistique**

Les contrats portant sur une œuvre de l'esprit offrent une illustration très nette de la corrélation qui existe entre la présence d'une obligation d'exploiter et une exclusivité. L'obligation d'exploiter à la charge de l'éditeur exclusif est prévue à l'article L.132 12 du code de propriété intellectuelle. « *L'éditeur est tenu d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession* ». Cela signifie qu'il a non seulement l'obligation de fabriquer des exemplaires de l'œuvre, de les diffuser dans le commerce et d'en assurer sa promotion. En témoigne l'affaire *Sté Union Parisienne c/ Villien*<sup>19</sup>. En l'espèce le contrat d'édition avait été résilié aux torts de l'éditeur qui ne justifiait d'une promotion normale du livre et avait mis le livre en vente à prix de braderie sans l'autorisation de l'auteur. Le désintéret de l'éditeur met fin de plein droit au contrat d'édition.

La corrélation entre l'exclusivité et l'obligation d'exploiter si elle est patente en matière de contrat d'édition se retrouve aussi dans le contrat de représentation. À la différence du contrat d'édition, le contrat de représentation est par principe non exclusif, il en résulte une absence d'obligation d'exploiter. À l'inverse si le contrat de représentation prévoit une exclusivité, la doctrine<sup>20</sup> est quasiment unanime, il y a une obligation à la charge l'entrepreneur.

Ces différentes illustrations plaident pour une très grande protection de l'auteur qui assureraient un équilibre entre les cocontractants. Cependant l'exclusivité comme corollaire du formalisme a vu sa finalité première dévoyée et l'équilibre entre les cocontractants se renverser avec l'immixtion de la logique économique.

---

<sup>18</sup> F. POLLAUD DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica 2005, p. 633, n°1052 qui cite CA Paris 1978, D. 1980, p146, obs. R. Plaisant.

<sup>19</sup> CA Paris, 21 mai 1990, *Sté Union parisienne c/ Villien*.

<sup>20</sup> P. Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF 2007, 6<sup>ème</sup> éd, n°337.

## 2) l'immixtion de la logique économique

Dans ce paragraphe, on se limitera à l'étude du milieu de l'édition.

La concentration de l'édition française qui a conduit des maisons historiques à devenir de simples marques gérées par des conglomérats, la baisse des tirages moyens, la rationalisation des coûts ont entraîné l'auteur dans une logique économique, fragilisant ainsi son statut protecteur. Le pacte de préférence, le calcul de la rémunération des auteurs, la durée des cessions sont autant d'exemples qui traduisent la précarisation de la situation des auteurs.

### 13. le pacte de préférence

« Le pacte de préférence » ou « droit de suite », expression qu'affectionne le milieu germanopratin, est une illustration du rapport d'exclusivité qui lie l'auteur à son éditeur. Il s'agit d'une clause permettant à l'éditeur d'investir à long terme sur un nouveau talent en vue de se rattraper au fur et à mesure de son ascension et des ventes, une sorte de retour sur investissement. Cette clause bien que très encadrée, Le genre des ouvrages visés doit être précisé et le pacte limité à cinq ouvrages, elle est très contraignante pour l'auteur. Nombreux sont les éditeurs qui nient avoir recours à cette prérogative arguant « que l'on ne retient pas un poulain qui veut partir, alléché par les avaloirs, la perspective d'une chance aux grands prix littéraires ou le prestige de la concurrence »<sup>21</sup>. Dans la réalité, cette liberté est l'apanage d'auteurs célèbres qui représentent l'infime minorité des auteurs. Les éditeurs prennent donc soin d'insérer de telles clauses dans leurs contrats, voire à négocier la levée de celles-ci, si le « poulain » ne rapporte pas assez. Preuve en est, l'importance du contentieux en la matière. L'un des litiges récurrents vise l'indétermination des ouvrages visés par la clause de préférence. La jurisprudence invalide systématiquement les clauses qui permettent à l'éditeur de contourner la détermination d'un genre précis. Pour exemple, la référence aux œuvres en prose. De même la jurisprudence sanctionne régulièrement les clauses de préférence qui réapparaissent à chaque nouveau contrat d'édition, conclu lui-même en vertu d'une clause de préférence contenue dans un contrat d'édition précédente. L'écrivain ne pourrait ainsi jamais quitter son éditeur !

Concernant la mention du tirage minimal d'exemplaires, les éditeurs veillent à inscrire au contrat un chiffre toujours inférieur à la réalité.

### 14. La rémunération

Autre exemple du statut précaire des auteurs. La mauvaise santé du secteur de l'édition a incité certains éditeurs à une réduction générale des droits à verser. Ont ainsi émergé des clauses à 0% jusqu'à mille. L'auteur n'étant pas rémunéré avant d'avoir vendu mille

---

<sup>21</sup> E. PIERRAT, *Le contrat d'édition*, Legicom n°24 2001/1.

exemplaires de son ouvrage. Instaurée par un éditeur, cette clause avait entraîné la résiliation du contrat concerné. La jurisprudence a aussi sanctionné les rémunérations hypothétiques. Pour autant, il est désormais fréquent de prévoir le principe de la proportionnalité, sans pour autant fixer de taux précis, en renvoyant à une négociation ultérieure, « conforme aux usages et à l'état du marché ».

### **15. Durée de cession**

Il est fréquent aussi que les auteurs se plaignent de la durée de cession qu'ils estiment excessives. La révolte a émergé chez les auteurs de sciences-fictions qui veulent limiter à 7 ans les cessions. Il s'inspire du modèle américain. L'habitude française vise des cessions « pour la durée totale des droits de propriété littéraire et artistique, y compris les prorogations à venir ».

L'exclusivité associée au formalisme, bien que mettant en œuvre tout un arsenal de dispositions protectrices de l'auteur a été incapable de s'adapter à la logique économique qui régit désormais la propriété littéraire et artistique et a produit des effets néfastes ; l'intérêt de l'auteur n'étant plus au cœur du contrat.

## **B/ L'exclusivité, principale caractéristique de la propriété industrielle**

### **1) La récompense de l'effort inventif**

### **16. Généralités**

En propriété industrielle, La dimension économique est au contraire omniprésente depuis toujours. Le droit garantit l'exclusivité de reproduction de tel ou tel signe distinctif de telle ou telle invention, qu'aucun concurrent ne pourra exploiter, en vue d'un retour sur investissement. L'exclusivité est perçue comme indispensable à la concrétisation de l'avantage économique. Elle réserve la clientèle de l'entrepreneur titulaire d'un droit privatif.

### **16. Un formalisme restreint**

Le formalisme que ce soit pour l'ensemble de la propriété industrielle (les brevets, les marques, les dessins et modèles, obtentions végétales) se limite à un acte de publicité. En Droit des brevets, selon les termes de l'article L.613 9 CPI. « tous les actes transmettant ou modifiant les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet doivent, pour être opposables aux tiers être inscrits sur un registre dit registre national des brevets ». L'inscription est une formalité obligatoire à laquelle l'on ne peut suppléer, pour assurer l'opposabilité aux tiers. Elle n'est pour autant pas une condition de validité. Elle concerne les cessions, les

licences, sous licences, contrats de distribution exclusive... Les actes publiés sont opposables à compter du jour de l'inscription au registre.

Le formalisme restreint en matière de propriété industrielle est une différence notable avec la propriété littéraire et artistique ou le formalisme, corollaire de l'exclusivité veille à assurer la protection de l'auteur, réputé « partie faible » et à rétablir l'équilibre entre les cocontractants. En propriété industrielle, l'inventeur n'est pas la partie faible au contrat, et l'exclusivité n'a pas pour finalité d'assurer la protection du créateur mais de faciliter *la commercialisation des produits et des services*.

### **17. la garantie due par le concédant d'une marque ou d'un brevet**

En propriété industrielle l'exclusivité ne se présume pas. Elle doit être expressément stipulé. Dans le cas où le licencié d'une marque ou d'un brevet concède une exclusivité, s'interdit-il d'exploiter personnellement la chose louée ? La solution n'est à ce jour pas très claire en jurisprudence. L'arrêt le plus récent publié par la cour de cassation date d'une dizaine d'années et ne concerne que la licence de marque<sup>22</sup>. En l'espèce, sauf clause contraire, l'exclusivité de la licence interdit au titulaire de la marque non seulement de concéder d'autres licences à des tiers, mais encore d'exploiter personnellement sous peine d'engager sa responsabilité contractuelle. Le fondement de la solution se réfère à l'idée de jouissance paisible due par tout bailleur et préserver l'utilité économique du contrat. On peut toutefois envisager des cas où l'exploitation menée par le propriétaire ne porte pas atteinte au licencié, lorsque le licencié est incapable compte tenu de l'importance de la demande d'assurer la production et la distribution.

En matière de licence de brevet, la solution est incertaine. L'on trouve aussi bien des décisions qui s'alignent sur le droit des marques et d'autres qui se prononcent en sens inverse. La doctrine à l'instar de J.J Burst<sup>23</sup> plaide même dans ce sens. Cette solution paraît surprenante dans la mesure où elle pourrait priver le licencié de tout intérêt économique.

### **17. L'obligation d'exploiter dans les contrats de propriété industrielle**

En propriété littéraire et artistique, l'obligation d'exploiter dépend de la stipulation ou non d'une exclusivité au sein du contrat. En propriété industrielle, la jurisprudence et la doctrine semblent répondre par la négative. « *Que la licence soit exclusive ou non exclusive, le licencié a l'obligation d'exploiter... Une telle unanimité tant en doctrine qu'en jurisprudence ne laisse plus place à un doute quelconque sur le principe même de l'obligation* »<sup>24</sup>. Dans le cadre des licences de brevet, l'obligation d'exploiter n'a donc pas pour seul fondement la

---

<sup>22</sup> Cass. Com., 14 novembre 2006.

<sup>23</sup> J.J. BURST, *J. Cl. Brevets*, fasc. n°4740, n°69.

<sup>24</sup> J.J. BURST, *J.Cl. Brevets*, fasc n°4740, n°127.

présence d'une exclusivité. Deux autres raisons peuvent la justifier. Les parties prévoient généralement que la rémunération du breveté soit assise sur le chiffre d'affaire réalisé par le licencié. Si le licencié n'était pas tenu d'exploiter, le licencié n'aurait aucune garantie de rémunération et les magistrats pourraient être tentés d'annuler le contrat pour défaut de contrepartie. Cette justification ne fait pas l'unanimité ; la rémunération proportionnelle pour fréquente qu'elle soit, n'en constitue pas l'essence du brevet. Une autre raison semble plus légitime. En effet, l'absence d'exploitation ou l'exploitation insuffisante sont en effet sanctionnées par le mécanisme de la licence obligatoire ou de la licence d'office<sup>25</sup>. En effet, l'absence d'exploitation priverait le public, le consommateur d'une invention source de progrès et serait contraire à l'intérêt général. Ce risque justifie à lui seul l'obligation d'exploiter.

Notre développement amène une question : existe-t-il une corrélation entre l'exclusivité et l'obligation d'exploiter ? A l'évidence oui. La stipulation d'une exclusivité renforce indéniablement l'obligation d'exploiter. Ce qui explique peut-être l'extrême sévérité des magistrats lorsqu'il s'agit d'apprécier les diligences attendues du licencié exclusif. Il lui appartient de commercialiser le produit en quantité suffisante pour satisfaire les besoins du marché.

En droit des marques, l'obligation d'exploiter est encore plus impérative. A défaut elle encourt un risque de déchéance.

## **18. Synthèse**

Dans un premier paragraphe, en matière de propriété littéraire et artistique, on a constaté que l'exclusivité a pour finalité première de protéger l'auteur, de rétablir un équilibre contractuel entre les parties avec les dysfonctionnements que l'on a observés. En Droit de la propriété industrielle, l'exclusivité s'insère dans une dimension économique et d'intérêt général, soutenir, assurer et récompenser l'effort créatif. On relève en effet que la propriété intellectuelle est une marchandise au sens économique. Dès 1995, l'INPI dénombrait 3420 cessions de brevets, 786 licences de brevets, 13832 cessions de marques et 3444 licences de marques. Autres chiffres rapportés par l'INPI ; en 1994 les exportations françaises de technologies ont rapporté 10,3 milliards de francs et les importations se sont élevées à 14,1 milliards pour la même année. La propriété industrielle est donc bien un outil économique majeur.

Cette première partie s'est attelée au traitement de l'exclusivité à l'égard des parties contractantes. Mais l'exclusivité, c'est aussi l'exclusion. Plus que n'importe quel autre

---

<sup>25</sup> Art. L. 613 11 et L. 613 12, CPI.

contrat, celui qui comporte une exclusivité a nécessairement pour conséquence d'affecter les tiers.

## II / L'exclusivité contractuelle : le traitement à l'égard des tiers

Par tiers il faut entendre d'une part l'entreprise présente sur le marché mais aussi le public qui représente l'intérêt général. Notre seconde partie s'articulera autour de ces deux acteurs, chacun pouvant être affecté, de manière différente, par des stipulations d'exclusivité contenues dans les contrats de propriété intellectuelle.

### 1/ l'incidence du droit de la concurrence

#### 19. la notion de concurrence

Lorsque le tiers affecté par l'exclusivité est une entreprise présente sur le marché, c'est le droit de la concurrence qui s'applique. La concurrence peut être définie comme la « *prétention de plusieurs personnes à un même objet*<sup>26</sup> ». Elle vise une sorte de compétition entre plusieurs personnes ou chacune doit avoir une chance que sa prestation soit satisfaite.

#### 20. Propriétés intellectuelles et concurrence

A priori, le monopole que la loi confère au titulaire de droits de propriété intellectuelle fonde celui-ci à se soustraire à toute concurrence dans l'exploitation de ces droits. Les restrictions portées à la libre compétition seraient légitimes. La propriété intellectuelle et

---

<sup>26</sup> *Dictionnaire Littré.*

le droit de la concurrence semblent à première vue défendre des intérêts antagonistes. Cette analyse simpliste a été rejetée dès 1971 par la commission CE dans la décision *Burroughs Delplanque*<sup>27</sup>. Il était question de savoir si l'exclusivité du licencié relevait de l'article 85&1 du traité de Rome (devenu 81&1 TCE). La commission a décidé que « *dans certains cas* » le droit exclusif d'exploitation pouvait être restrictif de concurrence. Le droit de la propriété intellectuelle ne peut exclure par principe l'application du droit de la concurrence dans le cadre d'une licence. Les contrats de propriété intellectuelle assortis d'une exclusivité tombent sous le coup des règles de concurrence s'ils constituent des vecteurs d'une entente illicite ou d'un abus de position dominante. Notre étude s'intéressera exclusivement aux décisions rendues par la Cour de justice des communautés européennes. Sans nier l'apport du droit interne en la matière, les décisions majeures conséquence de sa prééminence sur le droit national ont été rendues par la CJCE.

### A) Les accords susceptibles de constituer une entente illicite

Les accords susceptibles de constituer une entente illicite tombe sous le coup de l'article 85 (devenu art. 81 , depuis le traité d'Amsterdam du 2 Octobre 1997) du traité de la CE. Les ententes résultent d'un concours exprès ou tacite des volontés entre deux ou plusieurs opérateurs qui tend à créer une restriction de concurrence sur le marché.

#### **21. En matière de propriété littéraire et artistique**

Ici comme ailleurs, le principe est clairement posé que le fait pour le titulaire de consentir une exclusivité n'est pas illicite en soi. Il y a lieu cependant d'apprécier dans chaque cas d'espèce si les modalités fixées pour l'exercice de ce droit n'ont pas pour objet ou effet de créer une entente illicite.

Prenons l'affaire « *Coditel II* »<sup>28</sup>, la CJCE y affirme qu'une licence exclusive de représentation d'une œuvre audiovisuelle n'est pas en soi de nature à affecter la libre concurrence. En l'espèce il était question d'une concession d'un droit exclusif de représentation d'un film dans un état membre pour une période donnée. La cour, tout en justifiant le recours fréquent aux licences exclusives en « *arguant des caractéristiques de l'industrie et des marchés cinématographiques dans la communauté, notamment de la nécessité du doublage et du sous titrage, des possibilités d'émissions télévisées (...)* », laisse cependant aux juridictions nationales le soin de vérifier si l'exercice d'une telle exclusivité contractuelle n'est pas source d'entraves excessives, au regard du cloisonnement du marché, du montant des redevances ou de la durée de l'exclusivité. La solution laisse un large champ d'application à l'article 81, mais complique la tâche du juge national. La solution consacre l'assujettissement de la propriété littéraire et artistique aux règles de concurrence.

---

<sup>27</sup> Comm. CE, 22 décembre 1971, *Burroughs Delplanque*.

<sup>28</sup> CJCE, 6 octobre 1982, *Coditel c/Ciné Vog*.

## 22. En matière de propriété industrielle

L'arrêt « *Nungesser* »<sup>29</sup> rendu dans l'affaire dite des « *semences de maïs* », quoique relatif à une licence de droits d'exploitation d'obtention végétales est l'un des plus importants de la jurisprudence communautaire en matière de compatibilité des licences de droit de propriété industrielle aux règles de concurrence. En l'espèce la CJCE a dit que compte tenu des nécessités requises pour l'introduction de nouvelles technologies sur le marché, n'est nullement restrictive de concurrence la licence « ouverte » conférant à chacun des licenciés retenus par une exclusivité territoriale et un engagement de non-concurrence de la part du concédant. Cette solution est comparable à l'affaire « *Coditel II* » que l'on a vue précédemment en droit d'auteur.

En propriété industrielle, cette solution n'est pas surprenante car la matière épouse avec plus de facilités que la propriété littéraire et artistique, la vie des affaires. Les investissements initialement effectués par l'entreprise et ceux effectués par les cocontractants justifient l'exclusivité qui est accordée par le contrat comme ils justifieraient une sanction en cas d'entraves aux règles de concurrence.

A noter, les contrats de propriété industrielle s'ils peuvent restreindre la concurrence, bénéficient tout de même d'un certain nombre d'avantages grâce aux règlements d'exemptions relatifs aux accords transfert de technologie. Ces exemptions concernent ce que l'on peut résumer aux « bonnes ententes ». Ce sont les accords d'exclusivité qui contribuent à améliorer la production ou la distribution de produits. Ils servent à promouvoir le progrès économique ou technique, servir l'intérêt général.

### B/ les pratiques susceptibles de constituer un abus de position dominante

L'article 86 du traité CE (désormais art.82) prohibe l'abus, pour une entreprise, de sa position dominante sur son marché. L'abus naît d'accords d'exclusivité. L'illégalité de l'exclusivité se manifeste quand l'entreprise affranchie de toute concurrence impose ses conditions à ses partenaires commerciaux. Dans son arrêt « *Deutsche Grammophon* »<sup>30</sup>, la CJCE a souligné que la titularité des droits de propriété intellectuelle assortis d'une exclusivité, n'était pas en soi constitutive d'une position dominante. Par conséquent tout accord d'exclusivité n'est pas constitutif d'abus de position dominante.

---

<sup>29</sup> CJCE, 8 juin 1983, *Nungesser Eisele/ commission*.

<sup>30</sup> CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon c/ Metro*.

### **23. En matière de propriété littéraire et artistique**

En propriété littéraire et artistique, deux cas ont été considérés comme constitutifs d'abus de position dominante, d'une part, le refus par une entreprise en situation de domination économique de concéder une licence de droit d'auteur et, d'autre part l'insertion de clauses exorbitantes imposée à ses membres par une société d'auteurs.

Nous nous intéresserons au premier cas avec l'arrêt « *Magill* ». La célèbre affaire traite du refus de la chaîne de télévision britannique « BBC », dont la position dominante est alors incontestable, de communiquer ses grilles de programmes à des entreprises de presse. Il s'agit pour la « BBC » de protéger ses propres publications. La CJCE, confirmant la position adoptée par le TPICE le 10 juillet 1991, qualifie d'abus de position dominante ce refus pourtant fondé sur la titularité de droit d'auteur. De plus, elle reconnaît au juge le pouvoir d'imposer la communication des grilles de programme sollicitée par les organes de presse. En l'espèce la solution est une application de la théorie dite des « infrastructures essentielles » aussi appelée « facilités essentielles ». Cette théorie procède « *du besoin que peuvent avoir les demandeurs d'un bien rare* ». Cette théorie a été reprise dans un autre arrêt « *IMS* » rendu par la CJCE le 29 Avril 2004. Cette fois le problème se posait en matière de logiciels. Pour caractériser un abus 3 conditions cumulatives doivent être respectées :

- Le refus de donner une licence fait obstacle à l'apparition d'un nouveau produit sur un marché secondaire et pour lequel il y a une demande des consommateurs.
- Le refus n'est pas justifié par des conditions objectives.
- Le refus est de nature à exclure toute concurrence et à se réserver le marché.

L'application de cette théorie « économique » en propriété littéraire et artistique a suscité de vives critiques de la doctrine. Théorie qui méconnaît l'esprit du droit d'auteur. On soulignera que dans les deux cas d'espèces, il s'agissait l'une de grilles de programmes TV, pour l'autre de logiciels ; sortes de « sous catégories » si je puis me permettre l'expression d'œuvres de l'esprit.

Cette théorie a aussi été appliquée en propriété industrielle en matière de droit des brevets dans l'affaire « *Microsoft* », les 26 Juillet 2004 et 22 décembre 2004.

### **24. En matière de propriété industrielle**

En propriété industrielle, outre l'application des « infrastructures essentielles » constitutives d'un abus, le TPICE a jugé abusive l'acquisition par une entreprise en position dominante une licence exclusive d'un brevet concurrent de celui qu'elle exploitait déjà. Cette décision, arrêt « *Tetra Pak* » qui ne constitue nullement une condamnation générale des acquisitions de licences par des entreprises dominantes, est justifié par le renforcement excessif de la position de cette entreprise qu'aurait créée cette licence. Elle

empêchait en l'espèce l'arrivée de tout nouveau concurrent. Exclusivité et abus de position dominante ne font pas bon ménage.

## **25. Synthèse**

L'application et la soumission de la propriété industrielle et de la propriété littéraire et artistique aux règles de concurrence n'est donc plus un sujet de débat. La propriété industrielle s'y accoutume plus facilement bénéficiant même dans certains cas d'exemptions compte tenu des investissements et des progrès économiques qu'elle soutient. La rencontre est plus frontale entre la propriété littéraire et artistique et le droit de la concurrence. Ce dernier par sa dimension économique semble effacer les spécificités et l'esprit de la propriété littéraire et artistique. D'ailleurs on peut ajouter dans l'arrêt « *Maggil* », la cour en sanctionnant l'abus de droit d'auteur entend rétablir la liberté de concurrence, la liberté d'entreprendre. En l'espèce la liberté de concurrence c'est la liberté d'information. La propriété littéraire et artistique en but au droit à l'information, tel sera l'objet de notre prochain développement.

### **2) L'exclusivité contractuelle confrontée au droit du public à l'information**

Il faut préalablement souligné que le problème qui va être évoqué ne concerne que le droit de la propriété littéraire et artistique. La finalité de la propriété industrielle remplit souvent, entre autres missions, une mission d'intérêt général. Prenons l'exemple de la marque : L'exclusivité d'une marque remplit ainsi une fonction distinctive et une fonction d'indication de provenance. Elle garantit l'origine du produit et une meilleure information pour le public.

## **26. Appropriation de l'information**

Dans une société de communication, l'information peut devenir une valeur marchande très importante et la tentation de se l'approprier devient forte. Ce désir de réservation de l'information ne doit pas être sans mesure. D'autant plus qu'à l'époque des nouvelles technologies de l'information, les individus aspirent de plus en plus à un accès libre à l'information. Il s'agit de concilier d'un côté le désir de propriété des uns et le besoin de liberté des autres, c'est-à-dire les investissements liés à l'information sans remettre en cause les libertés les plus fondamentales.

### **A/ Application à l'information sportive**

## 27. Généralités

La retransmission des événements sportifs fait souvent l'objet d'une convention d'exclusivité entre la fédération sportive et le « service de communication au public par voie électronique »<sup>31</sup>, en général la télévision. Ces droits de retransmission peuvent atteindre des sommes exorbitantes. Cette surenchère pose un problème majeur ; elle peut conduire à des discriminations relatives à l'accès des téléspectateurs aux événements sportifs. En effet les chaînes du service public ont des difficultés pour les offres par les opérateurs privés<sup>32</sup>.

## 28. Sources légales relatives au droit à l'information sportives

D'origine internationale, européenne, nationale, les sources sur la liberté de l'information sont pléthoriques. L'information sportive, prolongement de cette dernière en bénéficie au même titre. Mais il faut attendre la loi n°92 652 du 13 Juillet 1992 pour trouver des dispositions spécifiques au domaine sportif : « *la cession du droit d'exploitation d'une manifestation ou d'une compétition sportive à un service de communication audiovisuelle ne peut faire obstacle à l'information du public par les services de communications audiovisuelles* ». Article aujourd'hui devenu l'article L. 333 7 al. 1 du code du sport. A cette source majeure, il faut ajouter la directive « *Télévision sans frontière* », qui prévoit une liste de manifestations majeures réservées à la diffusion publique et gratuite. Le décret d'application français envisage les JO d'été et d'hiver, Roland Garros, Tour de France, Tournoi des six nations, (...) comme événements d'une importance majeure.

## 29. Le pouvoir réglementaire des fédérations sportives

La loi du 6 mars 1998 a déterminé les modalités concrètes de la mise en œuvre de l'accès des journalistes à l'enceinte de la compétition. Ces modalités se sont montrées particulièrement rigoureuses à l'égard des services de communication non-titulaires de droit. Prenons l'exemple de la coupe de football de 1998. Le règlement établi par l'organisateur interdisait l'accès des journalistes non détenteurs de droits aux pourtours du terrain, dans les tribunes des commentateurs, dans les studios d'interview, etc. Des mesures similaires ont été prises aussi lors de la Coupe du monde de Rugby, chaque fois avec l'aval du CSA. Cette monétarisation de l'information, conséquence des exclusivités contractuelles conclues entre les fédérations et « les services de communication au public », est inquiétante. L'information de par les enjeux financiers qu'elle engendre est un des exemples les plus prégnants. Cela traduit une nouvelle fois la perversité à laquelle mène

---

<sup>31</sup> C. ERESO, *L'exclusivité contractuelle appliquée au droit de la distribution*, thèse soutenue à Montpellier, 2007, n°568, p. 430.

<sup>32</sup> Ainsi Canal a payé la somme de 600 millions d'euros pour obtenir l'exclusivité de retransmission des matchs de ligue 1 du football professionnel français pour les saisons 2005 2008.

l'exclusivité contractuelle en propriété littéraire et artistique quand elle entre dans une logique économique.

### **30. Synthèse générale**

Notre exposé a souligné que l'exclusivité contractuelle en propriété littéraire et artistique, quand elle sert des intérêts économiques, produit des effets néfastes antagonistes à sa finalité première. Dans ce cas, il est important qu'elle soit encadrée et limitée. Ce constat ne s'impose pas à la propriété industrielle qui a toujours évolué dans une logique économique de soutien des investissements pour servir le progrès et l'intérêt général.

