Vers un droit européen des contrats d'exploitation de propriété intellectuelle

Theodoros Chiou

▶ **To cite this version:**

Theodoros Chiou. Vers un droit européen des contrats d'exploitation de propriété intellectuelle. Droit. Université de Strasbourg, 2015. Français. NNT : 2015STRAA005 . tel-01281380

HAL Id: tel-01281380
https://theses.hal.science/tel-01281380

Submitted on 2 Mar 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

ÉCOLE DOCTORALE 101

THÈSE

en co-direction

présentée par :

Theodoros F. CHIOU

soutenue le : **26 février 2015**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : Sciences juridiques/Droit de la propriété intellectuelle

Vers un droit européen des contrats d'exploitation de propriété intellectuelle

THÈSE dirigée par :

M. GEIGER Christophe	Maître de conférences, Directeur Général et directeur du laboratoire de recherche du Centre d'Études Internationales de la Propriété Intellectuelle (CEIPI), Université de Strasbourg
Mme KALLINIKOU Dionysia	Professeur à l'Université d'Athènes

RAPPORTEURS :

M. BINCTIN Nicolas	Professeur à l'Université de Poitiers
M. De WERRA Jacques	Professeur à l'Université de Genève

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Mme DUSOLLIER Séverine	Professeur à Sciences Po Paris et à l'Université de Namur
Mme SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna	Professeur émérite à l'Université de Strasbourg

Remerciements

Un grand merci

à mes directeurs de thèse Monsieur Christophe Geiger et Madame le Professeur Dionysia Kallinikou pour m'avoir accordé leur confiance et leurs précieux conseils. Je tiens à souligner leur capacité à m'encadrer tout en laissant libre cours à mes initiatives.

Aux membres de ce jury M. Nicolas Binctin, M. Jacques De Werra, Mme Séverine Dusollier et Mme Joanna Schmidt-Szalewski d'avoir bien voulu donner leur temps pour lire et juger cette étude

À Madame le Professeur Joanna Schmidt-Szalewski une fois de plus pour m'avoir accueilli au sein de la famille du CEIPI, tant comme étudiant au Master 2 que comme doctorant-allocataire de recherche

Au CEIPI, au Max Planck Institut du Munich et au Collège européen de Strasbourg pour leur soutien financier et infrastructurel

À Monsieur le Professeur Reto Hilty, Monsieur le Professeur Michail-Theodoros Marinos, Monsieur le Professeur A. Peukert, Madame le Professeur Paraskevi Paparseniou, Dr. Kaya Köklü, Dr. Sylvie Nérisson, Dr. Christel Simler pour leur implication et leurs conseils

À Mme Cécile Petit pour avoir accepté d'assurer la révision linguistique de cette thèse

À mes chers amis et amies d'Athènes, de Tinos, de Strasbourg et de Munich, pour le grand soutien qu'ils m'ont continuellement apporté

À Emilia pour son soutien affectif

À Natassa pour sa patience

À ma mère Spyridoula et mon frère Michalis pour tout.

A la mémoire de mon père Filippos Chiou

AVERTISSEMENT

La Faculté n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; les opinions exprimées ici sont propres à leur auteur et ne reflètent aucunement une position officielle de l’université.

TABLE DES PRINCIPALES ABBREVIATIONS

ALAI	- Association Littéraire et Artistique Internationale
ALI	- American Law Institute
AK	- Astikos Kodikas (Code civil grec)
A&M	- Auteurs & Media
AP	- Areios Pagos (Cour de cassation grecque)
Art.	- Article
Ann. Prop. Ind.	- Annales de la propriété industrielle et artistique
Bull. Civ.	- Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambres civiles)
BGH	- Bundesgerichtshof
BGB	- Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	- Bundesgesetzblatt
CA	- Cour d'appel
CCR	- Cadre commun de référence
CPI	- Code de la Propriété Intellectuelle
Chron.	- Chronique
Cah. dr. entr.	- Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. civ.	- Chambre Civile de la Cour de cassation
Cass. Com.	- Chambre Commerciale de la Cour de cassation
Cass. Crim.	- Chambre Criminelle de la Cour de cassation
Cf.	- Confer
ChrID	- Chronika Idiotikou Dikaiou (Annales de droit privé--revue juridique grecque
Comm.com.électr.	- Communication Commerce électronique
Comp.	- Comparer
CJUE	- Cour de justice de l'Union européenne
D.	- Recueil Dalloz
D. Aff.	- Recueil Dalloz Affaires
DCFR	- Draft Common Frame of Reference

DEE	- Dikaio Epichiriseon kai Etairion (Droit des Entreprises et des Sociétés-revue juridique grecque)
Defrénois	- Répertoire général du notariat Defrénois
DiMEE	- Dikaio Meson Mazikis Enimerosis (Droit de Medias-revue juridique grecque)
Ed.	- Edition
EE	- Edward Elgar
EEN	- Efimeris ton ellinon nomikon (Revue des juristes grecs- revue juridique grecque)
EEmpD	- Epitheorisi Emporikou Dikaiou (Revue de droit commercial--revue juridique grecque)
EfAth	- Efeteio Athnion (Cour d'appel d'Athènes)
EIPR	- European Intellectual Property Review
ELI	- European Law Institute
Ent.L.R.	- Entertainment Law Review
EllDni	- Elliniki Dikaiosini (Justice hellénique-revue juridique grecque)
EpiskED	- Episkopisi Emporikou Dikaiou (Périodique de droit commercial-revue juridique grecque)
ERPL	- European Review of Private Law
Fasc.	- Fascicule
FEK	- Fyllo Efimeridas Kyverniseos (Journal Officiel grec)
Gaz. Pal.	- Gazette du Palais
GRUR Int.	- Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht internationaler Teil (revue juridique allemande)
JCl	- Juris-Classeur
JCP éd. E	- Juris-Classeur périodique, édition Entreprise
JCP éd. G.	- Juris-Classeur périodique, édition Générale
J.O.	- Journal Officiel
J.O.U.E	- Journal Officiel de l'Union Européenne
Juris-Data	- Banque française de données juridiques
IIC	- International Review of Intellectual Property and

Infra	- ci-après
Inf. Rap.	- Informations Rapides
KritE	- Kritiki Epitheorisi (Revue critique –revue juridique grecque)
LGDJ	- Librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence
MonProtAth	- Monomeles Protodikio Athinon (Tribunal d'Instance d'Athènes)
N°	- Numéro
NoV	- Nomiko Vima (*podium* juridique--revue juridique grecque)
Nomos	- Banque hellénique de données juridiques
OMPI	- Organisation mondiale de propriété intellectuelle
OUP	- Oxford University Press
Par(a).	- Paragraphe
PIBD	- Propriété Industrielle Bulletin Documentaire
Préc.	- Précité
Préf.	- Préface
Propr. industr.	- Propriété industrielle
Propr. intell.	- Propriétés intellectuelles
PUAM	- Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	- Presses Universitaires de France
RDC	- Revue des Contrats
RDPI	- Revue de Droit de la Propriété Intellectuelle
Règl.	- Règlement
RIDA	- Revue Internationale du Droit d'Auteur
RIDC	- Revue Internationale du Droit Comparé
RLDI	- Revue Lamy Droit de l'immatériel
RTD civ.	- Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	- Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	- Revue trimestrielle de droit européen
s.	- Suivants
SGC	- Société de Gestion Collective

somm.	- Sommaire
SSRN	- Social Science Research Network
Sq.	- Sequiturque
supra	- Ci-dessus
TEE	- Trans Europe Experts
TFUE	- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	- Tribunal de grande instance
TI	- Tribunal d'instance
TUE	- Traité sur l'Union européenne
UE	- Union européenne
§	- Paragraphe
v.	- Voir
Vol.	- Volume

Sommaire

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE:LE BESOIN DE (RE)CONSTRUCTION DU CADRE JURIDIQUE DES CONTRATS D'EXPLOITATION EN EUROPE.

Titre I.- L'état actuel du cadre juridique des contrats d'exploitation en Europe.

Chapitre I.- Le cadre juridique des contrats d'exploitation au niveau national.

Chapitre II.- Le cadre juridique des contrats d'exploitation au niveau européen.

Titre II.- L'insuffisance du cadre juridique actuel.

Chapitre I.- L'appréciation de l'insuffisance.

Chapitre II.- Le traitement de l'insuffisance.

DEUXIÈME PARTIE : UNE PROPOSITION POUR LA (RE)CONSTRUCTION DU CADRE JURIDIQUE DES CONTRATS D'EXPLOITATION EN EUROPE

Titre I.- Le contexte de la proposition.

Chapitre I.- Les axes de la proposition.

Chapitre II.- Les défis de la proposition.

Titre II.- Le contenu et les perspectives de la proposition.

Chapitre I.- La faisabilité de la proposition.

Chapitre II.- La mise en œuvre de la proposition.

CONCLUSION GÉNÉRALE

BIBLIOGRAPHIE

INTRODUCTION

« Malheureux ceux-là qui entreprennent le voyage de la connaissance alourdis de leurs catégories. Malheureusement nous le sommes tous parce qu'il faut bien quelque équipement pour se lancer à l'aventure, et quelques idées préconçues. Mais ils sont comme les touristes auxquels le guide a dit d'avance ce qu'il convenait d'admirer. Mieux vaudrait avoir l'esprit pur, vide et disponible parce que les catégories elles-mêmes […], c'est ce qu'il faudrait recueillir et former au cours du voyage. »[1]

1.- L'exploitation des propriétés intellectuelles. L'Europe et la propriété intellectuelle n'ont jamais eu un parcours facile. Aux périodes calmes se sont succédées des périodes de crise : crises politiques et économiques pour l'Europe ; crises sociologiques et philosophiques pour la propriété intellectuelle. Malgré cela, on n'a jamais cessé de créer et d'innover. Et les produits de l'intellect humain ont toujours pu circuler parmi les individus, en dépit des crises.

Dans le contexte d'une économie de marché, la circulation des produits de l'intellect humain se réalise par l'exploitation. En effet, l'existence d'un mécanisme légal d'exclusivité, à savoir le droit de propriété intellectuelle, a transformé le produit de l'intellect humain en capital intellectuel[2] et sa circulation en une opération potentiellement source de profits. Il est vrai qu'au troisième millénaire, les droits de propriété intellectuelle constituent l'essence d'une économie européenne post-industrielle fondée sur la connaissance et l'innovation[3]. Il en découle que l'exploitation des propriétés intellectuelles en Europe est devenu un sujet d'importance cruciale.

D'un point de vue technique, l'exploitation des propriétés intellectuelle repose sur la mise en œuvre du mécanisme juridique de l'exclusivité. La loi confère au titulaire des droits de propriété

---

[1] M.VILLEY, *Réflexions sur la philosophie et le droit. Les Carnets*, PUF, 1995, X, 38.

[2] N. BINCTIN, *Le capital intellectuel*, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2007.

[3] K. IDRIS, WIPO, *Intellectual Property : A Power Tool for Economic Growth*, 2003, p. 55 : « Throughout the history of human civilization, wealth was based on the possession of physical assets. Today, however, the paradigm has changed, and knowledge has become the new wealth. » En ce sens M. LEVY, J.–P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, La Documentation française, nov. 2006. Disponible sur < www.minefi.gouv.fr/directions_services/sircom/technologies_info/immateriel/immateriel.pdf>, p. 10 : « La montée en puissance du capital immatériel par rapport au capital physique […] a pris depuis les années 1980 une nouvelle dimension et les économies de l'OCDE ont atteint un point de basculement : désormais la dynamique de la croissance et de la création de valeur repose avant tout sur des éléments immatériels ». Comp. Commission Européenne, Livre Vert, *Libérer le potentiel des industries culturelles et créatives*, COM(2010) 183/3, p. 3, selon laquelle la valeur immatérielle détermine de plus en plus la valeur concrète. Déjà J.-M. LELOUP, « La création de contrats par la pratique commerciale », *in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René Savatier*, PUF, 1986, pp. 167-177, not. p. 170-172, parlant de la « primauté des valeurs incorporelles ».

intellectuelle le pouvoir exclusif de réaliser une série d'actes concernant l'objet immatériel. Ainsi, l'utilisation ou l'exploitation des objets immatériels protégés par les droits de la propriété intellectuelle sont des activités réservées en principe au titulaire du droit de la propriété intellectuelle. En pratique, l'utilisation ou l'exploitation des objets immatériels protégés par les droits de la propriété intellectuelle repose sur l'exercice des prérogatives juridiques composant le monopole conféré par ces droits. Cet exercice peut prendre plusieurs formes : il peut être direct, c'est-à-dire réalisé par le titulaire du droit en question. Tel sera le cas, par exemple, d'un créateur-titulaire de droit d'auteur qui est en mesure de diffuser personnellement ses créations à travers son site web personnel, sans recourir aux services d'un intermédiaire (comme, par exemple, une maison d'édition, un producteur de phonogrammes etc.). Mais l'exercice des prérogatives juridiques en question peut aussi être indirect, lorsqu'il se fait par l'intermédiaire d'un tiers. Dans cette hypothèse, le bénéficiaire de la protection confère à un tiers le droit de réaliser des actes couverts par le droit de la propriété intellectuelle.

L'exercice indirect des droits de propriété intellectuelle renvoie au concept de la gestion[4] ou de l'exploitation[5] de ceux-ci. Du point de vue du titulaire des droits de propriété intellectuelle, l'exercice indirect constitue une forme d' « exploitation » au sens courant du terme, surtout lorsqu'elle s'effectue, le plus souvent, dans un but lucratif[6]. Celle ci constitue dès lors une action de valorisation du patrimoine intellectuel susceptible d'engendrer des bénéfices économiques au profit du titulaire. Du point de vue du tiers-exploitant, l'exercice indirect correspond à la jouissance d'un bien intellectuel d'autrui normalement inaccessible[7]. La jouissance des droits de propriété intellectuelle par le tiers dans le cadre de l'exploitation indirecte des propriétés intellectuelles peut être active et correspondre à une jouissance effective du patrimoine intellectuel à travers la

---

[4] Th. DREIER, « Rights Management Report », rapport présenté à la Conférence « European Copyright Revisited », Santiago de Compostella, 16-18 juin 2002, disponible sur : <www.zar.kit.edu/DATA/veroeffentlichungen/3_european_00efc3b.pdf>, sous 2 : « Definition of rights management. The area of rights management is by no means narrow : generally speaking, rights management is the « marketing of rights through licensing and assignment ». As such it comprises three different forms of licensing : all forms of individual licensing ; central and collective licensing ; and digital rights management. » ; F. GOTZEN, « Panel 1 : Les différentes possibilités de gestion du droit d'auteur : Gestion collective du droit d'auteur et octroi de licences communautaires. La législation sur le droit d'auteur et la concurrence revisitée », Conférence « Droit d'auteur et créativité dans l'Union européenne élargie », Dublin, 20-22.06.2004, disponible sur : <ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/conference/2004-dublin/gotzen_fr.pdf>, p. 1.

[5] *Cf.* S. DUSOLLIER, « L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur », *in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, Lexis Nexis, 2014, pp. 265-275.

[6] Dans le langage courant le terme « exploitation » correspond à « *une action de faire valoir une chose en vue d'un profit* » (*Le nouveau Petit Robert de la Langue Française*, Dictionnaires Le Robert-SEJERT, 2007, v° « exploitation ») ou « *la mise en valeur d'une source de richesse* » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 4e éd., Quadrillage/PUF, 2003, v° « exploitation ». *Cf.* aussi l'expression « actualiser la valeur » d'une chose, Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique (2° droits des exploitants) », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz 2007, n° 10). Le terme « valorisation » en est très voisin.

[7] A.-V. LE FUR, « L'acte d'exploitation de la chose d'autrui », *RTD Civ.*, 2004, p. 429.

réalisation d'actes couverts par les prérogatives juridiques. Elle peut également être passive et prendre la forme d'une jouissance simplement potentielle du patrimoine intellectuel d'un tiers.

2.- L'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles. L'exercice indirect des droits de propriété intellectuelle se base sur des contrats conclus entre le bénéficiaire de la protection et un tiers. En effet, le contrat constitue l'outil juridique essentiel qui véhicule les échanges entre particuliers. Sans surprise, l'outil contractuel remplit la même fonction dans l'hypothèse de l'exploitation des propriétés intellectuelles. Le titulaire du droit de propriété intellectuelle et le tiers-exploitant expriment par la signature d'un contrat leur volonté commune et (*a priori*) libre de l'exercice indirect du droit de propriété intellectuelle et fixent ses modalités.

Les contrats d'exploitation. Les dispositifs utilisés pour l'exercice indirect des droits de propriété intellectuelle sont les contrats d'exploitation[8]. Par ce biais, une partie permet à une autre d'accomplir des actes couverts par les prérogatives du droit de propriété intellectuelle en question. On parle de contrats d' « exploitation » car ces contrats ont pour objet l'exploitation économique des droits de propriété intellectuelle. Ceci correspond, du point de vue du titulaire du droit, à la valorisation de l'exercice indirect de son droit[9] et, du point de vue du tiers-exploitant, au bénéfice qui résulte de la jouissance passive ou active du droit en question.

Le droit des contrats d'exploitation. Au-delà même de la reconnaissance universelle du principe de la liberté contractuelle, les contrats d'exploitation font l'objet d'un encadrement juridique en Europe. En effet, la législation spéciale du droit de la propriété intellectuelle au niveau national ainsi que certains textes du droit européen reconnaissent les contrats en question, établissent des catégories contractuelles propres à ceux-ci et régissent certains aspects de leur régime. L'ensemble des règles spéciales propres aux contrats d'exploitation constitue le cadre juridique des contrats d'exploitation prévu par un ordre juridique donné.

---

[8] Ch. CARON, « Un nouveau contrat nommé : Le contrat d'exploitation d'une œuvre sur internet », *in Les deuxièmes journées du droit du commerce électronique*, Litec, 2005, p. 259 s., not. p. 259, parlant des « concepts antiques qui permettent d'exploiter les œuvres, au premier rang desquels figure le contrat. »

[9] Comp. A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur* (*études sur la loi du 11 mars 1957)*, préf. R. Savatier, coll. Bibl. de droit privé, tome 30, LGDJ, 1962, n° 30 *sq.*, p. 22, pour qui les contrats d'exploitation sont des contrats par lesquels « l'auteur met directement ou indirectement en valeur son œuvre ou son activité créatrice » pour ajouter par la suite que ces contrats sont « ceux dont la cause de l'obligation de l'auteur consiste à obtenir une satisfaction au moins intellectuelle, nous allions dire « morale » de son droit d'auteur. »

L'insuffisance globale du cadre juridique des contrats d'exploitation en Europe.

3.- La problématique de la présente thèse s'articule autour du droit spécial des contrats d'exploitation dans une perspective européenne. Or, le cadre juridique actuel des contrats d'exploitation en Europe tant au niveau national qu'au niveau de l'acquis communautaire.

4.- L'insuffisance au niveau national. Au niveau national, le cadre juridique actuel est loin d'être parfait. Cette insuffisance concerne d'une part, l'organisation des qualifications contractuelles spéciales, et d'autre part, la réglementation spéciale qui y est attachée.

Tout d'abord, les contours des catégories contractuelles ne sont pas toujours clairement tracés par la loi. En réalité, les contrats d'exploitation ne sont que très rarement définis par la législation spéciale[10]. De manière similaire, la structure de la qualification n'est pas clairement déterminée. Par exemple, il n'est parfois pas précisé si l'obligation d'exploitation ou le caractère onéreux est un élément essentiel du contrat de licence de brevet ou d'une marque. En l'absence d'éléments contractuels précis, c'est à la doctrine et à la jurisprudence qu'il revient de se prononcer sur les définitions et les éléments essentiels des contrats d'exploitation. Or, les réponses apportées ne sont pas toujours consistantes et harmonieuses, ce qui renforce le flou juridique caractérisant les contrats d'exploitation[11].

Ensuite, le *nomen* d'une catégorie de contrat d'exploitation renvoie à des réalités bien différentes. Par exemple, en droit hellénique, une gamme très variable de contrats d'exploitation est qualifiée de « licence », allant d'un contrat exclusif et onéreux qui effectue un transfert du droit[12] (contrat translatif)[13] à de simples autorisations gratuites. Or, ceci affaiblit la pertinence de la catégorisation

---

[10] Dans la plupart des cas, la loi énonce uniquement la possibilité de conclure une licence. Voir ainsi l'article 12§3 al. 1er de la loi grecque n° 1733/1987 à propos des licences de brevets d'invention, l'article 15§2 al. 1er de la loi allemande (PatG) à propos des licences de brevets d'invention ou l'article L. 714- 1 al. 2e du CPI français à propos des licences de marques.

[11] Ainsi les contradictions jurisprudentielles et les controverses doctrinales sont très fréquentes en matière de contrats d'exploitation. Pour ne donner que quelques illustrations, en droit français, il existe une controverse concernant la nature et le contenu obligationnel de la cession en droit d'auteur. De manière similaire, la détermination des éléments essentiels d'une licence de brevet n'est pas unanime. En droit grec, la nature translative d'une licence exclusive est également controversée.

[12] C'est la licence exclusive, considérée par une partie de la doctrine et de la jurisprudence comme un contrat translatif, voir *infra* n° 180 *sq.*

[13] Les contrats translatifs (traditionnellement qualifiés de cessions ou transferts) emportent le transfert d'un droit réel (droit de propriété -*proprietary rights* en droit britannique- ou autre). Ceci dit, et toujours en principe, le cocontractant d'un contrat d'exploitation translatif (le cessionnaire) devient le nouveau titulaire (secondaire) du droit de propriété intellectuelle. Par contre les contrats d'exploitation non translatifs (traditionnellement qualifiés de concessions ou licences) sont d'une nature purement contractuelle et entraînent la constitution d'un droit personnel au profit du cocontractant.

en question. Par ailleurs, le caractère approximatif des qualifications se reflète également en pratique, où les dénominations des contrats sont employées de manière très diverse[14]. En effet, les termes de cession et de licence sont parfois interchangeables en pratique. À titre d'exemple, les parties utilisent le terme de « licence » à propos de transactions où aucune licence n'est en réalité nécessaire. De même, il n'est pas rare de rencontrer des « licences » dont l'objet est la « cession exclusive des droits », alors qu'en principe la licence est un contrat non translatif et une cession ne peut être qu'exclusive. De plus, les catégories nommées établies par les législations spéciales ne sont pas toujours susceptibles de couvrir les situations non explicitement prévues par la loi concernant l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles. Ainsi, la pratique développe parfois des catégories contractuelles en dehors du système de qualifications établi par la législation de la propriété intellectuelle. Par exemple, en droit français, la licence de droit d'auteur existe bien en pratique, alors que le Code de la propriété intellectuelle n'y fait aucune référence. De même, la licence de droit d'auteur est également reconnue par une partie de la doctrine ainsi que par la jurisprudence[15].

De même, les critères de catégorisation choisis par la loi spéciale ne sont pas toujours appropriés. De manière traditionnelle, le système de qualifications spéciales des contrats d'exploitation repose sur la *summa divisio* entre les cessions translatives et les licences non translatives. Toutefois, le critère du mode de transmission du droit en question n'est pas toujours un critère opératoire pour

---

[14] Sur ce point voir par exemple L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual property law, 3e éd.*, Oxford University Press, 2009, p. 964.

[15] Voir A. BOISSON, *La licence de droit d'auteur,* Litec, Bibliothèque droit de l'entreprise, 2013 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique,* 4ème éd., Litec, 2012, n° 630, p. 557 s. ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur,* 2e éd., Economica, 2014, n° 1345, p. 931 : « il n'y a de prime abord pas d'obstacle à dépasser la terminologie *probablement maladroite* et *involontaire* de la loi, pour reconnaitre la coexistence de cessions et de licences ou concessions [nous soulignons] » ; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur,* thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 161, p. 145 ; A. LUCAS, « Droit d'auteur. Exploitation des droits. Dispositions spécifiques à certains contrats. Contrat d'édition », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique,* Fasc. 1320, n° 4 ; B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles,* PUAM, 2001, n° 96, p. 146 ; J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux,* 2e éd., LGDJ, 2001, n° 11113, p. 65 : « En 1957, le législateur n'a pas voulu consacrer la dichotomie entre cession et concession, qui existe néanmoins par *la force des choses* […] » ; B. MONTELS, « Contrats de production et d'exploitation des œuvres audiovisuelles », *JurisClasseur Communication,* Fasc. 6085, n° 22 : « Malgré l'emploi du terme « cession », l'étude des dispositions du Code de la propriété intellectuelle permet de dégager deux modes principaux de commercialisation des droits d'auteur si l'on prend en compte le critère classique de distinction, c'est-à-dire l'existence soit d'un transfert de propriété de tout ou partie de la chose, soit d'un simple transfert de jouissance. » ; P. PLAISANT. « Propriété littéraire el artistique », *Jurisclasseur,* fasc. 320, p. 14. n. 48 et s. : « à tout prendre, la loi de 1957 ne réglemente pas [les licences] mais ne les interdit pas. » ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur,* Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 30, p. 34 s.

En jurisprudence, expressément, voir CA Paris, p. 5, ch. 1, 1er décembre 2010, Sté Naïve c/ Ste V2 music Limited, *Propr. Intell.*, n° 39, avril 2011, p. 188, obs. J.-M. Bruguière, se référant à une licence exclusive d'exploitation. Déjà, Cass. 1re civ., 18 oct. 1994, *RIDA*, 1995, n° 164, p. 265.

La situation est encore plus problématique en raison de l'explosion du phénomène des « licences » libres.

catégoriser les contrats d'exploitation. La frontière entre les deux catégories est très mince et les deux termes sont souvent interchangeables en pratique. Ainsi, une licence exclusive et illimitée se rapproche bien souvent d'une cession[16]. D'ailleurs, les deux catégories sont parfois imbriquées. Par exemple, la licence exclusive en droit grec est considérée, à l'instar d'une cession, comme un contrat translatif[17]. Dans cette hypothèse, la licence exclusive coïncide avec une cession partielle du droit. En outre, les législations de droit d'auteur des pays d'Europe continentale comme la France et l'Allemagne ne prévoient des catégories contractuelles accompagnées de réglementations détaillées que pour les contrats d'exploitation primaires, à savoir les contrats d'exploitation conclus par l'auteur lui-même, et non pas pour des contrats d'exploitation secondaires passés tout au long d'une chaine contractuelle. Si la distinction entre contrats d'auteur primaires et secondaires peut être

---

[16] En ce sens, pour une approche globale, voir B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, disponible sur: <www.ivir.nl/publications/other/final-report2002.pdf>, p. 29.

[17] Thèse assez répandue tant en doctrine qu'en jurisprudence à propos de toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle. En matière de droit d'auteur, en doctrine v. not. M. Th. MARINOS, « Le contrat exclusif discographique- en même temps, quelques remarques sur la cession du droit patrimonial de l'artiste interprète », *ChrID*, 2002, pp. 289 et s., not. p. 290 : « tout contrat d'exploitation exclusif emporte la cession des prérogatives patrimoniales […] » ; A. DESPOTIDOU, « Article 12 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, n° 18, p. 325 et n° 15, p. 323 ; A. DESPOTIDOU, « Article 13 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, n° 2, p. 345 et n° 14, p. 352 ; A. DESPOTIDOU, « Les contrats d'exploitation », *in* ALAI-groupe hellénique, *L'œuvre de Giorgos Koumantos et les questions contemporaines du droit d'auteur*, Athènes, 7 mai 2010, Sakkoulas, 2011, p. 151 s. et not. p. 158 et les références citées ; M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 2004, n° 478, p. 215 ainsi que n° 559, p. 248 s. ; S. STAVRIDOU, *Le contrat de mise en gestion en droit d'auteur*, *Sakkoulas*, 1999, p. 175 ; *idem*, note sous TGI Athènes, 5417/2000, *ChrID*¸ A/2001, p. 648 et s., et not. pp. 650-651 ; P. KORIATOPOULOU, *Restrictions contractuelles de l'exploitation du droit d'auteur*, Sakkoulas, 1994, p. 8 ; A. CHIOTELLIS, *Le contrat d'édition imprimée*, Éditions Universitaires grecques, 1995 (pour le contrat d'édition), p. 123 et s. et not. p. 128. Sous l'ancien régime, v. K. ASPROGERAKAS-GRIVAS, *Contrat d'exploitation des œuvres littéraires et artistiques*, 1972, p. 70, note n° 135, sans toutefois lier expressément cession et caractère exclusif du contrat d'exploitation ; I. LEMPESI-ANDREOU, « L'exploitation des œuvres musicales », *EEmpD*, 1985, p. 605 et not. p. 606. En jurisprudence, v. not. EfAth. 7632/2005, *NoV*, 2006, p. 417, parlant de cession des prérogatives à travers un contrat ou une licence exclusive ayant caractère réel » ; EfAth 143/2004, *DEE*, 2004, p. 415, obs. N. Kyprouli (accord selon lequel l'exploitant « obtient le droit exclusif de propriété et d'exploitation » est qualifié de contrat d'exploitation et pas de cession) ; EfAth 8138/2000, *DEE* 2001, 60 obs. N. Kyprouli ; MonProtAth 2122/2004, *DiMEE* 2005, obs. Tsiggou ; AP 1671/1990, *EllDni*, 1992, p. 136 (contrat d'édition, ancien régime).

En matière des brevets d'invention, en doctrine, v. V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 960, p. 735 ; Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 244 ; N. ROKAS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2004, n° 10, p. 47 ; M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation du brevet d'invention*, 1987, p. 74 ; M.-Th. MARINOS, *Droit du brevet*, Sakkoulas, 2013, n° 7.44 s., p. 190 s. ; K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 163 et p. 165, *a contrario*. Comp. D. ANASTASOPOULOS, G. MICHAILOPOULOS, *Contrats du commerce moderne*, Sakkoulas, 2011, p. 204, qui ne se réfère pas expressément au caractère absolu du droit du licencié exclusif, mais, par contre, il affirme que le licencié jouit des mêmes droits que le titulaire du brevet.

En matière des marques, v. le Rapport Introductif de la loi 4072/2012, p. 33. En doctrine, v. voir N. ROKAS (avec I. VENIERIS), *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Nomiki Vivliothiki, 2011, n° 11, p. 150 et *ibid.* n° 15, p. 151 ; Th. LIAKOPOULOS, « Évolutions et perspectives du droit de la propriété industrielle », *in Questions du droit des affaires*, Ed. Sakkoulas, vol. III, 1996, p. 15 ; A. PSARRAS, « Article 16 » *in* N. ROKAS, *Droit des marques*, Nomiki Viviliothiki, 1996, n° 13, p. 158 ; M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 541, p. 249 pour le droit du licencié simple et *ibid.* n° 544, p. 250 pour le droit du licencié exclusif.

D'un point de vue transversal, v. M.-Th. MARINOS, *Droit du brevet*, Sakkoulas, 2013, n° 7.44, p. 190.

légitime, dans la mesure où un régime à finalité protectrice peut s'appliquer afin de garantir un minimum de protection pour l'auteur partie-faible de l'opération, le désintérêt du législateur pour encadrer les contrats secondaires n'est pas toujours opportun, surtout dans la mesure où la présence de l'auteur n'est pas un élément qui a une influence sur l'économie du contrat d'exploitation en question[18].

De plus, la catégorisation sectorielle des contrats d'exploitation, telle qu'exprimée par la consécration d'un ensemble de règles différentes et dispersées au sein de plusieurs lois spéciales propres à chaque droit de propriété intellectuelle, mène à des incohérences. En droit d'auteur français, le Code de la propriété intellectuelle fait référence presque exclusivement au contrat de « cession » et ne reconnaît pas expressément les licences, alors que ces dernières sont expressément prévues par le même Code en matière de propriété industrielle[19]. De manière similaire, la loi allemande ne connaît pas de cessions ni de licences, mais plutôt des concessions de droits d'utilisation[20]. En droit hellénique, le contrat de licence en matière de droit d'auteur est défini par la loi comme un contrat dépourvu d'une obligation d'exploitation à la charge du licencié, par lequel, le donneur de la licence permet simplement l'exercice des prérogatives juridiques transmises (contrat purement permissif)[21]. En revanche, les licences en droit grec de propriété industrielle comportent très souvent une obligation d'exploitation à la charge du licencié[22]. En droit français, l'obligation d'exploitation est considérée comme un élément essentiel de toute licence en matière de brevets[23]. En revanche, concernant les marques, cette obligation est un élément essentiel des licences exclusives uniquement[24].

Par ailleurs, la réglementation attachée aux qualifications spéciales des contrats d'exploitation dans son état actuel présente aussi plusieurs inconvénients. D'une part, la réglementation spéciale est lacunaire. En effet, en droit de la propriété industrielle, les contrats d'exploitation sont plus évoqués

---

[18] Voir en ce sens, en droit français, N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 51, p. 52.

[19] Sur ce point, J.-L. GOUTAL, « De l'irréductible diversité à la quête d'unité », *JCP Cahiers de Droit de l'entreprise* n° 42, 2004, p. 1 et s., not. p. 2.

[20] M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 54 *sq.*, p. 62 et s.

[21] Voir art. 13 par. 2 loi 2121/1993.

[22] Voir en matière des brevets K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 170 ; en matière des marques voir M.-Th. MARINOS, *Droit de marques*, 2007, n° 557, pp. 254-255.

[23] A titre indicatif, voir F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 719, p. 375.

[24] Voir E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 95 et les arrêts cités.

que précisément réglementés. En pratique, les lois spéciales ne contiennent qu'une réglementation très faible applicable à ces contrats. De même, la situation est similaire en droit d'auteur, où, malgré l'existence d'une réglementation plus détaillée (surtout en Europe continentale), plusieurs questions de fond importantes, telles que le régime des garanties[25], ne sont pas du tout réglées par la loi spéciale.

Pour combler les lacunes de la loi spéciale, il est alors nécessaire de procéder à une qualification complémentaire. C'est ainsi qu'en droit français, tant en doctrine qu'en jurisprudence, les contrats de licences reçoivent la qualification de contrat de bail[26]. Toutefois, la pratique de la double qualification présente plusieurs désavantages. D'une part, la double qualification des contrats d'exploitation est souvent controversée[27]. En l'absence d'une qualification établie, la prévisibilité du régime applicable aux contrats d'exploitation n'est pas assurée. De plus, la double qualification « civiliste » choisie peut souvent être inappropriée ou dénaturante. Ces qualifications civilistes sont

---

[25] Voir en droit d'auteur français S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 12, p. 10 ; A. BOISSON, *La licence de droit d'auteur*, Lexis Nexis, 2013, p. 644 s.

[26] En jurisprudence, en matière de brevets d'invention, pour ne citer que quelques exemples, v. l'arrêt de principe CA Orléans, 13 juill. 1892, *DP*, 1993, 2, p. 329 ; T. civ. Seine, 20 oct. 1922, *Ann. propr. ind.*, 1923, p. 288 ; CA Paris 22 juin 1922, *Ann. Propr. Ind.*, 1923, p. 353 ; CA Paris, 21 oct. 1999, *D.*, 2002, p. 1195, obs. J. Schmidt-Szalewski ; *PIBD*, 2000, 696, III, 181. *Adde* J. RAYNARD, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC*, 2/2006, p. 597 s., n° 3 : « La jurisprudence, prenant appui sur les analyses les plus traditionnelles, rapporte les contrats de licence (de brevets, de marques, etc.) au louage de choses […] ».

Pour l'ensemble des licences des droits de propriété industrielle, v. B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, n° 450, p. 204-205 ; L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 83. A propos des licences des brevets d'invention, v. déjà P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 2, Sirey, 1954, n° 184, p. 264 : « s'il est vrai que le contrat de licence confère au licencié la jouissance du droit d'exploitation, qui est un des attributs du brevet, il n'y a rien de plus que dans le contrat de louage, où le preneur obtient aussi la jouissance de la chose par le moyen d'un droit, qui n'est qu'un droit de créance. » ; voir aussi les références anciennes faites par A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, n° 265, p. 134 ; F. POLLAUD-DULLIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 694, p. 366 : « La licence de brevet est assimilée à un contrat de louage […] » ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007, n° 273, p. 109 ; Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 27. A propos des licences des marques, v. très clairement J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007, n° 659, p. 285 ; E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 66 ; plus modérés J. PASSA, *Traité de la propriété industrielle*, 2e édition, Tome 1, L.G.D.J., 2009, n° 404, p 568 : « L'habitude a donc été prise de faire application des règles du Code civil relatives au contrat de louage de chose. » ; F. POLLAUD-DULLIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 1593, p. 927 : « il est traditionnel de raisonner, *au moins par analogie*, avec le contrat de vente pour la cession […] et le contrat de louage pour la licence » ; *ibidem*, n° 665, p. 352 : « mieux vaut donc, *de lege lata*, s'en tenir à une analogie avec les contrats de vente et de louage » et n° 1609, pp. 935-936, parlant de l'assimilation des contrats de licence avec le contrat de louage. Comp. F. POLLAUD-DULLIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 1612, p. 936 : « Le régime de la licence s'*inspire* de celui du louage des choses. »

Plus modérées, A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, n° 292, p. 147 : « Bien que l'assimilation semble légitime, tant les points d'accroche entre le contrat de licence et le contrat de louage sont nombreux, le contrat de licence *reste une forme particulière de louage*. » ; J. SCHMIDT, « Les contrats d'exploitation de brevets en droit privé », *in* INSTITUT DE FRANCE, *Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention*, Actes de colloque, Paris- 10 mars 2005, Lavoisier, 2006, p. 18 : « Mais la licence est plus qu'un simple louage. »

[27] Voir par exemple la controverse sur la qualification du contrat de licence des brevets d'invention en droit grec, V. ANTONOPOULOS, *Droit de propriété industrielle*, Sakkoulas, 2002, n° 956, p. 844 ; *infra* n° 216.

conçues à partir d'opérations contractuelles ayant pour objet des objets matériels. De ce fait, elles ne sont pas automatiquement compatibles avec l'ubiquité et le caractère immatériel des objets protégés par les propriétés intellectuelles[28]. En outre, la particularité de l'opération véhiculée par un contrat d'exploitation n'est pas toujours assimilable aux opérations encadrées par les contrats du droit civil[29].

D'autre part, la réglementation attachée aux qualifications spéciales des contrats d'exploitation est fragmentée et dispersée entre les différentes branches de la propriété intellectuelle. Ceci mène à des asymétries et des inconsistances parmi les différents régimes spéciaux. Par exemple, en droit grec, la question du droit d'agir du licencié n'est pas règlementée de manière uniforme au sein des différentes branches de propriété intellectuelle[30]. En droit allemand, la question du droit d'agir d'un licencié n'est régie par disposition légale qu'en matière de marques. En droit anglais, les conditions de forme d'un contrat de licence varient selon le type de droit exploité[31]. La fragmentation de la réglementation applicable aux contrats d'exploitation et l'inconsistance des solutions qui en découlent mènent à des résultats inéquitables. Ainsi, en droit grec, le licencié du droit d'auteur est traité de manière plus favorable que son homologue concernant les marques[32]. De même, les inconsistances entre les régimes particuliers des droits d'exploitation, qui se réfèrent tant aux catégorisations des contrats d'exploitation qu'aux régimes applicables, nuisent à la lisibilité et la simplicité du cadre juridique, surtout lorsqu'en pratique, l'exploitation simultanée des différents droits de propriété intellectuelle est assez fréquente.

En somme, les failles des systèmes de qualifications contractuelles spéciales des contrats d'exploitation ainsi que le caractère sous-développé et fragmenté de la réglementation attachée nuisent à la performance, à la simplicité et à la lisibilité du cadre juridique actuel[33]. Ceci menace la sécurité juridique des parties et rend la conclusion des contrats d'exploitation plus complexe.

---

[28] Voir par exemple, J. RAYNARD, « De l'originalité de la licence de brevet en tant que louage de chose », *in* Ch. GEIGER, C. RODA (sous dir. de), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé. Mélanges en l'honneur du professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, Lexis Nexis, 2013, p. 267 s.

[29] C'est surtout le cas quand le bénéficiaire de la transmission d'un droit de propriété intellectuelle est chargé d'une obligation d'exploitation. En ce sens, à propos des licences de brevets du droit français, P. MATHÉLY, *Le nouveau droit français des brevets*, LJNA, 1992, p. 322.

[30] V. *infra* n° 360.

[31] Comp. les art. 92(1) DPA, les art. 30(6) PA et 31(6) PA *a contrario* et l'art. 28(2) TMA.

[32] Comp. les articles 13 par. 3, al. 3^{e} loi 2121/1993 et 132 par. 4 al. 1er loi 4072/2012.

[33] *Cf.* S. DUSOLLIER, C. KER, M. IGLESIAS, Y. SMITS, *Contractual arrangements applicable to creators : law and practice of selected Member States*, European Parliament – Directorate General for International Policies – Policy Department C : Citizens' Rights and Constitutional Affairs – Legal Affairs, 2014, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/RegData/.../IPOL-JURI_ET(2014)493041_EN.pdf>, p. 102, parlant d'inefficacité des droits nationaux des contrats d'auteur.

5.- L'insuffisance au niveau européen. Au niveau européen, l'acquis communautaire présente d'importantes lacunes. Tout d'abord, le droit européen couvre le domaine des contrats d'exploitation de manière très sectorielle et asymétrique. Ainsi, en matière de droit d'auteur, il n'y a aucune règle de portée générale[34]. En revanche, les dispositions afférentes aux contrats d'exploitation concernent un type d'œuvres (par exemple les logiciels[35]) ou des droits d'exploitation très particuliers (par exemple les droits relatifs à la radiodiffusion des œuvres protégées par satellite[36]). En même temps, les contrats d'exploitation portant sur les marques communautaires et ceux portant sur les marques nationales sont régis par des règles distinctes[37]. Par ailleurs, l'acquis en matière de contrats d'exploitation des brevets d'invention est quasi-inexistant et, lorsqu'il existe, il est très superficiel. Ainsi, les concepts introduits par les quelques rares dispositions à contenu normatif de l'acquis[38] ne sont pas définis. Tel est le cas, par exemple, du concept de la licence, dont la définition ainsi que la détermination de ses éléments essentiels font défauts[39].

Le caractère sporadique et superficiel de l'acquis communautaire est à l'origine de plusieurs inconvénients. Tout d'abord, la nature sectorielle de l'intervention européenne mène nécessairement à une européanisation fragmentée. L'acquis communautaire prend la forme d'îlots de droit harmonisé au sein d'un « océan » de droits nationaux. Ensuite, le caractère asymétrique de l'acquis communautaire est à l'origine d'inconsistances[40]. Par exemple, la question du droit d'agir d'un licencié n'est régie qu'à propos des licences portant sur une marque communautaire. Dès lors, le régime du droit d'agir d'un licencié d'une marque nationale ne sera pas toujours aligné sur le régime uniforme applicable aux licences portant sur les marques communautaires. Tout cela mène à des discriminations entre les licenciés d'une marque nationale par rapport à ceux d'une marque

---

[34] Pour un bilan entre les démarches d'harmonisation à caractère sectoriel et transversal, voir C. ZOLYNSKI, N. MARTIAL-BRAZ (sous dir. de), *Réponse du réseau Trans Europe Experts Pôle droit de la propriété intellectuelle au Livre Vert sur La distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne COM (2011) 427 final*, novembre 2011, disponible sur : <www.transeuropeexperts.eu>, p. 71 et s. Rappr. P. MOHR, *L'harmonisation européenne du droit des contrats d'auteur – Etude de droit comparé à partir des droits allemand, anglais, espagnol et français*, thèse Strasbourg, 2014.

[35] Directive 2009/24/CE du 23 avril 2009, relative à la protection juridique des programmes d'ordinateur, voir *infra* n° 138.

[36] Directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, voir *infra*, n° 135.

[37] Voir art. 22 du Règlement n° 207/2009 du 26 février 2009 sur la marque communautaire et l'article 8 de la Directive 2008/95/CE du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques.

[38] Surtout en matière du droit des marques. Voir par exemple l'art. 8§1 de la Directive d'harmonisation du droit des marques et l'art. 22§1 al. 1er du RMC.

[39] Voir sur ce point les Conclusions de l'avocat général, Mme Verica Trstenjak, présentées le 27 janvier 2009 à propos de l'affaire C 533/07, 23 avril 2009, *Falco Privatstiftung et Thomas Rabitsch contre Gisela Weller-Lindhorst.*

[40] Comp. M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 8, « The Blessings and Curses of Harmonization », p. 297 et s., not. p. 301.

communautaire[41]. De même, le caractère superficiel de l'acquis pose également des difficultés. En l'absence de définition commune, les concepts introduits par l'acquis communautaire font l'objet d'interprétations divergentes au sein des différents droits nationaux. De manière similaire, l'interprétation de ces concepts par la Cour de justice de l'Union européenne est parfois problématique, étant donné qu'elle est à l'origine de conceptions dénaturantes du droit des contrats d'exploitation[42]. Par exemple, selon l'arrêt *Usedsoft* du 3 juillet 2012[43], le contrat de licence d'utilisation du logiciel sans limitation de durée et pour un prix représentant la valeur économique de l'exemplaire du logiciel a été erroneusement qualifié de vente[44]. En effet, le contrat en question ne pourrait pas être assimilé à un contrat d'appropriation de support matériel, vu qu'il porte sur un objet immatériel, à savoir le droit d'auteur sur le logiciel. De plus, selon les conclusions de l'Avocat Général dans l'arrêt *Pie Optiek* du 19 juillet 2012[45], un contrat de licence doit nécessairement comporter une clause par laquelle le licencié aura le pouvoir de « faire valoir des droits fondés sur la marque à l'encontre des tiers », ce qui cependant n'est pas exact. En fait, la question relative au droit d'agir du licencié de marque ne doit pas être expressément réglée dans tout contrat de licence vu que tant les droits nationaux que le droit européen apportent des solutions variables s'appliquant

[41] Pour une illustration comp. l'article 22 par. 3, al 1er du RMC avec l'art. L. 716-5 al. 2e CPI français et l'art. 30 par. 3 de la loi allemande des marques. Pour une situation similaire, à propos des conditions de forme, voir la décision britannique *Jean Christian Perfumes Ltd/Jigsaw European Sales Ltd v. Sanjay Tharkar* rendue par la *High Court of Justice* le 27 mai 2011. Sur ce point voir J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European Perspective », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 450 s. et not. p. 469.

[42] Voir *infra* n° 255.

[43] CJUE, grande Chambre, 3 juillet 2012, affaire numéro C-128/11, *UsedSoft GmbH* c./ *Oracle International Corp*.

[44] Para. 44 s. de la décision : « Le téléchargement d'une copie d'un programme d'ordinateur et la conclusion d'un contrat de licence d'utilisation se rapportant à celle-ci forment un tout indivisible qui doit être qualifié, dans son ensemble, comme une vente ».

[45] CJUE, 2e ch., 19 juill. 2012, aff. C-376/11, *Pie Optiek SPRL c/ Bureau Gevers SA et European Registry for Internet Domains ASBL*. Pour un commentaire de cette décision voir J. De WERRA, « La création d'un droit européen des contrats de licence : quelques réflexions sur l'arrêt *Pie Optiek* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris (LexisNexis) 2014, pp. 801-811 ; L. IDOT, « Internet et nom de domaine.eu », *Europe*, n° 10, Octobre 2012, comm. 403 ; A. FARACHE, « Notion de «licencié de droits antérieurs» : exclusion du licencié autorisé uniquement à enregistrer un nom de domaine « .eu » pour le titulaire d'une marque », *Revue Lamy droit des affaires*, 2012, n° 75, p. 23 ; A. MENDOZA-CAMINADE, « Les fonctions de la marque à la rescousse de la qualification du contrat de licence : l'apport de la CJUE à la construction du régime juridique de la marque. », *JCP* E, 2012, n° 44, p. 1664 ; N. TISSOT, « Arrêt de la 2e chambre de la Cour de justice européenne du 19 juillet 2012, C-376/11, *Rev. suisse du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence*, 2013, p. 474 et s. *Cf.* aussi la définition problématique du contrat de licence retenue par l'Avocat général dans son opinion à l'affaire de la CJ C-533/07, *Falco Privatstiftung et Thomas Rabitsch contre Gisela Weller-Lindhorst*. Sur ce point voir not. J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s. ; J. de WERRA, « An essential Brick in the Building of European Copyright : Regulation of Copyright Transactions », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 259 s. ; E. TREPPOZ, « Droit des contrats internationaux, Le contrat de fourniture de services et le droit international privé communautaire », *RDC*, 2009, p. 1558 et s. ; B. UBERTAZZI, « Licence agreements relating to IP rights and the EC Regulation on Jurisdiction », *IIC*, 2009, p. 912 s.

généralement par défaut[46]. Par ailleurs, une européanisation superficielle dépourvue de définitions sur les concepts-clés du droit des contrats d'exploitation, comme la définition du contrat de licence par exemple[47], réduit l'efficacité des dispositifs d'harmonisation ou d'uniformisation, tels que des titres unitaires.

Ainsi, l'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation est fragmenté et incomplet. En l'absence d'un acquis communautaire suffisamment développé, le droit des contrats d'exploitation au niveau européen ressemble à une mosaïque composée de plusieurs droits nationaux divergents. La diversité porte tant sur l'organisation des qualifications spéciales des contrats d'exploitation que sur le régime qui y est attaché. Ainsi par exemple, en matière de droit d'auteur, la loi française se réfère presque exclusivement aux cessions. La loi allemande ne connaît que des concessions des droits d'utilisation et la loi grecque, quant à elle, propose deux catégories de contrats d'exploitation : les contrats d'exploitation et les licences d'exploitation. De même, les législations nationales spéciales offrent des solutions différentes concernant toute une série de questions, telles que, par exemple, la forme des contrats d'exploitation[48] ou le droit d'agir du licencié[49]. En outre, comme nous l'avons vu, les régimes nationaux sont très souvent complétés par les règles de droits nationaux des contrats, elles-mêmes non harmonisées.

L'existence de règles de conflit uniformes[50] au niveau européen ne résout pas le problème de diversité. Ces règles de conflit permettent certes l'identification du droit national applicable, mais elles ne permettent pas de déterminer son contenu. Encore moins, elles ne peuvent remédier au problème de l'insuffisance de ce dernier.

---

[46] En ce sens, J. De WERRA, « La création d'un droit européen des contrats de licence : quelques réflexions sur l'arrêt *Pie Optiek* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris (LexisNexis) 2014, p. 801-811 et not. 810.

[47] Sur ce point voir parmi d'autres J. De WERRA, « La création d'un droit européen des contrats de licence : quelques réflexions sur l'arrêt *Pie Optiek* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris (LexisNexis) 2014, p. 801-811.

[48] Par exemple, une licence de brevet doit être conclue par écrit à peine de nullité, selon l'article 613-9 (al. 1er et 3e) du CPI français ou l'article 12 par. 3 al. 1 de la loi hellénique n° 1733/1987, alors qu'en droit allemand et anglais aucune forme n'est exigée.

[49] Comp. l'article 13 par. 3, al. 3e de la loi hellénique 2121/1993 (droit d'agir d'un licencié non exclusif sauf accord contraire des parties) et l'article 101A CDPA (le licencié non exclusif a un droit d'agir limité, selon les conditions posées par le texte du paragraphe 1 du même article).

[50] A l'heure actuelle, l'UE possède un dispositif de règles de conflit en matière de contrats d'exploitation uniforme. Ce dispositif est composé, des règles de conflit uniformes prévues par le Règlement 593/2008, « Rome I ». En l'absence de règle de conflit spéciale pour les contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle, la loi applicable sera déterminée par le jeu de la présomption générale de rattachement (articles 4 s. du Règlement).

Dès lors, l'état actuel à l'échelle européenne rend la conclusion des contrats d'exploitation transfrontières difficile et peu attractive[51]. Le droit national applicable à un contrat européen sera très probablement un droit non maitrisé par l'une des deux parties de la transaction. L'insécurité juridique liée à la « peur de l'inconnu »[52] est susceptible d'augmenter les coûts de transaction. Ces coûts peuvent être dus notamment à la difficulté de trouver des informations sur les textes d'un droit des contrats étranger applicable[53], d'obtenir des conseils juridiques[54] ou de négocier le droit applicable à un contrat d'exploitation européen. La nécessité pour les parties de s'adapter aux autres législations nationales accroît la complexité et le coût de l'exploitation des propriétés intellectuelles dans un contexte européen, par rapport à celle réalisée au niveau national.

La difficulté de la conclusion des contrats d'exploitation transfrontières est due, entre autres facteurs, à la diversité qui caractérise les droits nationaux des contrats d'exploitation et compromet la réalisation du marché unique. De manière similaire, un marché européen reposant sur un paysage juridique composé de plusieurs droits nationaux divergents et insuffisants n'est certainement pas attractif, avec ainsi des répercussions sur sa compétitivité à l'échelle mondiale.

Ainsi, l'état actuel non harmonisé du droit des contrats d'exploitation est une entrave au bon fonctionnement du marché intérieur[55] et freine la circulation des objets protégés par les propriétés intellectuelles au sein de l'Union européenne[56].

---

[51] *Cf.* à propos des contrats d'auteur, S. DUSOLLIER, C. KER, M. IGLESIAS, Y. SMITS, *Contractual arrangements applicable to creators: law and practice of selected Member States*, European Parliament – Directorate General for International Policies – Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs – Legal Affairs, 2014, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/RegData/.../IPOL-JURI_ET(2014)493041_EN.pdf>, p. 102 : « This patchwork of national provisions also prejudices exploiters of copyright works due to the uncertainties they face in an industry that is becoming more and more global. »

[52] O. LANDO, « Principes de droit européen des contrats, Une première étape vers un code civil européen ? », *RDAI/IBLJ*, n° 2, 1997, p. 189 et not. p. 190.

[53] B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, disponible sur: <www.ivir.nl/publications/other/final-report2002.pdf>, p 152 : « […] the information costs resulting from different national contract laws […] create an obstacle to cross-border transactions ».

[54] Les législations nationales étant rarement disponibles dans d'autres langues européennes, les acteurs du marché doivent consulter un avocat connaissant les lois du système juridique qu'ils se proposent de choisir. En outre, la complexité des droits nationaux rend nécessaire l'obtention d'un conseil juridique spécialisé.

[55] Les disparités du droit des contrats sont considérées comme un facteur de blocage important au sein de la Communication de la Commission, 3.3.2010, *EUROPE 2020 Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive*, COM(2010) 2020, p. 21 et s. Il serait utile aussi de renvoyer à des études empiriques élaborées en matière de droit des contrats en général. Voir ainsi l'EUROBAROMÈTRE Spécial 292 (2008) et l'EUROBAROMÈTRE Flash 278, (2009) ; The Clifford Chance Survey in European Contract Law (2005), citées par le Livre vert de la Commission Européenne, relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, 1.7.2010, COM(2010) 348/3, p. 5, note n° 17. Comp. les études Eurobaromètres 320 de 2011 sur le droit européen des contrats dans les transactions entre professionnels, p. 15, et Eurobaromètre 321 de 2011sur le droit européen des contrats dans les transactions entre consommateurs, p. 19, citées au sein de la Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil, relatif à un droit commun européen de la vente, 11.10.2011, COM(2011) 635 final, 2011/0284 (COD), {SEC(2011) 1165 final} {SEC(2011) 1166 final}, p. 2, note n° 1. Certes, la

Si nous tentons de synthétiser les éléments précédents, il apparaît que le cadre juridique actuel des contrats d'exploitation en Europe présente une insuffisance globale. En effet, celle-ci touche tant les droits nationaux que l'acquis communautaire et touche aussi bien les contrats internes que transfrontiers. De même, elle concerne tout niveau d'exploitation contractuelle (primaire et secondaire) et tous les droits de propriété intellectuelle. Les raisons de cette insuffisance peuvent être regroupées en deux catégories : a) l'insuffisance résultant de l'organisation problématique des catégories contractuelles par les textes législatifs actuellement en vigueur et b) l'insuffisance résultant du caractère incomplet de la réglementation spéciale attachée aux qualifications contractuelles propres aux contrats d'exploitation.

L'insuffisance globale du droit des contrats d'exploitation en Europe : un problème de taille.

6.- L'insuffisance du cadre juridique actuel des contrats d'exploitation en Europe est un problème important car les enjeux liés à ces contrats sont considérables.

Importance de l'objet des contrats d'exploitation : le capital intellectuel. Comme il a été signalé plus haut, le rôle des propriétés intellectuelles au sein d'une économie de l'immatériel et de l'innovation est essentiel. Ceci a été également reconnu à plusieurs reprises par les institutions européennes[57]. De leur côté, les contrats d'exploitation constituent les instruments juridiques permettant la circulation de ces sources de richesse et favorisent l'optimisation de leur exploitation, tant au niveau national qu'au niveau européen.

---

vérification de cette affirmation par des données empiriques portant sur les contrats d'exploitation en particulier parait nécessaire. Comp. L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s., à propos des contrats d'exploitation en matière de droit d'auteur, p. 523 : « It is impossible, without conducting an economic survey among stakeholders to assert with any certainty whether the existing differences in the law of copyright contracts in the Member States of the EU affect the functioning of the Internal market. »

[56] Comp. Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions**,** Bruxelles, 6.10.2010, *Initiative phare Europe 2020, Une Union de l'innovation*, COM(2010) 546 final, p. 21 : « Pour une seule et même opération, les entreprises et les citoyens doivent encore souvent faire avec 27 systèmes juridiques différents. Alors que nos entreprises font quotidiennement face à la réalité de la fragmentation et de la divergence des réglementations, leurs concurrents chinois, américains et japonais peuvent pleinement tirer parti de leurs vastes marchés domestiques. »

[57] Voir par exemple Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix, Bruxelles, le 24.5.2011, COM(2011) 287 final, p. 26 : « Les DPI, sous toutes leurs formes, sont des pierres angulaires de la nouvelle économie de la connaissance. »

Fréquence et dimension des contrats d'exploitation. De même, les contrats d'exploitation sont désormais des contrats utilisés très fréquemment[58]. D'une part, le choix d'exploitation indirecte d'un droit de propriété intellectuelle par le biais d'un contrat d'exploitation peut être motivé par plusieurs raisons, telles que, par exemple, l'impossibilité d'exploitation directe, l'intention de pénétration dans les marchés normalement inaccessibles ou accessibles de façon coûteuse ou la mise en œuvre d'une stratégie économique. D'autre part, l'irrésistible ascension de la propriété intellectuelle qui caractérise notre époque[59] a inévitablement conduit à multiplier des transactions impliquant l'exploitation indirecte des propriétés intellectuelles[60]. Par conséquent, les contrats constituent l'outil juridique par excellence d'exploitation des propriétés intellectuelles et sont les véhicules d'opérations ayant une importance économique significative. Dès lors, l'existence d'un cadre juridique performant pour ces contrats est nécessaire afin de faciliter et de sécuriser les échanges. C'est pourquoi l'Europe de l'innovation et de la propriété intellectuelle[61] a besoin d'un cadre juridique suffisamment développé, simplifié, clair et adapté aux besoins de ces contrats[62].

Ce constat d'insuffisance globale du droit des contrats d'exploitation conduit évidemment à s'interroger sur les remèdes. Ainsi, la présente thèse présentera deux volets successifs : dans un premier temps, une étude du cadre juridique actuel des contrats d'exploitation en Europe et de ses insuffisances sera conduite, puis dans un second temps seront analysés les possibles remèdes à cette situation.

---

[58] S. DUSOLLIER, « L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur », *in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, Lexis Nexis, 2014, pp. 265-275, *passim*.

[59] M. VIVANT, « L'irrésistible ascension des droits de propriété intellectuelle », *in Mélanges C. Mouly*, Vol. 1, Paris, Litec, 1998, p. 441.

[60] V. M. LEVY, J.-P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, La Documentation française, nov. 2006, disponible sur < www.minefi.gouv.fr/directions_services/sircom/technologies_info/immateriel/immateriel.pdf>, p. 14, parlant d' « innovation généralisée ». ; M. VIVANT, « L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », *JCP G*, 2000, n° 1-2, p. 10 s. : « L'immatériel, de fait, est partout. Là où on l'attend : qu'on songe au cyberespace si fortement médiatisé aujourd'hui, espace qu'on dit curieusement mais symptomatiquement « virtuel » Mais là même où on ne l'attend pas : le voici présent sous forme de logiciel dans la cuisse de poulet évoquée il y a quelques années par Dominique Nora. » Comp. <www.ibm.com/ibm/licensing/> : « IBM's know-how, along with IP assets, skills, and infrastructure, reaches into nearly every industry and every discipline of science and technology.»

[61] Voir par exemple, Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions**,** Bruxelles, 6.10.2010, *Initiative phare Europe 2020, Une Union de l'innovation,* COM(2010) 546 final ; Communication de la Commission au parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, L'Acte pour le marché unique, Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance, « Ensemble pour une nouvelle croissance », Bruxelles, le 13.4.2011, COM(2011) 206 final ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix, Bruxelles, le 24.5.2011, COM(2011) 287 final.

[62] En ce sens J. de WERRA, « La création d'un droit européen des contrats de licence : quelques réflexions sur l'arrêt *Pie Optiek* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris (LexisNexis) 2014, p. 801-811 et not. p. 810.

L'appréhension du problème étudié par la présente thèse : Méthode et approche adoptées.

7.- La question principale. Comme il a été signalé plus haut, le point de départ de la démarche de la présente thèse est le constat que les contrats d'exploitation nécessitent un cadre juridique cohérent, lisible et performant au sein de l'Union européenne. L'objectif essentiel de la présente étude est d'arriver dès lors à offrir une réponse à la question suivante : comment améliorer le cadre juridique des contrats d'exploitation en Europe ?

8.- L'approche adoptée. Toute étude nécessite des choix. S'ils peuvent toujours être discutés, ils n'en sont pas moins nécessaires. Nous procéderons dès lors à certaines clarifications relatives à l'approche adoptée face au problème à étudier.

Tout d'abord, nous adoptons une approche fonctionnelle des contrats d'exploitation. Nous n'adopterons pas comme point de départ de notre analyse un type de contrat d'exploitation déterminé, tel qu'offert par un droit spécial au niveau national ou européen. Néanmoins, nous examinerons le sujet en nous basant sur une définition fonctionnelle des contrats d'exploitation. Nous étudierons ainsi le cadre juridique applicable au contrat par lequel une partie permet à une autre l'exercice indirect d'un droit de propriété intellectuelle. Une telle approche du « contrat d'exploitation » a été jugée opportune puisque les dénominations et les catégories utilisées au sein des différents droits nationaux sont variables et dès lors inappropriées pour être utilisées comme base de notre analyse. En effet, la distinction traditionnelle entre les cessions (translatives) et les licences (*a priori* non translatives) généralement admise à l'heure actuelle ne semble pas constituer un critère pleinement satisfaisant pour catégoriser les contrats d'exploitation[63]. De manière similaire, les contours de la définition du contrat de licence et de ses éléments caractéristiques restent souvent assez flous, tant sur le plan national que sur le plan européen. C'est pour la même raison que nous avons évité d'utiliser le terme « licence » dans le titre de la thèse[64]. La diversité des approches caractérisant le concept et le fonctionnement des contrats d'exploitation de propriété

[63] Voir *infra* n° 175 *sq*.

[64] Pour l'utilisation des termes descriptifs voir P. MOHR, *L'harmonisation européenne du droit des contrats d'auteur – Etude de droit comparé à partir des droits allemand, anglais, espagnol et français*, thèse Strasbourg, 2014 ; M. MARKELLOU, *Le contrat d'exploitation d'auteur : Vers un droit d'auteur contractuel européen*, Larcier, 2012 ; M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995. Voir toutefois, K. FONSECA TINOCO, *Les licences de droit de propriété intellectuelle à l'épreuve de l'intérêt général. Une étude de droit brésilien, français et européen*, thèse Strasbourg, 2014.

intellectuelle au sein des différentes branches du droit de la propriété intellectuelle et des différents ordres juridiques nationaux appelle une approche neutre face à cette matière[65].

Ensuite, l'approche adoptée est générale dans le sens que l'étude traite le droit des contrats d'exploitation en tant que *lex generalis*, sans se focaliser sur un régime légal propre à un contrat d'exploitation particulier (p.ex. le contrat d'édition, le contrat de transfert de technologie etc.). Plus précisément, l'étude porte en principe sur les qualifications contractuelles générales consacrées par la législation spéciale du droit de la propriété intellectuelle, nationale et européenne. Ce choix semble pertinent. D'une part, l'insuffisance touche l'exploitation contractuelle dans son ensemble et n'est pas limitée à une certaine catégorie spéciale de contrats d'exploitation. D'autre part, les contrats spéciaux constituent des variations de qualifications contractuelles plus générales. C'est pourquoi l'analyse du cadre juridique général semble prioritaire.

De plus, l'approche qui sera adoptée est européenne. Le problème de l'insuffisance du cadre juridique est européen dans le sens où il ne concerne pas uniquement un ordre juridique national, mais touche plusieurs droits nationaux ainsi que l'acquis communautaire. Un tel problème appelle dès lors une analyse et un traitement à l'échelle européenne. Par ailleurs, la diversité des traditions juridiques en matière des contrats d'exploitation ne semble par insurmontable, comme l'atteste la tendance actuelle de rapprochement d'une part, entre la tradition de la *common law* et celle du droit civil et, d'autre part, entre la tradition du *copyright* anglo-saxon et la tradition du droit d'auteur[66]. L'approche européenne de la matière s'exprime à travers le choix d'étudier au sein de la présente thèse, outre l'acquis communautaire, quatre droits nationaux (grec, français, allemand, britannique). L'analyse des droits nationaux aura pour objet la présentation des grands traits de chaque cadre juridique afin de démontrer, dans un deuxième temps, leur caractère insuffisant. Il faut encore noter que la présente étude ne doit pas être perçue comme une étude pure de droit comparé car la

---

[65] En effet, l'utilisation des catégories fonctionnelles permettrait de dépasser les obstacles d'ordre dogmatique. V. sur ce point Ch. GEIGER *et alii*, « Compte-rendu du colloque et clôture », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 571 s. : « il a également noté que aussi bien en droit allemand qu'en droit français, l'enjeu était finalement de garantir que la transmission ne puisse pas porter sur le droit d'auteur en tant que tel, dans sa globalité, comme c'est le cas par exemple aux États-Unis, mais seulement sur des fractions de ce droit, à savoir les droits d'utilisation. Ainsi, Ulmer avait en son temps, dans un échange avec M. Dietz, fait observer que, des lors que cet objectif pouvait être atteint, la question de savoir si l'acte de transfert devait être qualifié de concession ou de cession perdait de son importance. » Sur l'opportunité de l'utilisation des catégories fonctionnelles en général v. M.-W. HESSELINK, « The Structure of the New European Private Law », *Electronic Journal Of Comparative Law*, (December 2002), vol. 6.4, disponible sur : <www.ejcl.org/64/art64-2.html>, p. 20.

[66] Sur ce point voir Ph. JOUGLEUX, « The Plurality of Legal Systems in *Copyright* Law : An Obstacle to a European Codification ? », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 55 s. ; N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64 et not. p. 55 : « […] il y a au pire quelques *réticences dogmatiques* à surmonter et naturellement quelques *évolutions* pour chacun à *accepter*. »

présentation des droits nationaux retenus n'est pas une fin en soi[67]. L'étude aura recours au droit comparé afin de démontrer, d'une part la divergence qui caractérise les cadres juridiques nationaux et, d'autre part, l'existence de dénominateurs communs ou principes communs transversaux qui pourraient constituer la base d'un droit commun au niveau européen[68].

De même, l'approche adoptée est transversale. Contrairement à de nombreuses études relatives au droit européen des contrats d'exploitation[69], nous examinerons le cadre juridique applicable aux contrats d'exploitation de manière horizontale[70]. Une telle approche semble opportune car le problème de l'insuffisance du cadre juridique actuel touche toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle. Une approche sectorielle risquerait dès lors d'être réductrice[71]. Par ailleurs, la pertinence d'une approche unitaire et transversale de la propriété intellectuelle et, par ricochet, du

---

[67] *Cf.* I. CALBOLI, « The role of comparative legal analysis in Intellectual property law : from good to great ? », *in* G. DINWOODIE (sous dir. de), *Methods And Perspectives In Intellectual Property*, Edward Elgar, 2013, p. 3 s. *Cf.* J. PILA, « Intellectual Property as a Case Study in Europeanization : Methodological Themes and Context », *in* A. OHLY, J. PILA (sous dir. de), *The Europeanisation of Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2013, p. 3 s.

[68] *Cf.* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012 ; S. DUSOLLIER, « Pruning the European Intellectual Property Tree – In Search of Common Principles and Roots », Disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=2127737> ; *idem*, « Pruning the European intellectual property tree : in search of common principles and roots », *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *Constructing European Intellectual Property. Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar, 2013, p. 24 s. G. DINWOODIE, « The Europeanization of Trade Mark Law », *in* A. OHLY, J. PILA, *The Europeanization of Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2013, p. 75 s. et not. p. 91.

[69] Le droit contractuel d'auteur attire l'attention. Voir notamment P. MOHR, *L'harmonisation européenne du droit des contrats d'auteur – Étude de droit comparé à partir des droits allemand, anglais, espagnol et français*, thèse Strasbourg, 2014 ; A. STROWEL, « Towards a European Copyright Law : Four issues to consider » *in* E. STAMATOUDI, P. TORREMANS, *EU Copyright Law. A Commentary*, Edward Elgar, 2014, n° 21.01 s, p. 1127 s. ; M. MARKELLOU, *Le contrat d'exploitation d'auteur : Vers un droit d'auteur conctractuel européen*, Larcier, 2012 ; A. STROWEL, B. VANBRABANT, « Copyright licensing : a European view », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 29 s. ; J. de WERRA, « An essential Brick in the Building of European Copyright : Regulation of Copyright Transactions », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 259 s. ; A. STROWEL, « European copyright : beyond the additions made by the European Court of Justice, some pieces are still missing » *in* M.-C. JANSSENS (sous dir. de), *Harmonisation of European IP law : from European rules to Belgian law and practice. Contributions in honour of Frank Gotzen*, Bruylant-Larcier, 2012, p. 73 s. ; M. MARKELLOU, « Est-il nécessaire de consacrer un droit d'auteur contractuel au niveau européen? », *in* The Work of George Koumantos and the Current Issues in Copyright, Symposium in Memoriam of George Koumantos, Sakkoulas, 2011, p. 299 s.

[70] Avec une approche similaire, J. de WERRA, « La création d'un droit européen des contrats de licence : quelques réflexions sur l'arrêt *Pie Optiek* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris (LexisNexis) 2014, pp. 801-811 ; J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s. ; N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64 ; P. STIEL, *Leistungstörungen bei Lizenzverträgen aus Sicht des europäischen Rechts*, Herbert Hutz Verlag, Munich, 2009.

[71] Comp. G. DAVIES, « The Convergence of Copyright and Authors' Rights- Reality or Chimera ? », *IIC*, 1995, p. 964 s et not. p. 988, citant O. GOODENOUGH, « Pointillism, Copyright and the Droit d'Auteur : Time to See a Bigger Picture », *Entertainment Law Review*, Vol. 5, No. 2, p. 35 (1994) : « Such pointillist jurisprudence has gone on long enough. We need to step back, view the canvas as a whole, and identify the broader social principles which draw the picture together. » ; A. KUR, « A New Framework for Intellectual Property Rights- Horizontal Issues », *IIC*, 2004, p. 1 s. et not. p. 21 : « to be deeply involved in concrete and detailed issues entails the risk of losing sight of the general foundations steering the system as a whole, giving way to an ad hoc manner of problem resolution. Whereas that may be the natural way to react within industry circles, and is inevitable to some extent on the political level, it should definitely be avoided by institutions engaging in serious academic research. It is the personal opinion of this author that the biggest challenge for legal research in our times therefore is to make both ends meet, ie. to combine the necessary expert knowledge in the various fields with a constant awareness of the fundamental issues involved, including the many links connecting IP with other fields of law as well as related disciplines of social science. »

droit des contrats d'exploitation en tant qu'élément commun de cette matière[72], trouve appui sur la relativisation de la division entre les différentes branches. La reconnaissance d'une catégorie juridique systématiquement autonome et unifiée[73], au niveau national[74] mais surtout au niveau et européen et international[75], l'attestent.

Par ailleurs, l'approche adoptée est prospective. En effet, l'insuffisance du cadre juridique actuel constitue le point de départ pour élaborer des réflexions relatives au futur du droit des contrats d'exploitation en Europe[76]. Le titre de l'ouvrage « Vers un droit européen des contrats d'exploitation de propriété intellectuelle » entend d'ailleurs proposer une vision dynamique de la démarche d'amélioration du droit des contrats d'exploitation en Europe[77]. Il est toutefois à noter que notre travail n'a pas l'ambition d'offrir des recommandations concernant le contenu détaillé du futur droit européen des contrats d'exploitation. Nous pensons que la détermination des règles applicables devrait être basée sur un processus ouvert et dialectique qui permettrait la participation de toute partie intéressée en vue d'une véritable européanisation du droit des contrats d'exploitation[78]. Ainsi, notre étude a pour ambition de proposer un « plan d'action » pour la

---

[72] Voir en ce sens, par exemple, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 3e éd., LGDJ, 2014, avant-propos, p. 9 : « [C]ette troisième édition poursuit le travail d'analyse du droit commun de la propriété intellectuelle. […] [L]e droit des contrats […] demeure lu sous cet angle. » ; L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 80 s.

[73] En ce sens, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n°1, p. 19 ; N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64 ; *idem*, « Les biens intellectuels - Contribution à l'étude des choses », *Communication Commerce électronique*, juin 2006, Études 14, p. 8 et s.

[74] Il est significatif que l'approche unitaire du droit de la propriété intellectuelle a de plus en plus en partisans dans des ordres juridiques ayant une forte tradition en faveur de la division entre le droit d'auteur et la propriété industrielle, comme la France et l'Allemagne. Voir par exemple, en droit français N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 3e éd. LGDJ, 2014 ainsi que les éditions précédentes, qui divise la matière de l'ouvrage en éléments commun et éléments spécifiques des propriétés intellectuelles ; L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013 ; G. BLANC-JOUVAN, *Droit de la propriété intellectuelle*, Vuibert, 2011. En droit allemand, voir surtout H.-J. AHRENS, M.-R. McGUIRE, *Modellgesetz für Geistiges Eigentum. Normtext und Begründung*, Sellier, 2012 et pour une traduction en anglais, *idem*, *Model Law on Intellectual Property. A proposal for German Law Reform- Abbreviated English version*, Sellier, 2013.

[75] Voir *infra* n° 384 *sq*.

[76] La bibliographie relative au sujet de l'européanisation (prospective) du droit de la propriété intellectuelle est florissante, voir A. OHLY, J. PILA (sous dir. de), *The Europeanisation of Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2013 et les contributions y contenues ; Ch. GEIGER (sous dir. de), *Constructing European Intellectual Property, Achievements and New Perspectives*, LexisNexis, 2013 ; G. DINWOODIE, *Methods And Perspectives In Intellectual Property*, Edward Elgar, 2013 ; M.-C. JANSSENS (sous dir. de), *Harmonisation of European IP law: from European rules to Belgian law and practice. Contributions in honour of Frank Gotzen*, Bruylant-Larcier, 2012 ; Ch. GEIGER, « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 2. ; E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009 ; M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009. Voir aussi *supra* note n° 69, pour des études relatives à l'européanisation du droit des contrats d'exploitation.

[77] Comp. G. ALPA, « Towards a European Contract Law », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 23 et s. et not. p. 23 : « However if a pathway is described, and indeed towards implies a direction, to reach an aim, namely the European contract law, first and foremost we must identify the starting point, select the aim and finally choose the means to reach it. »

[78] *Cf.* Ch. GEIGER, « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 2 ; Ch. GEIGER, « The construction of intellectual property in the European Union » *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *Constructing European Intellectual Property. Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar, 2013, p. 5 s.

construction du droit européen des contrats d'exploitation ainsi qu'une esquisse de la structure rénovée de ce dernier.

Il reste que l'approche adoptée est une approche juridique. Ainsi les aspects métajuridiques du problème (économiques, politiques, sociologiques) ne feront pas l'objet d'investigation au sein du présent travail[79] et ne seront examinés que de manière incidente.

Pour résumer, l'insuffisance du cadre juridique des contrats d'exploitation en Europe sera approchée de manière globale et prospective. En pratique, les problèmes globaux, tels que celui en question, appellent des solutions globales. Il est vrai que le projet peut sembler ambitieux. Une telle approche nous semble cependant nécessaire pour traiter de manière fructueuse un problème encore trop peu exploré[80]. Ainsi, comme l'a joliment souligné un auteur, « pourquoi ne pas innover avec le droit de l'innovation ? »[81].

Quelques délimitations nécessaires.

9.- Étant donné la dimension du problème, l'ampleur de la recherche mais aussi la complexité du domaine contractuel de la propriété intellectuelle, il est souhaitable de procéder à quelques délimitations.

Tout d'abord, l'étude porte sur le droit spécial des contrats d'exploitation, tel que consacré par la législation spéciale du droit de la propriété intellectuelle au niveau national et européen ainsi que le régime qui y est attaché. Cela signifie que l'analyse des questions concernant le droit commun des contrats ou les droits voisins de la propriété intellectuelle, tels que le droit de la concurrence ou le droit des biens, ne constitue pas l'objet principal de la présente étude et ne sera traité qu'à titre accessoire, lorsqu'elle sera utile pour le propos de la thèse. De même, conformément à l'approche générale adoptée face au droit des contrats d'exploitation, l'étude du régime spécial afférent aux

---

[79] Comp. pour une approche similaire, P. WIKSTRÖM, « A Typology of Music Distribution Models », *International Journal of Music Business Research*, Vol. 1, n° 1, avril 2012, p. 7 s. et not. p. 18 : « This paper is explanatory and conceptual in its character and it calls for empirical research in order to verify the suggested structures and market dynamics. » ; C. SHERMAN & J. POTTER, « Cloud-based music services : legal issues to consider », disponible sur : <cyber.law.harvard.edu/sites/cyber.law.harvard.edu/files/Rethinking_Music_Cloud-Based_Music_Services_Legal.pdf>, p. 65 s. et not. p. 70 : « As this paper is intended for legal background, it identifies only the legal issues raised by locker/cloud music services. We have not addressed any business issues […] ».

[80] R.-M. HILTY, « Reflections on a European Copyright Codification », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 355 s. et not. p. 357 : « as a matter of principle, less ambitious approaches will risk providing less-than-ideal solutions. »

[81] N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64 et not. p. 52.

contrats d'exploitation spéciaux nommés ainsi que l'étude des usages contractuels en matière de contrats d'exploitation ne constitue *per se* l'objet du présent travail.

Notre étude s'intéresse ensuite aux contrats par lesquels l'une des parties permet à l'autre d'exercer indirectement un droit de propriété intellectuelle. Selon cette définition fonctionnelle, le contrat d'exploitation doit être alors considéré comme un contrat ayant pour objet le transfert de la jouissance d'une propriété intellectuelle. De ce fait, plusieurs contrats relatifs aux droits de propriété intellectuelle ou à leur exploitation ne seront pas examinés au sein de la présente thèse[82]. En effet, les contrats dont l'objet est le transfert pur et simple d'un droit de propriété intellectuelle seront exclus. Ces contrats, assimilés souvent à une cession-vente, un contrat d'échange, une donation ou un apport en société, ont une économie différente du contrat d'exploitation qui nous intéresse. Leur nature est en effet basée sur l' « échange » du droit de propriété intellectuelle contre un prix ou une contrepartie de toute sorte, ou encore sans aucune contrepartie ; elle implique un transfert de droit définitif et irrévocable. L'exclusion en question est justifiée par l'intérêt de distinguer entre l'exploitation proprement dite des propriétés intellectuelles et leur simple mise à disposition en tant qu'objets de propriété par contrat, ou, en d'autres termes, entre le transfert du droit et le transfert de la jouissance de ce dernier. Vu l'ubiquité et le caractère immatériel des propriétés intellectuelles, la jouissance de ces droits devient plus importante que leur appropriation, ce qui légitime l'exclusion des contrats d'appropriation purs du périmètre de notre étude.

Toutefois la mise en œuvre de cette distinction peut s'avérer délicate à plusieurs titres. En fait, le transfert de la jouissance d'un droit de propriété intellectuelle, élément minimal d'un contrat d'exploitation selon la définition adoptée, peut présenter un effet translatif. Tel est le cas, par exemple, des cessions du droit d'auteur français- contrat d'exploitation par excellence en la matière- ou des licences exclusives du droit grec[83]. De même, la distinction entre le transfert de droit et le transfert de jouissance sur laquelle se fonde la présente délimitation fait écho à la *summa divisio* entre cessions translatives et licences non translatives des propriétés intellectuelles. Or, comme la frontière entre ces catégories est très mince, l'opportunité de la distinction effectuée peut être contestée. Afin de surmonter ces difficultés et conformément à l'approche fonctionnelle adoptée, nous nous focaliserons sur les qualifications contractuelles consacrées par les ordres juridiques examinés censés opérer le transfert de jouissance d'une propriété intellectuelle, sans nous intéresser à la technique de transmission utilisée. Dès lors, la présente thèse porte sur tout type contractuel du

[82] Comp. sur ce point K. ASPROGERAKAS-GRIVAS, *Contrat d'exploitation des œuvres littéraires et artistiques*, 1972, p. 38 s.
[83] Voir *infra* n° 180 *sq.*

droit positif censé couvrir une opération relative au transfert de jouissance d'un droit de propriété intellectuelle, même si on lui attribue la qualification de « cession » ou s'il se voit attribuer un effet translatif.

De plus, les contrats relatifs à la création, tels que les contrats de travail ou contrats de louage d'ouvrage, ne seront pas examinés dans le cadre du présent travail car ils se réfèrent à une phase préalable à l'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle. De même, les contrats simplement relatifs à l'exploitation, tels que les contrats portant sur les supports matériels des objets protégés (contrats de distribution ou contrats d'achat ou de service conclus au bout de la chaine d'exploitation) sont naturellement exclus de notre étude. L'exploitation contractuelle est également perçue comme une forme de gestion individuelle des droits de propriété intellectuelle. C'est la raison pour laquelle les contrats permettant l'exploitation collective des droits, tels que les contrats passés entre le titulaire d'un droit de propriété littéraire et artistique et une Société de gestion collective, ne seront pas examinés.

De même, le contrat d'exploitation est perçu comme une opération simple, conclue volontairement sur la base de négociation entre deux parties, à savoir, le bénéficiaire primaire ou secondaire d'un droit de propriété intellectuelle et un tiers. Par conséquent, les opérations complexes telles que les contrats mixtes, les contrats conjonctifs[84], les chaines contractuelles et l'exploitation forcée (licences obligatoires ou légales, cessions automatiques) ne seront pas examinées.

En outre, l'étude du cadre juridique actuel au niveau national se focalisera sur quatre systèmes juridiques nationaux, à savoir, le droit hellénique, le droit français, le droit allemand et le droit britannique. Le choix en question repose sur l'impératif de représentativité tant géographique que culturelle en matière de droit de la propriété intellectuelle et de droit des contrats. Plus précisément, les droits français et allemand représentent le duo prédominant au sein de la tradition continentale du droit d'auteur, à savoir, le dualisme et le monisme. De son côté, le droit grec est un droit relativement récent et relève d'un pays de la « périphérie » de l'Europe. Du côté du droit des contrats, tous les droits précités participent également à la tradition civiliste. Quant au droit britannique, il constitue l'exemple par excellence d'un droit qui suit la tradition du *copyright* et de

[84] « *Le contrat conjonctif est le contrat dans lequel plusieurs personnes sont rassemblées au sein d'une partie plurale* », R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 6e éd., Dalloz, 2004, n° 41, p. 30. Ceci étant, la conclusion des contrats d'exploitation par les titulaires indivisaires (dans les hypothèses de copropriété sur les propriétés intellectuelles, par exemple, œuvre de collaboration en droit d'auteur (v. S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI, n° 34, Litec, 2009, n° 308, p. 201 : « Le contrat signé par les coauteurs se présente ainsi tel un contrat multilatéral »), copropriété de brevet d'invention ou de marque) ne seront pas examinées.

la *common law*. Ainsi, les ordres juridiques choisis constituent un échantillon assez représentatif des traditions juridiques caractérisant le paysage du droit des contrats d'exploitation en Europe.

Enfin, ce travail se focalise sur les contrats d'exploitation portant sur les types principaux des droits de propriété intellectuelle : le droit d'auteur, le droit de brevet d'invention et le droit de marque. En revanche, les contrats d'exploitation portant sur les dessins et modèles, les droits voisins ou autres droits périphériques ne seront pas examinés.

Un contexte propice pour la présente étude.

10.- Le *momentum.* L'importance des contrats d'exploitation n'est à l'heure actuelle pas relayée, comme nous l'avons vu, par un cadre juridique solide et cohérent de ces contrats. Ceci dit, l'insuffisance du cadre juridique actuel en Europe est un problème sérieux qui mérite d'être analysé et résolu. Il est dès lors nécessaire d'étudier de manière approfondie ce problème afin de proposer une solution. Or, trop peu de travaux y ont encore été consacrés. Les études à la fois descriptives et prospectives portant sur l'ensemble du droit de la propriété intellectuelle[85] sont très rares[86]. Par

[85] Un certain nombre d'études porte sur le droit contractuel d'auteur dans une perspective européenne ou du point de vue du droit comparé. Voir P. MOHR, *L'harmonisation européenne du droit des contrats d'auteur – Étude de droit comparé à partir des droits allemand, anglais, espagnol et français*, thèse Strasbourg, 2014 ; K. FONSECA TINOCO, *Les licences de droit de propriété intellectuelle à l'épreuve de l'intérêt général. Une étude de droit brésilien, français et européen*, thèse Strasbourg, 2014 ; S. DUSOLLIER, C. KER, M. IGLESIAS, Y. SMITS, *Contractual arrangements applicable to creators: law and practice of selected Member States*, European Parliament – Directorate General for International Policies – Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs – Legal Affairs, 2014, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/RegData/.../IPOL-JURI_ET(2014)493041_EN.pdf> ; M. MARKELLOU, *Le contrat d'exploitation d'auteur : vers un droit d'auteur contractuel européen*, Larcier, 2012 ; J. de WERRA, « An essential Brick in the Building of European Copyright : Regulation of Copyright Transactions », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law* : *challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 259 s. ; M. MARKELLOU, « Est-il nécessaire de consacrer un droit d'auteur contractuel au niveau européen? », *in* The Work of George Koumantos and the Current Issues in Copyright, Symposium in Memoriam of George Koumantos, Sakkoulas, 2011, p. 299 s. ; M. KRETSCHMER, E. DERCLAYE, M. FAVALE, R. WATT, *The Relationship Between Copyright and Contract Law*, Intellectual Property Office, 2010, disponible sur : <http://eprints.bournemouth.ac.uk/16091/1/_contractlaw-report.pdf.> ; Ch. GEIGER, « Synthèse-Thèses dégagées. Les aspects contractuels du droit d'auteur » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, « le droit des affaires », t. 29, Litec, 2007, p. 521 s. *Adde* B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union, Final report*, 2002, disponible sur: <www.ivir.nl/publications/other/final-report2002.pdf> ; A. DIETZ, *Le droit primaire des contrats d'auteur dans les états membres de la Communauté européenne : situation législative et suggestions de réforme, étude élaborée à la demande de la Commission des Communautés Européennes*, SG-CULTURE/4/81-FR, Septembre 1981.

[86] V. notamment les ouvrages et articles suivants relatifs au sujet du droit des contrats d'exploitation dans une perspective transversale et européenne ; J. de WERRA, « La création d'un droit européen des contrats de licence : quelques réflexions sur l'arrêt *Pie Optiek* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris (LexisNexis) 2014, pp. 801-811 ; J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s. ; P. STIEL, *Leistungstörungen bei Lizenzverträgen aus Sicht des europäischen Rechts*, Herbert Hutz Verlag, Munich, 2009. Du point de vue international, voir notamment l'ouvrage J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013 ; J. de Werra, « Moving Beyond the Conflict between Freedom of Contract and Copyright Policies : In Search of a New Global Policy for On-Line Information Licensing Transactions », *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 25, n°. 4, 2003, disponible sur : <ssrn.com/abstract=2149796>.

ailleurs une telle démarche est pleinement d'actualité, une amélioration et harmonisation aussi bien du droit des contrats que du droit de la propriété intellectuelle étant de plus en plus souhaitée tant au niveau académique qu'au niveau politique. Du côté politique, la mise en place d'un droit des contrats d'exploitation en Europe semble nécessaire pour atteindre les objectifs stratégiques de l'Union européenne en matière d'innovation et de propriété intellectuelle[87]. En même temps, l'expérience passée en matière de droit des contrats et de droit de propriété intellectuelle offre un précédent important pour la réalisation d'une étude prospective en matière du droit des contrats d'exploitation en Europe.

Notre thèse.

11.- ***Θέσις***[88]**.** La présente étude tendra de répondre à la question suivante : « Comment améliorer le cadre juridique des contrats d'exploitation en Europe ? ». Dans la mesure où nous parviendrons à identifier et à concrétiser le problème à résoudre, à savoir, le problème de l'insuffisance du cadre juridique actuel, nous pourrons par la suite formuler et défendre une proposition de solution[89]. Pour ce faire, nous tenterons de montrer que le cadre juridique des contrats d'exploitation, tant au niveau national qu'au niveau européen, a besoin d'une (re)construction prospective[90]. Cette (re)construction devra être réalisée une fois pour toutes dans une perspective européenne. De même, la (re)construction du cadre juridique actuel ne devra pas être sectorielle. En revanche, elle devra avoir une portée transversale, englobant l'ensemble du droit de la propriété intellectuelle. Ainsi, la thèse pourrait être résumée de la manière suivante :

Il est nécessaire de (re)construire le droit des contrats d'exploitation actuel d'une manière prospective en vue de l'élaboration d'un véritable droit européen des contrats d'exploitation de propriété intellectuelle.

Ainsi, dans le contexte de notre thèse, la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation constitue une proposition de solution adéquate face au problème de l'insuffisance globale qui caractérise le cadre juridique actuel en Europe.

---

[87] V. *supra* note n° 61.

[88] Thèse < thesis~*θέσις*= (pro)position, opinion que l'on tient pour vraie et que l'on s'attache à défendre.

[89] *Cf.* P. TORREMANS, « Cross-border licensing in the absence of a choice of law : is there a way forward ? », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 25 et s. et not. p. 31 : « A Critical analysis of the problem, leading to a proposal. »

[90] Comp. J. HAGE, « Construction or Reconstruction ? On the Function of Argumentation in the Law », *MELPI Working Paper Series* No 2011, 37, disponible sur : <www.ssrn.com>.

12.- Cheminement. De manière plus concrète, plusieurs pistes devront être explorées. Tout d'abord, la description du *statu quo* en matière de droit spécial des contrats d'exploitation en Europe semble nécessaire en tant que point de départ de notre analyse. Ceci implique l'analyse de certaines législations nationales spéciales ainsi que de l'acquis communautaire relatif aux contrats d'exploitation. Ensuite, la présentation de l'état actuel du droit des contrats d'exploitation en Europe permettra d'identifier les problèmes principaux, ou, en d'autres termes, les causes de l'insuffisance actuelle. Une telle démarche présuppose une appréciation critique du *statu quo* en matière de droit spécial des contrats d'exploitation, ce qui nous ramène au cœur du problème étudié. De même, l'enjeu sera ici de rechercher et de présenter les arguments en faveur d'un traitement actif et prospectif de l'insuffisance actuelle, afin de démontrer la nécessité d'une action de (re)construction du cadre juridique actuel (**première partie)**.

Mais, notre étude ne vise pas uniquement à décrire le besoin de (re)construction du droit des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle en Europe. Elle vise également à offrir une proposition pour la (re)construction de ce dernier (**deuxième partie)**. À cette fin, il semble utile de déterminer en premier lieu les axes et les impératifs caractérisant l'action de (re)construction proposée. Compte tenu de la complexité du paysage juridique de l'Union européenne ainsi que de la tendance vers un rapprochement des différentes branches du droit de la propriété intellectuelle, la construction d'un droit européen transversal des contrats d'exploitation constitue la solution adéquate face au problème de l'insuffisance globale qui caractérise le cadre juridique actuel en Europe. Certes, un souci de réalisme impose la prise en compte des dangers et des difficultés de la solution proposée, ce que nous tenterons de faire en étudiant sa faisabilité. La recherche de l'unité dans la diversité (ou mieux, la coexistence de l'unité et de la diversité) en matière de contrats d'exploitation en Europe suscite en effet plusieurs questions. Compte tenu du besoin de respecter la diversité et d'assurer la compatibilité d'un droit commun avec l'ensemble des cultures juridiques nationales et des différentes branches de la propriété intellectuelle, *l'unitas* devrait être fondé sur des dénominateurs communs qui seraient dégagés parmi les différents pôles de diversité qui caractérisent la matière des contrats d'exploitation. De même, la légitimité de la (re)construction proposée d'un point de vue institutionnel devrait également être garantie. Une fois franchie cette étape, la proposition devra être concrétisée[91]. À ces fins, le cheminement de notre étude aboutira à

[91] *Cf.* les propositions doctrinales relatives à l'européanisation d'autres catégories des contrats, D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012 ; M. B. M. LOOS, « Service Contracts », January 26, 2010, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1542506> ; M. HESSELINK, J. RUTGERS, O. BUENO DIAZ, M. SCOTTON et M. VELDMAN, *Principles of European Law, Study Group on a European civil Code, Commercial agency, Franchise and distribution contracts (PEL CAFDC)*, Sellier, Bruylant, Staempfli, Oxford University Press 2006.

la recommandation de pistes concernant sa mise en œuvre, et plus précisément, des pistes propres à la (re)construction du droit des contrats d'exploitation et à l'européanisation de celui-ci[92].

Plan. Nous souhaitons plaider pour la (re)construction du droit des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle dans une perspective européenne. Afin d'atteindre cet objectif, nous observerons tout d'abord l'insuffisance du cadre juridique actuel des contrats d'exploitation en Europe et nous tenterons de démontrer pourquoi celle-ci devrait être traitée de manière prospective. Dans un second temps, partant du paysage juridique et des impératifs caractérisant la production de droit en matière de propriété intellectuelle au sein de l'Union européenne, c'est une proposition pour la (re)construction du droit des contrats d'exploitation en Europe que nous envisagerons de présenter.

Première partie : Le besoin de (re)construction du droit des contrats d'exploitation en Europe

Deuxième partie : Une proposition pour la (re)construction du droit des contrats d'exploitation en Europe.

[92] *Cf.* les interrogations posées par O. LANDO, « European Private Law : Why, How, What and Who ? » *in* L. MOCCIA, *The Making of European Private Law : Why, How, What and Who*, Sellier, 2013, p. 1 s.

PREMIÈRE PARTIE : LE BESOIN DE (RE)CONSTRUCTION DU CADRE JURIDIQUE DES CONTRATS D'EXPLOITATION EN EUROPE.

13.- L'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles intéresse les législateurs nationaux et le législateur européen. En effet, les contrats d'exploitation font l'objet d'un encadrement légal tant au sein de la législation spéciale du droit de la propriété intellectuelle au niveau national qu'au sein de l'acquis communautaire au niveau européen.

La présentation de l'encadrement des contrats d'exploitation en Europe constituera le point de départ de notre analyse. Un tel choix semble être justifié par le caractère critique et prospectif de notre étude : l'investigation au sein de la législation spéciale nationale et européenne en matière de contrats d'exploitation nous fournira les données nécessaires quant à l'encadrement légal du droit des contrats d'exploitation dans les ordres juridiques examinés, et plus précisément, sa structure et son contenu.

La présentation du *statu quo* en matière de droit spécial des contrats d'exploitation en Europe doit être solide et complète. Pour ce faire, nous nous limiterons à l'analyse de certains cas d'étude des législations nationales spécifiques (Grèce, France, Allemagne, Royaume Uni) ainsi que de l'acquis communautaire relatif aux contrats d'exploitation.

De même, la présentation dans cette étude de l'état actuel du droit des contrats d'exploitation en Europe, permettra d'identifier les principaux problèmes ou, en d'autres termes, les causes de son insuffisance actuelle. Par ailleurs, c'est à partir du droit existant qu'il est possible d'imaginer l'élaboration d'un droit futur. En prenant en considération le caractère de notre étude, la présentation de l'état du droit positif en matière de droit spécial des contrats d'exploitation en Europe permettra de mettre en exergue dans un premier temps les contours de l'insuffisance du cadre juridique actuel et, de décrire, dans un second temps, la manière de traiter cette dernière.

Ainsi, nous allons d'abord dans cette première partie établir un état des lieux du cadre juridique spécial applicable aux contrats d'exploitation en Europe (Titre I), avant de mettre en évidence les défauts qui le caractérisent (Titre II).

Titre I.- L’état actuel du cadre juridique des contrats d’exploitation en Europe.

14.- L’examen de l’état actuel du cadre juridique des contrats d’exploitation en Europe correspond à une étude purement descriptive du *statu quo* relatif au droit spécial de cette catégorie des contrats au sein de l’Union européenne. Un examen complet de l’ensemble des systèmes juridiques au sein de l’Union européenne (au moins 28 nationaux) ne pouvant être entrepris. Cette étude se fondera d’une part sur l’analyse d’un échantillon des systèmes juridiques nationaux, choisis en raison de leur caractère représentatif, tant sur le plan géographique que culturel (Grèce, France, Allemagne, Royaume-Uni), et d’autre part sur l’étude de l’acquis communautaire en la matière.

Nous examinons ainsi l’état actuel du cadre juridique des contrats au niveau national (Chapitre I) avant d’étudier le cadre juridique des contrats d’exploitation au niveau européen (Chapitre II).

CHAPITRE I.- LE CADRE JURIDIQUE DES CONTRATS D'EXPLOITATION AU NIVEAU NATIONAL.

15.- Le présent chapitre a pour objet de présenter le *status quo* du droit spécial des contrats d'exploitation au niveau national. À cette fin, nous allons étudier le contenu du cadre juridique des contrats d'exploitation tel que consacré à l'heure actuelle par la législation spéciale[93] du droit de la propriété intellectuelle au sein des échantillons retenus constitués du droit hellénique, du droit français, du droit allemand et du droit britannique. Les résultats de cette étude seront utilisés en tant que données empiriques[94] permettant de poursuivre le fil du raisonnement tout au long de cette thèse.

La présentation du *statu quo* en matière de droit spécial des contrats d'exploitation au niveau national peut prendre appui sur la *summa divisio* structurelle caractérisant le droit de la propriété intellectuelle. C'est pourquoi nous allons dans un premier temps étudier le cadre juridique des contrats d'exploitation en matière de droit d'auteur (Section 1) avant de procéder à l'examen du cadre juridique des contrats d'exploitation en matière de droits de propriété industrielle (Section 2).

[93] Nous privilégions ainsi le choix épistémologique de travailler sur les textes et pas sur les faits et les décisions de justice, choix propre à la tradition romaniste. Sur ce point v. P. LEGRAND, « Sens et non-sens d'un code civil européen », *RIDC*, 4, 1996, p. 779 et s., not. p. 789 : « la tradition française se nourrit du travail sur les textes [...] ce faisant, la *summa differentia* épistémologique qui sépare les droits romanistes des droits de *common law* qui travaillent eux, constamment et de manière prolixe comme en témoignent les jugements, sur des faits. » De même, cet examen se base sur une analyse purement juridique, en d'autres termes, nous examinons la loi sous une perspective interne. Sur ce point, v. M.-W. HESSELINK, « A European Legal Science ? On European Private Law and Scientific Method », *European Law Journal*, 2009, Vol. 15, No. 1, pp. 20-45, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1113450>, pp. 1-36 et not. p. 35 : « There is no epistemic distinction between the kind of knowledge produced by the natural sciences and that by legal scholars, nor is there such a distinction between traditional legal scholarship (from the internal perspective) on the one hand and the external perspectives on the law such as economic analysis of law, on the other, or between the study of national and more international parts of the law like European law. »

[94]Sur cette qualification, v. F. GOMEZ, « The empirical missing links in the Draft Common Frame of Reference », *in* MICKLITZ H., CAFAGGI F., *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 101 et s. et not. p. 102 s., à propos du Draft Common Frame of Referece.

Section 1.- Le cadre juridique des contrats d'exploitation en droit d'auteur.

16.- Nous allons étudier dans la présente section successivement le cadre juridique spécial des contrats d'exploitation du droit d'auteur au sein des quatre systèmes juridiques nationaux retenus : le droit grec (§1), le droit français (§2), le droit allemand (§3) et le droit britannique (§4).

§1.- En Grèce.

17.- Le cadre juridique spécial hellénique des contrats d'exploitation du droit d'auteur est consacré par la loi n° 2121/1993[95], telle qu'elle est actuellement en vigueur[96], intitulée « droit d'auteur, droits voisins et questions culturelles »[97]. Le droit contractuel d'auteur hellénique se divise en deux parties : le « droit commun » et le « droit spécial » des contrats d'exploitation du droit d'auteur.

La possibilité de conclure des contrats d'exploitation d'auteur est fondée en droit hellénique sur le principe de la libre cessibilité du droit patrimonial (art. 3 loi 2121/1993)[98]. En effet, selon l'article

---

[95] Articles 12-17 : « chapitre 3 : cession, exploitation, exercice » et articles 32-39 : « chapitre 6 : réglementation des contrats et licences d'exploitation ».

[96] Pour une traduction en anglais, voir la base des données WIPO lex, <www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=186801> (version historique).

[97] FEK A' 25/4.3.1993.

[98] Sur la cessibilité du droit patrimonial d'auteur, voir par exemple, A. DESPOTIDOU, « Article 12 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 313 et s. et not. n° 5, p 317 ; L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur et acquis communautaire*, 6e éd., Sakkoulas, 2011, n° 280, p. 206. Ceci étant, le droit d'auteur grec adopte plutôt l'approche dualiste du droit d'auteur, voir I. NIKOLOPOULOS, *La cession du droit patrimonial du droit d'auteur*, Athènes- Kommotini, Ed. Sakkoulas, 2005, p. 42 et s. ; A. DESPOTIDOU, « Article 12 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 313 et s. et not. p. 313 et s. et not. n° 1, p. 316 ; V. MELAS, « Autour du problème de la nature du droit d'auteur », *EEmpD*, 1994, p. 501 et s. et les références sous note n° 1, p. 501. Comp. S. STAVRIDOU, *Le contrat de mise en gestion en droit d'auteur, Sakkoulas*, 1999, p. 174 pour qui l'article 12 par. 1 de la loi 2121/1993 établit un principe général de cessibilité du droit patrimonial d'auteur qui a pour objectif l'intégration théorique du système grec de la propriété littéraire et artistique au sein d'un modèle dogmatique. Voir aussi A. DIETZ, « Ist das griechische Urheberrechtsgestz dualistisch oder monistisch Konzipiert ? » *in* Mélanges Koumantos, Sakkoulas, 2004, p. 209 et s. ; G. NOUAROS- MICHAILIDES, « Autour du problème de la nature du droit d'auteur », *EEN*, 1958, p. 913.

12 par. 1 de la loi 2121/1993, « le droit patrimonial est cessible entre vifs ou *mortis causa* »[99], contrairement au droit moral[100] qui est inaliénable entre vifs[101].

Pour ce qui nous intéresse, la partie générale de la loi n° 2121/1993[102] prévoit deux types spéciaux de contrats d'exploitation, à savoir, le « contrat d'exploitation » et la licence d'exploitation (A). Un régime particulier y est attaché (B).

A.- Les contrats et licences d'exploitation.

18.- Deux types de contrats d'exploitation. Selon la loi 2121/1993 le droit d'auteur peut faire l'objet soit de « contrats d'exploitation [*συμβάσεις εκμετάλλευσης*] » (art. 13§1) soit de « licences d'exploitation [*άδειες εκμετάλλευσης*] » (art. 13§2). Le choix du législateur grec est assez original[103]. Selon l'article 13§1, « l'auteur peut conclure des contrats par lesquels il confie à son cocontractant, et ce dernier s'y obligeant, l'exploitation des prérogatives attachées au droit patrimonial (contrats d'exploitation) ». De même, selon l'article 13§2, « l'auteur peut autoriser un tiers à exercer des prérogatives attachées au droit patrimonial (licences d'exploitation) ». Il en découle qu'avec le « contrat d'exploitation » l'obligation d'exploitation est à la charge de l'exploitant (article 13§1 de la loi 2121/1993), alors que la conclusion d'une « licence d'exploitation » a seulement un caractère permissif (art. 13§2 de la loi 2121/1993)[104]. Il sera possible d'affirmer l'existence d'un contrat ou d'une licence d'exploitation à travers l'interprétation du contrat en question[105].

---

[99] Sur ce point, v. à titre indicatif, L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur et acquis communautaire*, 6e éd., Sakkoulas, 2011, n° 280, p. 206, n° 278, p. 204 et n° 296, p. 218 ; A. DESPOTIDOU, « Article 12 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 313 et s. et not. n° 1, p. 315 et les références et arrêts concernés ; P. KORIATOPOULOU- AGGELI, Ch. TSIGOU, *Droit d'auteur, (Interprétation par entrées)*, Nomiki Vivliothiki, 2008, v° «cession du droit patrimonial entre vifs », p. 303.

[100] V. art. 12§2 loi 2121/1993.

[101] Ceci ne signifie pas qu'il n'est pas soumis à des aménagements contractuels. V. surtout l'article 16 de la loi 2121/1993.

[102] Les articles sont traduits par l'auteur, sauf mention différente.

[103] Critique sur ce choix v. M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 2004, n° 487, p. 220, parlant de « distinction ayant en pratique une importance cruciale, qui engendre une confusion sémantique au sein de la question -peu traitée théoriquement et systématiquement- de la transmission de biens immatériels ». Par ailleurs, il est soutenu que l'origine de cette distinction est le *droit français* (v. not. M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, p. 220, note n° 19) et A. DESPOTIDOU, « Article 13 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 342 et s. et not. n° 4, p. 346). Toutefois, ceci n'est pas exact, comme nous le verrons plus tard.

[104] Sur ce point, voir par exemple A. DESPOTIDOU, « Article 13 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 342 et s. et not. n° 4, pp. 346-347 et les références et arrêts y cités.

[105] M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 546, p. 242.

En principe, les contrats et les licences d'exploitation n'emportent pas de transfert du droit d'auteur. Par contre, ils ont une nature purement contractuelle : ils emportent transfert de jouissance et déploient leurs effets uniquement *inter partes*. Toutefois, même après la conclusion desdits contrats, le droit d'exploitation demeure au sein du patrimoine du concédant (l'auteur ou un autre titulaire) et l'exploitant ou le licencié n'obtient qu'une simple créance contre le concédant (droit personnel), lui permettant l'exercice des prérogatives transmises[106].

B.- Le régime spécial des contrats et licences d'exploitation.

19.- La loi 2121/1993 comprend certaines dispositions particulières concernant tant le formalisme et l'objet des contrats et licences d'exploitation que les droits et les obligations des parties. Il faut noter sur ce point que l'ensemble du dispositif légal des contrats d'exploitation d'auteur est sous-tendu par le souci de protéger l'auteur en tant que partie faible de la transaction[107]. C'est pourquoi la

---

[106] Voir l'exposé des motifs de la loi 2121/1993, reproduit par D. MALAKASIS, *Le droit d'auteur* : loi 2121/93 et exposé des motifs : interprétation de ses articles, remarques, exemples, commentaire, critique, 1993, p. 96 ; A. DESPOTIDOU, « Article 13 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 342 et s. et not. n° 4, p. 346 et les arrêts y cités ; G. KOUMANTOS, *Droit d'auteur*, 8e éd., Ed. Sakkoulas, 2002, p. 324 ; L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur et acquis communautaire*, 6e éd., Sakkoulas, 2011, n° 277, p. 204 ; L. KOTSIRIS, *Copyright law in Greece*, Ius, 2012, p. 149 ; I. NIKOLOPOULOS, *La cession du droit patrimonial du droit d'auteur*, Athènes- Kommotini, Ed. Sakkoulas, 2005, *passim*, et not. p. 91-92, p. 156 et p. 277 ; A. DESPOTIDOU, « Article 13 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 342 et s. et not. n° 4, p. 346.

En jurisprudence, v. par exemple EfAth. 5919/2011, base de données Nomos, disponible sur : <lawdb.intrasoftnet.com> ; MonProtAth 5091/2008, Banque de données juridiques Isokratis, disponible sur <www.dsanet.gr> (à propos d'un contrat d'exploitation exclusif-contrat d'édition).

Le caractère personnel du droit du cocontractant ou licencié simple est généralement admis en doctrine. En ce sens, A. DESPOTIDOU, « Article 13 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 342 et s. et not. n° 16, p. 353 ; M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 497, p. 223. Voir toutefois, M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Athènes, Ed. Sakkoulas, 2007, n° 544, p. 250. Voir aussi *infra* n° 180 *sq.* sur la controverse relative à la question de la nature du droit du licencié ou cocontractant, surtout, exclusif [« *απολυτοποίηση* »].

[107] Voir sur ce point, parmi d'autres, A. DESPOTIDOU, « Les contrats d'exploitation », *in* ALAI-groupe hellénique, *L'œuvre de Giorgos Koumantos et les questions contemporaines du droit d'auteur*, Athènes, 7 mai 2010, Sakkoulas, 2011, p. 151 s. et not. p. 151 et note n° 2 ; M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 471, p. 213 ; D. KALLINIKOU, « Droit d'auteur et droit civil », *ChrID*, 8/2009, p. 12 s. et not. p. 17.
Le caractère protecteur du régime spécial du droit d'auteur est l'expression d'un « solidarisme contractuel » d'origine étatique. Sur le protectionnisme en droit contractuel en général, en droit hellénique v. A. GEORGIADIS, *Droit des contrats*, Partie spéciale, tom. I, Sakkoulas, 2004, n° 19-20, pp. 5-6.

Dans cette optique, le droit contractuel d'auteur a des similitudes avec le droit de consommation ou au droit du travail. En ce sens, M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, p. 546, note n° 3 : « Le droit d'auteur est présenté par certains comme un précurseur du droit de la consommation. » ; M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, p. 102, note n° 325 ; D. KALLINIKOU, « Droit d'auteur et droit civil », *ChrID*, 8/2009, p. 12 s. et not. p. 13. Pour un parallélisme entre auteur indépendant-partie d'un contrat d'exploitation et auteur salarié, partie d'un contrat de travail, Ch. GEIGER *et alii*, « Compte-rendu du colloque et clôture », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007,

plupart des dispositions comprennent des règles impératives (d'ordre public de protection) limitant la liberté des parties à déterminer le contenu de leur contrat. En effet, selon l'article 39 de la loi n° 2121/1993, « les contrats qui dérogent aux dispositions relatives aux contrats d'exploitation spéciaux, sont nuls dans la mesure où leurs clauses sont défavorables pour les auteurs »[108]. La disposition de l'article 39 est d'application générale. Elle couvre tant les dispositions du sixième chapitre (art. 32 s.) que celles du second chapitre (art. 13-15). Il est à noter que les règles protectrices ne s'appliqueront qu'en présence de l'auteur. Tout titulaire secondaire sera alors, en principe, toujours - évincé du protectionnisme consacré par la loi[109]. Sur cette base, une grande partie des dispositions d'ordre public contenues dans la loi 2121/1993 ne concernent que les contrats primaires, à savoir, les contrats conclus entre l'auteur et l'exploitant-tiers (qualification *rationae personae*). Après ces remarques introductives, nous allons examiner le contenu des règles spéciales du droit contractuel d'auteur hellénique.

- ***Les règles de forme.***

20.- L'article 14 al. 1er prévoit que les contrats et les licences d'exploitation doivent être constatés par écrit *ad validitatem*[110]. Toutefois, comme nous l'avons expliqué, cette formalité ne concerne que les contrats primaires, à savoir, ceux conclus par l'auteur[111]. L'alinéa 2 du même article le

---

p. 571 s. et not. p. 607 : « De ce point de vue, la situation de l'auteur indépendant est donc effectivement comparable à celle du salarié. » ; B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, pp. 41-43, notes n° 60 et s., faisant des liaisons entre régime de protection en droit d'auteur et d'autres régimes protecteurs. Rapp. la proposition de M. Hoeren pour l'utilisation en droit d'auteur des instruments prévus par la législation relative à la protection des consommateurs, Ch. GEIGER, *et alii*, « Compte-rendu du colloque de clôture » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 571 s. et not. p. 603.

Notons que le déséquilibre dans le cadre d'un contrat d'exploitation conclu entre l'auteur d'un logiciel et l'utilisateur final d'un logiciel par exemple va dans le sens inverse. L'utilisateur final-consommateur est la partie faible de la transaction. Sur cette base, le droit du consommateur s'appliquera dans le cadre du droit contractuel de la propriété intellectuelle.

[108] La nullité est relative et peut être invoquée uniquement par l'auteur lui-même. La nullité peut également toucher uniquement une partie du contrat ou de la licence d'exploitation (comp. art. 181 Code civil grec). Sur ce point voir not. A. DESPOTIDOU, « Les contrats d'exploitation », *in* ALAI-groupe hellénique, *L'œuvre de Giorgos Koumantos et les questions contemporaines du droit d'auteur*, Athènes, 7 mai 2010, Sakkoulas, 2011, p. 151 s., p. 175 et les références faites sous note n° 76 ; Th. CHIOU, « Music Licensing in the Cloud : The Greek Experience », *GRUR Int.*, 3/2014, p. 228 s. et not. note n° 32.

[109] Sur ce point voir not. I. NIKOLOPOULOS, *La cession du droit patrimonial du droit d'auteur*, Athènes- Kommotini, Ed. Sakkoulas, 2005, p. 103 : « il est certain que la nécessité sociale de protection de l'auteur constitue la pierre angulaire du droit d'auteur » ; A. DESPOTIDOU, « Article 13 » *in* L. KOTSIRIS, E STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, n° 47, p. 371 ; M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 524, p. 234.

[110] Sur ce point, A. DESPOTIDOU, « Article 14 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 374 et s. ; D. KALLINIKOU, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd., Sakkoulas, 2008, n° 134, p. 204 ; L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur et acquis communautaire*, 6e éd., Sakkoulas, 2011, n° 277, p. 204, n° 301, p. 219. En jurisprudence, v. par exemple EfAth 8138/2000, Base de données juridiques Isokratis, disponible sur <www.dsanet.gr>.

[111] En ce sens, A. DESPOTIDOU, « Article 12 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 313 et s. et not. n° 8, pp. 378-379 ; M.-Th. MARINOS,

confirme : la nullité du contrat peut être invoquée uniquement par l'auteur. Selon une opinion doctrinale, elle devrait être considérée comme une nullité partielle du contrat[112]. Aucun mécanisme d'enregistrement n'est prévu pour les contrats et licences d'exploitation du droit d'auteur en droit hellénique. Il est également à mentionner que selon l'article 17 de la loi 2121/1993, « le transfert de propriété sur le support matériel original, une copie de celui-ci ou un exemplaire, au sein duquel l'œuvre a été incorporée, n'entraîne pas le transfert du droit d'auteur et ne confère pas au nouvel acquéreur des pouvoirs d'exploitation de l'œuvre de l'esprit, sauf accord contraire constaté par écrit et conclu avec le titulaire initial du droit patrimonial. »

- ***La divisibilité du droit concédé : contrats et licences d'exploitation complets ou partiels.***

21.- Les contrats et les licences d'exploitation peuvent être complets ou partiels (art. 15§1 loi 2121/1993)[113] en suivant une lecture *a contrario* de la disposition de l'article 15§1 de la loi hellénique n° 2121/1993, qui établit le principe de divisibilité du droit patrimonial[114]. Selon cette disposition, « la cession du droit patrimonial ainsi que les contrats et licences d'exploitation peuvent être limités quant aux pouvoirs, à l'objectif, à la durée, à la portée territoriale et à l'étendue ou aux modes d'exploitation ». Il est possible à partir de cette disposition de dégager la définition des contrats et des licences d'exploitation complets ou partiels. Ainsi, un contrat ou une licence sont complets lorsqu'ils accordent la jouissance du droit d'auteur au cocontractant ou au licencié sans aucune limitation. Plus précisément, un contrat ou une licence d'exploitation sont illimités lorsqu'ils portent sur l'ensemble des prérogatives (patrimoniales) du droit d'auteur et imposent ou autorisent l'exploitation du droit transmis par tout mode d'exploitation, pendant toute la durée de la protection et sans aucune limitation territoriale. Au contraire, un contrat ou une licence est partiel lorsqu'il

---

Droit d'auteur, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 533, p. 237 ; L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur et acquis communautaire*, 6e éd., Sakkoulas, 2011, n° 277, p. 204, n° 303, pp. 219-220 ; M. MARKELLOU, *Les contrats d'exploitation de droit d'auteur en droit comparé (Allemagne, France, Grèce)*, thèse Montpellier III, 2009, n° 147, pp. 91-92 et les références qui sont citées ; P. KORIATOPOULOU- AGGELI, Ch. TSIGOU, *Droit d'auteur, (Interprétation par entrées)*, Nomiki Vivliothiki, 2008, v° « exploitation du droit patrimonial », pp. 175-176. En jurisprudence, voir par exemple, AP 1720/2004, *PoinDik*, 2/2005, p. 160, obs. Nouskalis.

Voir toutefois, Rapport introductif de la loi 2121/1993 *in* D. MALAKASIS, *Le droit d'auteur* : loi 2121/93 et exposé des motifs : interprétation par article, remarques, exemples, commentaire, critique, 1993, p. 96. *Contra* aussi G. KOUMANTOS, « Règles générales sur les contrats de droit d'auteur dans la nouvelle loi hellénique », *Propriétés intellectuelles*, Mélanges A. Françon, Dalloz, 1995, p. 311 s. et not. p. 313, pour qui « [La loi 2121/1993] a donc introduit une règle générale imposant la forme écrite pour tout acte juridique relatif au transfert et au contrat ou la licence d'exploitation du droit d'auteur […] » ; L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur et acquis communautaire*, 6e éd., Sakkoulas, 2011, n° 302, p. 220, pour qui les sous-contrats et sous-licences sont soumises au même formalisme.

[112] Sur les conséquences du non respect du formalisme, voir à titre indicatif, A. DESPOTIDOU, « Article 14 », *in* L. KOTSIRIS, E STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article,* Ed. Sakkoulas, 2009, n° 15 *sq*., p. 382 et s.

[113] Voir A. DESPOTIDOU, « Article 13 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 342 et s. et not. n° 5, p. 347.

[114] Pour un commentaire sur cette disposition v. parmi d'autres ; L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 5e éd. 2010, n° 276, p. 202.

comprend une[115] ou plusieurs limitations « quant aux prérogatives, à l'objectif, à la durée, à la portée territoriale[116] et à l'étendue ou aux modes d'exploitation ». Notons que les différents types de limitations susmentionnés peuvent s'appliquer de manière alternative ou cumulative à un contrat ou une licence d'exploitation.

Il semble également pertinent de mentionner sur ce point que la divisibilité du droit d'auteur, quant aux prérogatives du droit patrimonial, présente deux niveaux successifs. D'une part, un contrat ou une licence d'exploitation peut porter séparément sur une ou plusieurs prérogatives du droit patrimonial (pouvoirs ou droits d'exploitation, [« *εξουσίες ή δικαιώματα* »])[117] énumérées (de manière indicative) par l'article 3§1 α-θ de la loi 2121/1993[118]. D'autre part, ces mêmes prérogatives sont susceptibles d'être limitées quant à leur étendue[119] et/ou les modes d'exploitation afférents[120]. Nous pouvons citer pour exemples des modes d'exploitation (ou « sous-prérogatives » [*υπο-εξουσίες*][121]) les diverses formes d'édition[122], les diverses formes d'adaptation[123],

---

[115] En fait, l'existence d'une seule limitation parmi celles envisageables dans un contrat ou une licence d'exploitation est suffisante pour qualifier le contrat de partiel. V. sur ce point A. DESPOTIDOU, « Article 12 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 312 et s. et not. n° 5, p. 318.

[116] Sur les limitations temporelles et territoriales voir G. KOUMANTOS, *Droit d'auteur*, 8e éd., Ed. Sakkoulas, 2002, p. 213 ; M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 501, p. 225 ; I. NIKOLOPOULOS, *La cession du droit patrimonial du droit d'auteur*, Athènes- Kommotini, Ed. Sakkoulas, 2005, p. 115 ; A. DESPOTIDOU, *Nature et fonctionnement du contrat d'édition*, Sakkoulas, 2003, p. 54.

[117] Sur ce point, il faut noter que la terminologie utilisée par la loi 2121/1993 à propos des prérogatives du droit patrimonial est fluctuante. Selon l'article 1§2 de la loi 2121/1993 « ces *droits* [à savoir, le droit patrimonial et le droit moral] comprennent les *prérogatives* prévues aux articles 3 et 4 de la présente loi ». Cependant, au sein de l'article 3 §1 de la même loi, les termes « droits » et « prérogatives » sont interchangeables : « Le droit patrimonial confère aux auteurs notamment la *prérogative* (*droit*) […] ». Sur ce problème v. notamment I. NIKOLOPOULOS, *La cession du droit patrimonial du droit d'auteur*, Athènes- Kommotini, Ed. Sakkoulas, 2005, p. 74-75 et les références y citées.

[118] Il s'agit notamment du droit de reproduction, de traduction, d'adaptation, de distribution… Sur ce point, voir not. A. DESPOTIDOU, « Article 12 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 312 et s. et not. n° 5, p. 317 ; G. KOUMANTOS, *Droit d'auteur*, 8e éd., Ed. Sakkoulas, 2002, p. 211 et s. ; A. DESPOTIDOU, *Nature et fonctionnement du contrat d'édition*, Sakkoulas, 2003, p. 18, note n° 13.

[119] L'étendue de la transmission d'une prérogative du droit d'auteur correspond à la quantité de l'exploitation autorisée ou imposée par la licence ou le contrat d'exploitation respectivement. Voir sur ce point, G. KOUMANTOS, *Droit d'auteur*, 8e éd., Ed. Sakkoulas, 2002, p. 213, pour qui toutefois de telles limitations quantitatives n'ont pas un effet absolu ; *ibid.* p. 214 ; A. DESPOTIDOU, *Nature et fonctionnement du contrat d'édition*, Sakkoulas, 2003, p. 54. En jurisprudence, CA Athènes, 7632/2005, base de données Isokratis, disponible sur : <www.dsanet.gr> (limitation quantitative à la reproduction de toiles).

[120] En ce sens, voir le Rapport introductif de la loi 2121/1993, p. 3 ; M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 502, p. 223 ; D. KALLINIKOU, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd., Sakkoulas, 2008, n° 135, p. 205, parlant de la divisibilité du droit patrimonial et des pouvoirs dont il est composé ; A. DESPOTIDOU, « Article 12 », *in* L. KOTSIRIS, E STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 312 et s. et not. n° 5, p. 317 ; M.-Th. MARINOS, « Le démembrement des pouvoirs en droit des marques – en même temps quelques remarques sur l'interprétation du contrat de licence de marque », *DEE*, 2005, p. 660.

[121] Pour l'utilisation de ce terme voir A. DESPOTIDOU, *Nature et fonctionnement du contrat d'édition*, Sakkoulas, 2003, p. 55 ; G. KOUMANTOS, *Droit d'auteur*, 8e éd., Ed. Sakkoulas, 2002, p. 212 ; M.-Th. MARINOS, « Le démembrement des pouvoirs en droit des marques – en même temps quelques remarques sur l'interprétation du contrat de licence de marque », *DEE*, 2005, p. 660.

l'exploitation de musique par le biais des plateformes basées sur la technologie du nuage informatique *(« real » cloud music services*)[124]. La divisibilité du droit patrimonial en modes d'exploitation n'est pas illimitée. Elle est valable lorsque la « partie » concédée correspond à une forme d'utilisation concrète et techniquement et économiquement indépendante[125].

Il faut aussi noter que toutes les limitations susmentionnées (matérielles, temporelles, territoriales…) ont un effet absolu (*erga omnes*)[126]. Ceci étant, la violation des limitations imposées par le contrat par l'exploitant ou le licencié est, entre autres, un acte de contrefaçon[127]. Par contre, des limitations se référant seulement aux aspects de l'exploitation non couverts par le droit patrimonial d'auteur[128], telles que les limitations concernant certaines modalités de commercialisation de l'œuvre de l'esprit (par exemple, la fixation du prix des exemplaires), n'ont qu'un effet inter partes[129].

---

[122] Pour des illustrations v. S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 265, p. 177.

[123] Tels que, par exemple, le « *sequel* », le « *prequel* », le « *spin off* » en matière des œuvres audiovisuelles.

[124] Voir sur ce point Th. CHIOU, « Music Licensing in the Cloud : The Greek Experience », *GRUR Int.*, 3/2014, p. 228 s.

[125] En ce sens L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur et acquis communautaire*, 6e éd., Sakkoulas, 2011, n° 280, p. 206 ; M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 503, p. 225 ; A. DESPOTIDOU, *Nature et fonctionnement du contrat d'édition*, Sakkoulas, 2003, p. 55, note n° 154 et p. 57 ; I. NIKOLOPOULOS, *La cession du droit patrimonial du droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2005, p. 115 ; Th. CHIOU, « Music Licensing in the Cloud : The Greek Experience », *GRUR Int.*, 3/2014, p. 228 s. et not. 233 s.

Du point de vue du droit comparé, voir l'arrêt de la Cour Suprême allemande (*Bundesgerichtshoft*) du 5 juin 1985, *GEMA-Vermutung I*, *GRUR* 1986, p. 62, cité par A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 665, p. 588 ; H. VANHEES, « La protection des auteurs s'engageant par des contrats individuels », Rapport belge au Congrès de l'ALAI de Montebello, sept 1997, Québec, Y. Blais, 1998, p. 99, considérant qu'un mode d'exploitation au sens de la loi doit s'entendre comme un « mode bien défini, concret, autonome, techniquement et économiquement indépendant », cité par M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, p. 585, note n° 6. Comp. en droit français, voir A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 665, p. 588. *Cf.* toutefois S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 43, p. 43, pour qui le seul critère objectif pour la reconnaissance des modes d'exploitation autonomes est uniquement l'indépendance technique.

[126] En ce sens, A. DESPOTIDOU, *Nature et fonctionnement du contrat d'édition*, Sakkoulas, 2003, p. 56. Ces limitations sont souvent appelées des «limitations inhérentes». Ceci confirme l'absence de principe de *numerus clausus* en droit d'auteur (comme en matière de propriété intellectuelle en général) : la volonté contractuelle est susceptible de produire des démembrements du droit patrimonial à effet *erga omnes.* Sur ce point voir par exemple M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 501, p. 225 ; M. MARINOS, « Le principe *numerus clausus* en droit des biens immatériels- a une incidence sur la nature juridique de la licence d'utilisation de marque », Anniversaire Ap. Georgiadis, Tom. II, Sakkoulas, 2006, p. 1575 et s., *passim* et surtout, pp. 1597-1598 ; L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur et acquis communautaire*, 6e éd., Sakkoulas, 2011, n° 280, p. 206 et n° 297, p. 218 ; I. NIKOLOPOULOS, *La cession du droit patrimonial du droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2005, p. 115, note n° 185 ; A. DESPOTIDOU, *Nature et fonctionnement du contrat d'édition*, Sakkoulas, 2003, p. 54.

[127] Pour un exemple en jurisprudence (dépassement de l'étendue de l'exploitation autorisée par le contrat), voir EfAth., 7632/2005, Banque des données Isokratis, disponible sur : <www.dsanet.gr>.

[128] A. DESPOTIDOU, *Nature et fonctionnement du contrat d'édition*, Sakkoulas, 2003, p. 57, note n° 162.

[129] En ce sens, I. NIKOLOPOULOS, *La cession du droit patrimonial du droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2005, p. 115 ; A. DESPOTIDOU, *Nature et fonctionnement du contrat d'édition*, Sakkoulas, 2003, p. 57.

La loi prévoit également quelques règles spéciales[130] d'interprétation permettant de déterminer la portée des contrats et licences d'exploitation en l'absence d'accord des parties ou en cas de doute[131]. Plus précisément, selon l'article 15§2 de la loi 2121/1993, « si la durée […] des contrats ou de la licence d'exploitation n'est pas déterminée, elle sera limitée à cinq ans, sauf si les usages prévoient une solution différente. »[132] De même, selon l'article 15§3, « si la portée territoriale […] des contrats ou de la licence d'exploitation n'est pas déterminée, il sera considéré qu'elles ne seront valables que dans le pays de leur conclusion »[133]. Enfin, l'article 15§4 consacre le principe de la transmission finalisée du droit patrimonial. Selon ce principe, « si l'étendue et les modes d'exploitation, dont conviennent […] le contrat ou la licence d'exploitation, ne sont pas définis, on considère alors qu'ils couvrent l'étendue et les modes d'exploitation nécessaires à l'accomplissement du but poursuivi par le contrat ou la licence d'exploitation »[134].

Les règles d'interprétation précitées s'appliquent certainement pour les contrats et licences d'exploitation primaires. On peut toutefois s'interroger si ces dispositions sont applicables également aux contrats d'exploitation secondaires[135]. Il a pu cependant être admis que l'art. 15§4 consacre une théorie d'application générale, qui pourrait également être transposée par analogie aux contrats secondaires[136].

- ***L'exclusivité de l'exploitation imposée ou autorisée : contrats et licences exclusifs et non exclusifs.***

22.- Selon l'art. 13§3 al 1er de la loi 2121/1993, « les contrats et les licences d'exploitation peuvent être exclusifs ou non exclusifs. »[137] D'après la définition légale, « les contrats et licences exclusifs attribuent au cocontractant le droit d'exercer les prérogatives sur lesquelles portent le contrat ou la licence à l'exclusion de toute autre personne » (art. 13§3 al. 2e, loi 2121/1993). Dans les faits,

---

[130] Ces règles évincent l'application de la disposition de l'art. 15 § 4 loi 2121/1993. Sur la relation du principe de la finalité de la transmission avec les règles d'interprétation des art. 15 par. 2 et 3 loi 2121/1993, voir L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur et acquis communautaire*, 6e éd., Sakkoulas, 2011, n° 307, p. 224.

[131] Sur ce point voir par exemple D. KALLINIKOU, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd., Sakkoulas, 2008, n° 136, p. 206.

[132] Sur ce point, M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 520, pp. 231-232.

[133] Sur ce point voir M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 517, p. 231 ; en jurisprudence, voir par exemple, MonProtAth 15808/1999, *EEmpD*, pp. 581-583, note N. Rokas.

[134] Sur ce principe, voir not. L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur et acquis communautaire*, 6e éd., Sakkoulas, 2011, n° 280, p. 206 et n° 305, p. 222 et s. ; M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 504 *sq.*, p. 226 s. En jurisprudence, voir par exemple, EfAth. 8532/2006, *DEE*, 2007, p. 924, obs. Kyprouli.

[135] Voir sur ce point, A. DESPOTIDOU, « Article 15 », *in* L. KOTSIRIS, E STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 390 et s. et not. n° 38, p. 414 et n°47, p. 417.

[136] Sur ce point, voir notamment A. DESPOTIDOU, « Article 15 », *in* L. KOTSIRIS, E STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 390 et s. et not. n° 26.

[137] Sur ce point, voir parmi d'autres, A. DESPOTIDOU, « Article 13 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 342 et s. et not. n° 8 *sq.*, p. 348 et s.

l'exclusivité est en principe totale : elle concerne également le titulaire (primaire ou secondaire) du droit d'auteur[138]. En revanche, « les contrats et les licences non exclusives attribuent au cocontractant le droit d'exercer les prérogatives, auxquelles se réfèrent le contrat ou la licence, en concurrence avec l'auteur et autres cocontractants » (art. 13§3 al. 3e, loi 2121/1993)[139].

La détermination du caractère simple ou exclusif du contrat ou de la licence d'exploitation est en général une question d'interprétation du contrat en cause[140]. L'article 13§4 de la loi 2121/1993, établit une règle d'interprétation selon laquelle, « en cas de doute, le contrat et la licence d'exploitation seront non exclusifs »[141].

- ***La rémunération contractuelle des contrats et des licences d'exploitation.***

23.- La loi 2121/1993 comprend des dispositions spéciales relatives au prix des contrats et des licences d'exploitation. Selon l'article 32§1 al. 1er de la loi 2121/1993, « le prix, que le cocontractant doit acquitter à l'auteur pour les actes juridiques relatifs à […][142] la concession d'une licence du droit patrimonial[143] ou à certaines prérogatives attachées à celui-ci, prendra obligatoirement la forme d'un pourcentage, dont le taux est librement défini par les parties. »[144] De même, « la base de calcul du pourcentage est constituée de l'ensemble des recettes brutes, ou des dépenses ou encore par la combinaison des recettes et des dépenses brutes sans exception, réalisées par l'activité du cocontractant et provenant de l'exploitation de l'œuvre », art. 32§1 al. 2e[145]. Ceci

---

[138] En ce sens, A. DESPOTIDOU, « Article 13 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 342 et s. et not. n° 10, p. 350 et les références y citées ; P. KORIATOPOULOU-AGGELI, *Les limitations contractuelles sur l'exploitation du droit d'auteur*, Sakkoulas, 1994, pp. 7-8. Sur la référence expresse tant pour l'auteur (partie d'un contrat ou licence exclusif primaire) que le titulaire secondaire, voir P. KORIATOPOULOU- AGGELI, Ch. TSIGOU, *Droit d'auteur, (Interprétation par entrées)*, Nomiki Vivliothiki, 2008, v° « exploitation du droit patrimonial », p. 174. Cette exclusivité a elle aussi, avec d'autres éléments, contribué à la controverse sur la nature juridique du droit de l'exploitant ou licencié exclusif. Voir *infra* n° 180 *sq*.

[139] Sur les contrats et licences non exclusifs, voir A. DESPOTIDOU, « Article 13 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 342 et s. et not. n° 16, p. 353.

[140] En ce sens, A. DESPOTIDOU, « Article 13 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 342 et s. et not. n° 8, pp. 348-349 ; M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 490, p. 220.

[141] Pour une illustration v. MonProtAth. 12728/1997, *DEE*, 1997, p. 829.

[142] Sur ce point il y a une faute d'orthographe dans le texte de la disposition : *[« την ανάθεση άδεια εκμετάλλευσης »*]. Comp. A. DESPOTIDOU, « Article 32 », *in* L. KOTSIRIS, E STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 637 et s. et not. p. 637.

[143] Il est curieux que l'article 32 par. 1 de la loi n° 2121/1993 fasse référence uniquement à la cession et aux licences d'exploitation et ne mentionne pas les contrats d'exploitation.

[144] Sur ce point, voir L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur et acquis communautaire*, 6e éd., Sakkoulas, 2011, n° 303, p. 220.

[145] Traduction offerte par M. MARKELLOU, *Le contrat d'exploitation d'auteur : Vers un droit d'auteur conctractuel européen*, Larcier, 2012, p. 362.

étant, la loi hellénique consacre le principe d'ordre public[146] de la rémunération proportionnelle de l'auteur[147] pour tous les contrats d'exploitation du droit d'auteur (pour ce qui nous intéresse, le contrat ou la licence d'exploitation)[148]. La loi prévoit toutefois une série d'exceptions au principe de la rémunération proportionnelle[149]. Plus précisément, selon l'article 32§1 al. 3e, « de manière exceptionnelle, la rémunération peut être forfaitaire dans les cas suivants : a) il n'est pas possible de déterminer la base de calcul de la rémunération proportionnelle ou les moyens de contrôle pour l'application du pourcentage font défaut ; b) les dépenses requises pour le calcul et le contrôle sont disproportionnées par rapport à la rémunération qui va être perçue ; c) la nature et les conditions de l'exploitation rendent l'application du pourcentage impossible, surtout lorsque la contribution de l'auteur ne constitue pas un élément essentiel de l'ensemble de l'œuvre issue de l'esprit ou lorsque l'utilisation de l'œuvre présente un caractère secondaire par rapport à l'objet de l'exploitation. » De même, selon l'article 32§2 de la loi 2121/1993, « l'accord obligatoire sur la proportionnalité de la rémunération, tel que visé au paragraphe précédent, ne concerne pas les œuvres créées par des salariés en exécution d'un contrat de travail, des programmes d'ordinateur et tout genre de publicité. »[150]

Le caractère obligatoire de la rémunération proportionnelle est justifié par l'acceptation par l'auteur de participer aux bénéfices de l'exploitation économique de l'œuvre[151]. Ceci dit, il pourrait être soutenu que les contrats d'exploitation d'auteur comprennent, en principe, une obligation généralisée[152] à la charge du cocontractant (exploitant ou licencié) de paiement d'un prix, en principe, proportionnel[153]. Toutefois, il faut admettre que les contrats et licences gratuits ne sont pas exclus. En effet, l'article 32 de la loi 2121/1993 établit un principe concernant la détermination du prix de tout contrat portant sur les droits patrimoniaux. Or, ce principe s'applique uniquement lorsqu'une rémunération est prévue par le contrat. En pratique, les parties peuvent opter pour un

---

[146] En ce sens, voir L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur et acquis communautaire*, 6e éd., Sakkoulas, 2011, n° 296, p. 218 ; D. KALLINIKOU, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd., Sakkoulas, 2008, n° 141, p. 209 ; P. KORIATOPOULOU-AGGELI, *Les limitations contractuelles sur l'exploitation du droit d'auteur*, Sakkoulas, 1994, p. 127.

[147] V. les termes utilisés par la loi « le prix, que le cocontractant *doit* acquitter *à l'auteur* … ».

[148] En ce sens, G. KOUMANTOS, « Règles générales sur les contrats de droit d'auteur dans la nouvelle loi hellénique », *Propriétés intellectuelles*, Mélanges A. Françon, Dalloz, 1995, p. 311 s., p. 314.

[149] Au-delà des exceptions prévues à propos des contrats d'exploitation spéciaux (art. 33 s. loi 2121/1993).

[150] Traduction offerte par M. MARKELLOU, *Le contrat d'exploitation d'auteur : Vers un droit d'auteur conctractuel européen*, Larcier, 2012, p. 362.

[151] L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur et acquis communautaire*, 6e éd., Sakkoulas, 2011, n° 280, p. 206 ; A. DESPOTIDOU, « Article 32 », *in* L. KOTSIRIS, E STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 637 et s. et not. n° 2, p. 639.

[152] G. KOUMANTOS, « Règles générales sur les contrats de droit d'auteur dans la nouvelle loi hellénique », *Propriétés intellectuelles*, Mélanges A. Françon, Dalloz, 1995, p. 311 s. et not. p. 316.

[153] Voir en ce sens, M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 552, pp. 244-245.

contrat sans contrepartie financière[154]. Il est significatif que les licences libres soient qualifiées de licences d'exploitation au sens de l'article 13 de la loi 2121/1993[155].

- ***L'obligation d'exploiter.***

24.- Comme nous l'avons vu, l'obligation d'exploiter est un élément essentiel du contrat d'exploitation (art. 13 par. 1 loi 2121/1993)[156]. De même, selon l'article 15§5 de la loi 2121/1993, « dans toute hypothèse […] de concession de licence d'exploitation exclusive, la personne qui acquiert le droit ou la licence est tenue, dans un délai raisonnable, de rendre l'œuvre accessible au public par la forme d'exploitation appropriée. » Cette disposition établit une obligation de publication[157] pour tout licencié[158] exclusif au niveau de l'exploitation primaire. Cette disposition a pour objectif de protéger les intérêts pécuniaires et moraux de l'auteur[159] et d'« exclure les cas où le transfert du droit d'auteur aurait comme résultat (ou comme objectif de la part de l'acquéreur) le maintien de l'œuvre en dehors du patrimoine culturel accessible au public. »[160] Toutefois, il est admis en doctrine que cette disposition est supplétive. Elle peut donc être écartée par un accord contraire des parties[161].

---

[154] En ce sens A. DESPOTIDOU, « Article 32 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article,* Ed. Sakkoulas, 2009, n° 3, p. 640 ; I. KARAKOSTAS, « Article 60 », *in Code civil* : *Principes Généraux (Articles 127-286),* Nomiki Vivliothiki, 2006, p. 361 et s. et not. n° 612, p. 366 ; déjà G. BALIS, *Principes généraux du droit civil*, 1961, pp. 81-82. Comp. G. KOUMANTOS, *Droit d'auteur,* 8e éd., Ed. Sakkoulas, 2002, p. 191, note n° 458. V. *infra* n° 194 *sq.* sur la question de savoir si l'obligation de paiement de prix est un élément essentiel des contrats et licences d'exploitation.

[155] V. en ce sens, D. KALLINIKOU, Th. KAROUNOS, M. PAPADOPOULOS, « Les Licences *Creative commons* grecques », *DiMEE*, 2007, p. 377 s. et not. p. 384 ; D. KALLINIKOU, « Droit d'auteur et droit civil », *ChrID*, 8/2009, p. 12 s. et not. p. 25.

[156] Sur ce point, A. DESPOTIDOU, « Article 15 », *in* L. KOTSIRIS, E STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article,* Ed. Sakkoulas, 2009, p. 390 et s. et not. n° 48, p. 418.

[157] G. KOUMANTOS, « Règles générales sur les contrats de droit d'auteur dans la nouvelle loi hellénique », *Propriétés intellectuelles,* Mélanges A. Françon, Dalloz, 1995, p. 311 s., et not. p. 318. Comp. L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur et acquis communautaire,* 6e éd., Sakkoulas, 2011, n° 301, p. 219, parlant d'une « obligation positive d'exercice [du droit] » ; P. KORIATOPOULOU- AGGELI, Ch. TSIGOU, *Droit d'auteur, (Interprétation par entrées),* Nomiki Vivliothiki, 2008, v° « cession du droit entre vifs », p. 177, qui parlent d'une « obligation de réalisation d'exploitation ».

[158] Certes, la contradiction entre l'art. 15 par. 5 et l'art. 13 par. 2 est évidente. Voir en ce sens, M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 526, p. 234 ; A. DESPOTIDOU, « Article 15 », *in* L. KOTSIRIS, E STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article,* Ed. Sakkoulas, 2009, p. 390 et s. et not. n° 50, p. 419.

[159] En ce sens, P. KORIATOPOULOU- AGGELI, Ch. TSIGOU, *Droit d'auteur, (Interprétation par entrées),* Nomiki Vivliothiki, 2008, v° « cession du droit entre vifs », p. 177. Comp. A. DESPOTIDOU, « Article 15 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article,* Ed. Sakkoulas, 2009, n° 48, p. 418, pour qui le risque de confusion entre la dimension patrimoniale et morale de la disposition est évident.

[160] G. KOUMANTOS, « Règles générales sur les contrats de droit d'auteur dans la nouvelle loi hellénique », *Propriétés intellectuelles,* Mélanges A. Françon, Dalloz, 1995, p. 311 et s. et not. p. 312 s. Comp. D. KALLINIKOU, *Droit d'auteur et droits voisins,* 3e éd., Sakkoulas, 2008, n° 138, pour qui cette disposition renforce la position de l'auteur à l'encontre de son cocontractant.

[161] En ce sens, M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur,* Ed. Sakkoulas, 2004, n° 526, p. 234 ; A. DESPOTIDOU, « Article 15 », *in* L. KOTSIRIS, E STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article,* Ed. Sakkoulas, 2009, p. 390 et s. et not. n° 51, pp. 419-420. Comp. aussi MPrAth 15808/1999 (préc.), selon laquelle le

- ***Transmissibilité des droits transmis par contrat ou licence d'exploitation.***

25.- La loi 2121/1993 contient une disposition particulière concernant la transmissibilité des droits transmis par contrat et licence d'exploitation. Plus précisément, selon l'article 13§6, « les droits de la personne chargée de l'exploitation ou qui acquiert la possibilité d'exploitation ne peuvent pas être cédés entre vifs sans le consentement de l'auteur. » Conformément à cette disposition d'ordre public, en l'absence de consentement de l'auteur, la cession du droit de l'exploitant ou du licencié (exclusif ou non exclusif[162]) sera nulle[163]. Or, le refus de l'auteur d'autoriser la rétrocession du droit du cocontractant devra être dûment justifié[164]. Ce refus sera par ailleurs contrôlé par le principe de la bonne foi[165] et la sanction de l'exercice abusif du droit (art. 281 Code civil grec)[166]. Notons que selon l'article 14 de la loi 2121/1993, le consentement de l'auteur pour le transfert du droit de son cocontractant à un tiers doit être constaté par écrit[167]. Dans tous les cas, la disposition en question ne s'applique qu'au niveau de l'exploitation primaire. Les rétrocessions du droit réalisées au niveau secondaire ne doivent pas être préalablement autorisées par l'auteur[168].

La disposition de l'article 13§6, démontre que les contrats et licences d'exploitation se caractérisent en principe par un caractère *intuitu personnae*[169]. La *ratio* de la règle est la protection de l'auteur et

---

concept de cession est de manière générale incompatible avec l'obligation d'exploitation. Arrêt cité par A. DESPOTIDOU, « Article 12 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 312 et s. et not. n° 14, p. 323.

[162] Sans distinguer, D. KALLINIKOU, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd., Sakkoulas, 2008, n° 131, p. 202. *Contra* A. DESPOTIDOU, « Article 13 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 342 et s. et not. n° 43, p. 368 ; M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 497, p. 223 et n° 521, p. 232, pour qui la disposition ne concerne que les contrats et licences d'exploitation exclusifs, à cause de leur nature translative. Sur la controverse concernant la nature des contrats et licences d'exploitation exclusifs, voir *infra* n° 180 *sq*.

[163] La disposition est d'ordre public. En ce sens, A. DESPOTIDOU, « Article 13 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 342 et s. et not. n° 45, p. 369 et n° 46, p. 370 ; L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur et acquis communautaire*, 6e éd., Sakkoulas, 2011, n° 293, p. 216 et n° 299, p. 219.

[164] En ce sens, A. DESPOTIDOU, « Article 13 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 342 et s. et not. n° 51, pp. 372-373. Toutefois, le consentement de l'auteur compris dans les termes généraux d'un contrat offert par le cocontractant devrait être envisagé avec méfiance, Kotsiris 2011, n° 293, p. 216.

[165] M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 523, p. 233 ; A. DESPOTIDOU, « Article 13 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 342 et s. et not. n° 51, p. 373.

[166] L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur et acquis communautaire*, 6e éd., Sakkoulas, 2011, n° 293, p. 216 ; M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 524, p. 234.

[167] En ce sens voir, par exemple, L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur et acquis communautaire*, 6e éd., Sakkoulas, 2011, n° 293, p. 216.

[168] En ce sens, A. DESPOTIDOU, « Article 13 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 342 et s. et not. n° 47, p. 371 ; M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 524, p. 234.

[169] Sur ce point, voir A. DESPOTIDOU, « Article 13 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 342 et s. et not. n° 45, p. 369 ; D.

de ses intérêts (moraux et patrimoniaux[170]), en lui offrant la possibilité de « contrôler » la chaine de l'exploitation ou de l'utilisation de son œuvre[171].

En l'absence de disposition particulière pour les sous-contrats, il reste à savoir si la disposition de l'article 13§6 peut s'appliquer également à la question de la concession de sous-contrats ou sous-licences d'exploitation par le cocontractant de l'auteur. Il semble toutefois que la *ratio* de la disposition et le caractère *intuitu personae* des contrats et licences d'exploitation primaires, justifient l'extension de la portée de la disposition également dans l'hypothèse des sous-contrats et sous-licences[172].

- ***Contrats et licences d'exploitation portant sur des œuvres futures et sur des formes d'exploitation inconnues au moment de la conclusion du contrat.***

26.- La loi 2121/1993 prévoit également une restriction à la transmissibilité du droit d'auteur par voie contractuelle. Selon l'art. 13§5, « le contrat ou la licence ne peut jamais comprendre l'ensemble des œuvres futures de l'auteur et on ne peut considérer qu'il couvre des modes d'exploitation non connus au moment de la conclusion desdits actes juridiques[173]. » Selon cette règle, d'une part, un contrat ou licence d'exploitation portant sur des œuvres futures ne serait valable que s'il comprenait une limitation quantitative ou temporelle[174]. D'autre part, les droits portant sur des modes d'exploitation inconnus au moment de la conclusion du contrat sont intransmissibles de manière anticipée par contrat ou par licence d'exploitation[175]. La *ratio* de cette

---

KALLINIKOU, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd., Sakkoulas, 2008, n° 131, p. 202 ; M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 523, p. 233 et n° 550, p. 244.

[170] En ce sens, M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 522, p. 232 ; D. KALLINIKOU, *Les questions fondamentales de la loi 2121/1993 pour le droit d'auteur et les droits voisins*, Sakkoulas, 1994, n° 120, p. 91. Pour Prof. KOTSIRIS, (*Droit d'auteur*, Sakkoulas, 5e éd. 2010, n° 299, p. 218), cette disposition ressort de l'interconnexion entre les prérogatives morales et patrimoniales.

[171] A. DESPOTIDOU, « Article 13 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 342 et s. et not. n° 44, pp. 369-370 ; M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 522, p. 232. Comp. la disposition de l'article 35 par. 2 de la loi 2121/1993, qui introduit une règle supplétive concernant l'interdiction de conclure des sous-contrats de transmission radiophonique ou télévisuelle, sauf clause contraire.

[172] Comp. A. DESPOTIDOU, « Article 13 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 342 et s. et not. n° 48, p. 371. Certes, il est possible de soutenir que l'application de la disposition de l'article 35 par. 2 de la loi 2121/1993, qui introduit une règle supplétive concernant l'interdiction de conclure des sous-contrats de transmission radiophonique ou télévisuelle, sauf clause contraire, devrait être généralisée pour tout sous-contrat ou sous-licence qui n'a pas une nature translative.

[173] Sur la question de la détermination du contenu de la notion de mode d'exploitation inconnue au sens de l'article 13§5 voir, parmi d'autres Th. CHIOU, « Music Licensing in the Cloud : The Greek Experience », *GRUR Int.*, 3/2014, p. 228 s. et les références qui sont citées.

[174] Tel serait le cas par exemple d'un contrat portant sur un nombre limité d'œuvres futures ou sur les œuvres produites pendant une période limitée. Sur ce point v. G. KOUMANTOS, *Droit d'auteur*, 8e éd., Ed. Sakkoulas, 2002, pp. 322-323 ; D. KALLINIKOU, *Les questions fondamentales de la loi 2121/1993 pour le droit d'auteur et les droits voisins*, Sakkoulas, 1994, n° 121, p. 92. Pour l'ensemble de la question, voir S. STAVRIDOU, « Contrats des œuvres futures. Contribution à l'interprétation de l'article 13 par. 5 loi 2121/1993 », *EllDni*, 1996, pp. 1239-1249.

[175] A titre indicatif, G. KOUMANTOS, *Droit d'auteur*, 8e éd., Ed. Sakkoulas, 2002, p. 323 ; Th. CHIOU, « Music Licensing in the Cloud : The Greek Experience », *GRUR Int.*, 3/2014, p. 228 s. et les références y citées.

règle d'ordre public est toujours la protection de l'auteur de stipulations contractuelles prévoyant un engagement excessif de ce dernier, imposées par son cocontractant[176]. Ceci étant, toute clause contraire à la disposition de l'article 13§5 sera annulable par application (par analogie) de l'article 39[177].

- **Le droit d'agir de l'exploitant et du licencié.**

27.- La loi 2121/1993 régit expressément la question du droit d'agir des cocontractants et des titulaires de licences. Plus précisément, selon l'article 13§3, al. 3e, « lorsqu'un contrat ou licence d'exploitation est conclu, le cocontractant, *sauf accord contraire*, a le droit de demander en son nom propre par voie judiciaire le respect de ses droits en raison d'actes illégaux de tiers. »[178] Cet article établit la règle (supplétive) selon laquelle tout cocontractant d'un contrat ou licence d'exploitation, simple ou exclusif, a le droit d'agir en contrefaçon en son nom propre[179]. Plus précisément, en l'absence d'accord contraire entre les parties, tout exploitant et licencié peut agir en contrefaçon à l'encontre de tout contrefacteur, y compris à l'encontre *du concédant* (auteur ou titulaire secondaire) dans le cadre d'un contrat exclusif[180]. De même, le cocontractant peut agir indépendamment du concédant[181]. Ceci signifie que l'inertie du concédant n'est pas une condition préalable pour la recevabilité de l'action du cocontractant[182].

---

[176] A titre indicatif, voir G. KOUMANTOS, *Droit d'auteur*, 8e éd., Ed. Sakkoulas, 2002, p. 322 s. A propos de l'interdiction de transmission anticipée des droits portant sur des modes d'exploitation inconnus, voir Th. CHIOU, « Music Licensing in the Cloud : The Greek Experience », *GRUR Int.*, 3/2014, p. 228 s. et les notes qui sont citées.

[177] En ce sens, M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 512, 228 ; S. STAVRIDOU, « Formes d'exploitation des œuvres protégées inconnus », *DEE*, 3/2003, p. 265 et s., p. 267 ; P. KORIATOPOULOU- AGGELI, Ch. TSIGOU, *Droit d'auteur, (Interprétation par entrées)*, Nomiki Vivliothiki, 2008, v° « Formes d'exploitation inconnues », p. 1 ; L. KOTSIRIS, *Copyright law in Greece*, Ius, 2012, p. 154.

[178] Cette solution était admise en jurisprudence avant même l'introduction de la loi 2121/1993. V. par exemple, MonProtAth., 4001/1983, *NoV*, 1983, pp. 1229-1233, obs. D. Kallinikou.

[179] En ce sens, A. DESPOTIDOU, « Article 13 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, n° 17, p. 354 ; G. KOUMANTOS, « Règles générales sur les contrats de droit d'auteur dans la nouvelle loi hellénique », *Propriétés intellectuelles*, Mélanges A. Françon, Dalloz, 1995, p. 311 et s. et not. p. 317. *Contra* toutefois, voir le rapport introductif loi 2121/1993, p. 3, selon lequel le droit d'agir est uniquement reconnu à l'exploitant ou au licencié exclusif ; M.-Th. MARINOS, « Le contrat d'exploitation des biens immatériels » *in* École Nationale de la Magistrature, *Problèmes contemporains et opinions jurisprudentiels sur le nouveaux types des contrats du droit de la concurrence et du consommateur*, Nomiki Vivliothiki, 2011, p. 55 s., not. p. 61.

[180] En ce sens, A. DESPOTIDOU, « Article 13 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, n° 18, p. 355 et n° 19, p. 356.

[181] Bien entendu, l'auteur réserve toujours le droit d'agir (parallèlement à son cocontractant) à l'encontre des contrefacteurs, en s'appuyant soit sur les prérogatives non cédées par le contrat ou la licence exclusive soit sur son droit moral. En ce sens, A. DESPOTIDOU, « Article 13 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, n° 22, p. 357. Il est toutefois discutable si l'auteur a le même droit, dans l'hypothèse d'un contrat ou licence exclusive totale, emportant cession totale du droit d'auteur. Sur ce point, voir A. DESPOTIDOU, « Article 13 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, n° 22, pp. 357-358.

[182] Sur ce point, A. DESPOTIDOU, « Article 13 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, n° 17, p. 354 ; G. KOUMANTOS, « Règles

La reconnaissance du droit d'agir à tout cocontractant soulève des questions quant à la nature du droit de ce dernier, et, de manière subséquente, du contrat dans son entier. En effet, il a pu être admis qu'en principe, et en absence d'accord contraire des parties, par l'attribution des pouvoirs négatifs d'un droit exclusif et absolu, la disposition de l'article 13§3 confère aux contrats et licences d'exploitation un caractère quasi-réel[183].

§2.- En France.

28.- Le cadre juridique spécifique français des contrats d'exploitation des droits d'auteur est défini dans le troisième titre du premier livre du Code de la Propriété intellectuelle (CPI) intitulé « Exploitation des droits »[184].

Le dispositif des contrats d'exploitation des droits d'auteur français est fondé sur le caractère aliénable des prérogatives patrimoniales de l'auteur (appelés droits patrimoniaux ou droits

---

générales sur les contrats de droit d'auteur dans la nouvelle loi hellénique », *Propriétés intellectuelles*, Mélanges A. Françon, Dalloz, 1995, p. 311 et s. et not. p. 317 « […] sans être obligé d'atteindre l'intervention de l'auteur ».

[183] Voir A. DESPOTIDOU, « Article 13 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, n° 19, pp. 355-356 ; M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 499, p. 224, tous les deux se référant au contrat et à la licence non exclusive. ; I. NIKOLOPOULOS, *La cession du droit patrimonial du droit d'auteur*, Sakkoulas, 2005, p. 281 : « En effet, à cause de la protection exclusive établie par l'article 13 par. 3 al. 4, comme tout tiers doit respecter le droit exclusif et limité de l'ayant droit du cessionnaire, il doit respecter de la même manière le droit personnel du licencié […] ».

Toutefois, lorsqu'il est admis que les contrats et licences d'exploitation *exclusifs* ont une nature réelle (emportant cession et pas simple concession des droits transmis, voir *infra* n° 180 *sq.*), le cocontractant exclusif aurait le droit d'agir *ipso jure*, même en l'absence de disposition spéciale qui lui conférerait un tel droit. Sur ce point, A. DESPOTIDOU, « Article 13 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, n° 18, p. 355 ; M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 498, p. 224. C'est pourquoi, dans cette hypothèse, la disposition de l'article 13 § 3 al. 3e n'a d'intérêt pratique que pour les contrats et licences non exclusifs. En ce sens, M.-Th. MARINOS, « Le contrat d'exploitation des biens immatériels » *in* École Nationale des juges, *Problèmes contemporains et opinions jurisprudentiels sur les nouveaux types des contrats du droit de la concurrence et du consommateur*, Nomiki Vivliothiki, 2011, p. 55 s. et not. p. 61.

Par ailleurs, en présence d'un accord des parties contraire à la disposition de l'art. 13§5, si l'on accepte le caractère *inter partes* des contrats et des licences d'exploitation (exclusifs ou pas) il n'y aura pas d'attribution d'un caractère quasi-absolu (concernant le côté négatif d'un tel droit) au contrat en question. En ce sens, A. DESPOTIDOU, « Article 13 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, n° 20, p. 356, se référant uniquement aux contrats et licences simples, vu que l'auteur en question admet le caractère absolu des contrats et des licences exclusives ; M.-Th. MARINOS, « Le contrat d'exploitation des biens immatériels » *in* École Nationale des juges, *Problèmes contemporains et opinions jurisprudentiels sur le nouveaux types des contrats du droit de la concurrence et du consommateur*, Nomiki Vivliothiki, 2011, p. 55 s., not. p. 61. Par contre, dans l'hypothèse ou il sera admis que le contrat ou la licence exclusifs ont un effet absolu *erga omnes* (contrats translatifs), l'accord des parties concernant l'abdication du droit d'agir du cocontractant n'aura qu'un effet *inter partes*. En ce sens, A. DESPOTIDOU, « Article 13 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, n° 18, p. 355 ; M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, n° 498, p. 224.

[184] Articles L. 131-1 et s. CPI.

d'exploitation[185]). En effet, selon la disposition liminaire de l'article L. 122-7 al. 1er, « le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux. »[186] En revanche, les prérogatives morales ne peuvent pas faire *per se* l'objet de contrats d'exploitation, en raison de leur caractère inaliénable[187].

Le droit des contrats d'exploitation en matière de droits d'auteur français se divise en deux parties : une partie générale, applicable à tous les contrats d'auteur[188] et une partie spéciale, applicable à une série de types particuliers des contrats d'exploitation d'auteur[189]. L'articulation entre les deux parties s'exprime par l'adage *specialia generalibus derogant*[190].

En matière de contrats d'exploitation de droits d'auteur français, le Code de la propriété intellectuelle utilise essentiellement et presque exclusivement le terme de cession. La « monomanie »[191] du législateur à propos de ce terme pourrait laisser penser que la cession est le seul type contractuel envisageable en droit d'auteur français[192]. Il y a pourtant d'autres types de

---

[185] Voir « Livre 1er, Titre II, Chapitre II CPI : « Droits patrimoniaux » et l'article L. 122-1 CPI. Sur ce point, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique,* 4ème éd., Litec, 2012, n° 629, p. 555 : « Nous les dénommons contrats d'exploitation, au sens de l'article L. 122-1 du Code de la propriété intellectuelle, sur une œuvre de l'esprit. » Voir toutefois Ph. GAUDRAT, « Relations contractuelles : à la recherche d'un nouvel équilibre », *in* F. LABADIE, F. ROUET (sous dir, de), *Travail Artistique et économie de la création, Ministère de la culture et de communication,* collection Questions de culture, 2008, p. 139 s., not. p. 141 : « La propriété intellectuelle ne peut davantage passer, entière ou démembrée, à un cessionnaire, puisque, affectée par la singularité de sa cause, celle-ci est inaliénable-au contraire de celle qui porte sur un brevet d'invention. »

[186] Comp. aussi la disposition de l'article Article L. 121-4 CPI : « Nonobstant *la cession de son droit d'exploitation*, l'auteur, même postérieurement à la publication de son œuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire. »

[187] Art. L. 121-1 CPI. Sur ce point, voir par exemple A. BERTRAND, *Droit d'auteur,* Dalloz, 2011, n° 112.16 p. 365 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 941, p. 578.

[188] C'est la « théorie générale des contrats d'auteur », M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur,* 2e éd., Dalloz, 2013, n° 640, p. 538, appelé aussi « droit commun des contrats d'auteur », par exemple G. BLANC-JOUVAN, *Droit de la propriété intellectuelle*, Vuibert, 2011, n° 170, p. 79 ; *Cf.* l'expression « droit spécial commun de la cession » utilisée par N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle,* 2e éd. LGDJ, 2012, p. 657 s. ; comp. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8e éd., 2012, n° 449, p. 464, parlant de la « théorie générale des obligations artistiques ».

[189] Sur cette distinction voir par exemple Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins,* 3e éd. Litec 2012, n° 396. Comp. A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique,* 4ème éd., Litec, 2012, n° 632 et F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 944, p. 579, se référant aux « règles communes à tous les contrats d'exploitation ».

[190] Sur ce point, voir not. S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 9 : « Certaines dispositions sont applicables à tous les contrats d'auteur, dessinant une catégorie particulière de convention. En ce sens, ces dernières composent un droit spécial par rapport au droit commun des obligations. D'autres règles découlent de la nomination de contrats spéciaux du droit d'auteur. Elles forment elles-aussi un droit spécial, mais cette fois autant au regard du régime commun à chacun des contrats d'auteur qu'à celui du droit commun des obligations. » ; A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2011, n° 112.20, p. 367, parlant de la hiérarchie entre les dispositions générales et les dispositions spéciales. V. aussi *infra* n° 209 sur la pratique de la généralisation des règles spéciales en vue de combler les lacunes de la réglementation générale.

[191] Résultat d'une « insouciance » ou « décision délibérée », il importe peu si l'on s'en tient aux textes. V. *infra* n° 189 *sq.* pour les différentes interprétations de la monomanie en doctrine française.

[192] Voir en ce sens, C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9e éd., 1999, n° 290, p. 237 : « Le Code de la propriété intellectuelle contrairement à des nombreuses lois étrangères, n'a traité que des cessions de

contrats d'exploitation consacrés par la législation française (A). De même, un régime spécial y est attaché (B).

A. Les contrats d'exploitation d'auteur : surtout des cessions mais aussi des autorisations.

29.- La cession du droit d'auteur est le type contractuel « cardinal » du droit contractuel d'auteur français (1°). Cependant, les autorisations sont également évoquées au sein du CPI (2°).

1°.- La cession du droit d'auteur.

30.- Tout d'abord, l'article L. 122-7 al. 1er du CPI reconnait la possibilité de conclure des contrats de cessions de droits d'auteur français. Plus précisément, « le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles […] ». La conclusion des cessions est également mentionnée à plusieurs reprises dans la partie générale de la réglementation du CPI afférente aux contrats d'exploitation[193].

La cession du droit d'auteur n'est pas définie par le CPI. Selon une approche « orthodoxe » de la question, la cession du droit d'auteur est un contrat conclu entre le titulaire-cédant et l'exploitant-cessionnaire. *À priori*[194] la cession est un contrat translatif : elle emporte transfert du droit d'auteur au sens strict[195], le droit d'exploitation du patrimoine du cédant dans le patrimoine du cessionnaire. Cela signifie qu'il y a une substitution parfaite et plus ou moins définitive[196] entre le cédant et l'acquéreur. En principe, donc, il y a un « abandon » des droits de la part du cédant-aliénateur au

---

l'œuvre, et n'a pas distingué celles-ci des concessions […] » ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 939, p. 576.

[193] V. ainsi les art. L. 127-1 al. 2, 3 et 4 : «La cession du droit de représentation n'emporte pas celle du droit de reproduction. La cession du droit de reproduction n'emporte pas celle du droit de représentation. Lorsqu'un contrat comporte cession totale de l'un des deux droits visés au présent article, la portée en est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat. » ; L. 131-4 al 1er, « la cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle ; art. L. 131-5 : « En cas de cession du droit d'exploitation […] » ; art. L. 131-6 : « La clause d'une cession […] » ; Art. L. 121-4 : « Nonobstant la cession de son droit d'exploitation […] ». Comp. l'art. L. 131-3 al. 1er, parlant de « transmission des droits de l'auteur ».

[194] Voir *infra* n° 189 *sq.* sur la controverse sur la question de la cession du droit d'auteur.

[195] Par contre, un transfert au sens large couvre toute forme de transmission contractuelle du droit d'auteur. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, la gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur, Bruxelles, le 16.04.2004, COM(2004) 261 final, p. 14, faisant référence aux régimes des États membres en matière de droit d'auteur : « Le transfert de droits couvre le transfert de droits économiques par l'auteur ou l'artiste interprète ou exécutant (en tant que titulaire initial de l'œuvre) à un tiers par cession ou par octroi de licence. »

[196] Comme nous le verrons plus tard, il est possible de conclure une cession temporellement limitée, v. *infra* n° 34.

bénéfice du cessionnaire-ayant cause : le cédant se dessaisit de son droit d'exploitation[197] et le cessionnaire devient le nouveau titulaire du droit cédé. Par conséquent, la cession est, par nature, toujours exclusive[198]. Qui plus est, après la conclusion du contrat, le cédant est privé de la possibilité de faire fructifier et de tirer profit des droits ainsi cédés[199]. De son côté, l'exploitant-cessionnaire, ayant obtenu ce titre juridique, sera en mesure d'exercer les droits cédés en tant que titulaire dérivé de ceux-ci. Par ailleurs, la formulation de l'art. L. 131-7 du CPI est significative : « En cas de cession partielle, l'ayant cause est substitué à l'auteur dans l'exercice des droits cédés, dans les conditions, les limites et pour la durée prévues au contrat, et à charge de rendre compte. »

2°.- Le contrat d'autorisation en droit positif français.

31.- Selon l'analyse précédente et, s'il on s'en tient aux textes, tout contrat d'exploitation en matière de droit d'auteur sera un contrat translatif[200]. Cependant, le texte du CPI évoque un autre type de contrat d'exploitation, à savoir le contrat d'autorisation[201] d'exploitation ou d'utilisation[202] d'une œuvre de l'esprit. Plus précisément, l'article L. 131-2 al. 2e du CPI fait une référence expresse aux « autorisations gratuites d'exécution ». De manière similaire, les articles L. 132-18 et L. 132-20 du CPI concernant la partie spéciale du droit des contrats d'exploitation d'auteur, relatives au contrat de représentation, font référence à l'« autorisation » de représenter l'œuvre. En vérité, il a pu être

---

[197] *Cf.* Dictionnaire *Le petit Robert*, v° céder : « le fait d'abandonner, de laisser à quelqu'un » (cité par A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2011, n° 112.21, p. 367). Sur l'effet translatif de la cession, v. à titre indicatif, et d'un point de vue général, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 908, p. 643 ; Ph. GAUDRAT, « Le point de vue d'un auteur sur la titularité », *in* I. de LAMBERTERIE, *Le droit d'auteur aujourd'hui*, éd. du CNRS, 1991, p. 43 et s. et not. p. 49 : « C'est d'abord, comme l'indique son nom, une opération translative de droit ce qui est une sécurité importante pour l'exploitant. »

[198] V. *infra* note n° 1016.

[199] En ce sens, J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, n° 11113, p. 66-67, à propos de la cession du droit d'auteur.

[200] V. en ce sens B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, n° 444, p. 201 : « à s'en tenir aux textes, il faudrait considérer que seul le transfert des droits est envisagé, ce qui signifierait que tout contrat d'exploitation ferait du contractant un titulaire des droits objet du contrat ». Par ailleurs, la concession ou licence n'est aucunement mentionnée au sein du premier livre du CPI. Sur ce point, v. par exemple, J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, n° 1113, p. 65 : « En 1957, le législateur n'a pas voulu consacrer la dichotomie entre cession et concession […] et reconnaître expressément l'existence de cessions de droit d'auteur, à côté des concessions de droits d'exploitation. » ; Ch. CARON, « Quelques observations sur les montages contractuels en droit de la propriété intellectuelle », *RDC*, 2007, p. 1001 et s., n° 1 : « [le mécanisme de licence] n'a pas, en droit d'auteur, les honneurs d'une consécration légale à l'instar de ce qui existe pour la cession. »

[201] Certes, les termes « autorisation », « concession » et « licence » sont parfois interchangeables. Voir N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 959, p. 675 : « Le contrat de concession, ou contrat de licence… ». Comp. L. De GAULLE, « La notion de redevance de droit d'auteur », *RIDA*, n° 167, janv. 1996, p. 69 s. et not. p. 71, parlant d'autorisation, ou concession de licence.

[202] Comp. M. VIVANT, G. VERCKEN, « Le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées : figures anciennes et pistes nouvelles », *JCP Cahiers de Droit de l'Entreprise*, 2000, n° 2, p. 18 s. et not. p. 21, se référant à l'émergence de la notion d'utilisation dans l'exploitation contractuelle des œuvres de l'esprit en ligne.

soutenu que ces références correspondaient à la consécration légale du contrat de concession en droit d'auteur[203]. Par ailleurs, tant l'art. L. 131-8[204] que l'art. L. 333-2 du CPI[205] semblent aussi admettre la possibilité de la conclusion des concessions en droit d'auteur[206]. Ajoutons que le *nomen* d'autorisation est utilisé par le CPI dans la partie relative aux « dispositions particulières relatives à l'exploitation numérique des livres indisponibles », (art. 134-1 s.)[207].

De toute façon, la référence du Code à l'« autorisation » est marginale et exceptionnelle en comparaison avec le recours fréquent au terme « cession ». Bien entendu, la référence marginale du CPI au contrat d'autorisation (ou concession) n'est pas accompagnée d'une définition légale de ce contrat. Il est généralement considéré que l'autorisation ou concession de droits d'auteur correspond à un contrat ayant pour effet d'accorder simplement la jouissance à un tiers[208], à travers la constitution d'un droit personnel de jouissance au profit du cocontractant[209].

Il est cependant à relever que les concessions de droits d'auteur sont désormais expressément consacrées par des textes extérieurs et voisins du CPI. Plus précisément, les articles L. 123-1 et L. 213-9 et s. du Code du cinéma et de l'image animée (en vigueur depuis 2009) se réfèrent expressément aux *concessions* des droits d'exploitation ou de représentation des œuvres audiovisuelles/cinématographiques.

---

[203] En ce sens voir par exemple N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, p. 693 s., parlant de « concession nommée » à propos du contrat de représentation ; A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2011, n° 112.77, p. 400 : « Ce contrat qualifié se présente le plus souvent sous la forme d'une simple autorisation « d'exécution » non exclusive n'entraînant pas de cession de droits d'auteur. » *Contra* A. LUCAS, H.-J. LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 3ème éd., Litec, 2006, n° 701, p. 516 : « Bien que l'article L. 132-18 évoque seulement l'autorisation ou la faculté de représenter, il n'est pas douteux que le contrat comporte une véritable cession au sens que nous avons retenu. » Voir toutefois, le titre de l'article du Professeur C. COLOMBET : « la portée des autorisations… » (*Propriétés Intellectuelles, Mélanges A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 63), dont l'objet est principalement le droit spécial *des cessions* du droit d'auteur.

[204] « En vue du paiement des redevances et rémunérations qui leur sont dues pour les trois dernières années à l'occasion *de la cession, de l'exploitation ou de l'utilisation de leurs œuvres* […] ».

[205] « Sont insaisissables, dans la mesure où elles ont un caractère alimentaire, les sommes dues, en raison de l'exploitation pécuniaire ou de la cession des droits de propriété littéraire ou artistique […] ».

[206] En ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 939, p. 576.

[207] Ce chapitre a été intégré au sein du CPI par la loi n° 2012-287 du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle.

[208] N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 960, p. 676, à propos des contrats de concession en général ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 764, p. 635 (à propos du contrat de représentation) ; Ch. CARON, « Quelques observations sur les montages contractuels en droit de la propriété intellectuelle », *RDC*, 2007, p. 1001 et s., n° 1 : « le contrat de licence n'opère aucun transfert de propriété et s'apparente à un contrat de bail dont l'objet est simplement un bien meuble incorporel. » ; déjà H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3e éd., 1978, n° 49. *Contra* A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 766.

[209] Certains auteurs utilisent les termes « droit d'usage » ou « droit de jouissance précaire » pour se référer au titre du concessionnaire, v. P. SIRINELLI, *Propriété Littéraire et Artistique*, 2e éd., Dalloz 2003, p. 112 : « il s'agit le plus souvent du transfert d'un droit d'usage » ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8e éd., 2012, n° 616, p. 635.

B.- Le régime spécial des contrats d'exploitation du droit d'auteur.

32.- Le CPI comprend certaines dispositions particulières relatives aussi bien aux formalités et à l'objet des contrats d'exploitation qu'aux droits et obligations des parties. Il est à noter que ce régime particulier se caractérise par sa finalité protectrice[210] pour l'auteur, présumée partie faible d'un contrat d'exploitation. Toutefois, en principe, ces dispositions ne s'appliquent qu'en présence de l'auteur[211]- personne physique et titulaire initial du droit d'exploitation objet du contrat d'exploitation. D'autre part, elles introduisent des règles impératives (règles d'ordre public de protection), dérogeant au droit commun et restreignant la liberté contractuelle des parties d'un contrat primaire[212]. Ceci étant, tout titulaire du droit d'auteur secondaire sera toujours- en principe -

---

[210] Sur ce point voir par exemple A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 633, p. 562 ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 645, p. 545 s. Voir toutefois, G. BLANC-JOUVAN, *Droit de la propriété intellectuelle*, Vuibert, 2011, n° 170, pp. 79-80 : « En pratique, on peut trouver des situations dans lesquelles les rôles sont inversés : c'est l'auteur qui se situerait dans une position de force face à l'exploitant. » Voir aussi *supra* note n° 107 sur le protectionnisme du droit d'auteur en tant qu'expression d'un solidarisme contractuel.

[211] Telle est la position de la jurisprudence depuis l'arrêt de principe « Perrier » de la première chambre civile de la Cour de cassation, du 13 octobre 1993 (*D.*, 1994, jurispr. p. 166, note P.-Y. Gautier ; *D.*, 1994, somm. p. 280, obs. Th. Hassler ; *idem*, « Le formalisme est fait pour protéger les faibles, pas les forts (à propos de l'article L. 131-3 du Code de la Propriété Intellectuelle (CPI)) », *Les Petites Affiches*, 08/04/1994, n° 42, pp. 15-17 ; *RTD com.*, 1994, p. 272, obs. A. Françon ; S. DURRANDE, *RIDA*, 2/1995, p. 3-47. Depuis lors, la jurisprudence est constante, v. p. ex. CA Paris, 5e ch., 17 avr. 1996, *D.*, 1996, inf. rap. p. 169 ; Cass. com., 5 nov. 2002, n° 01-01.926, Sté Arplex c/ Sté Ducs de Gascogne, *JurisData* n° 2002-016340 ; *Comm. com. électr.*, 2003, comm. 1, obs. Ch. Caron ; *JCP* E, 2004, p. 616, obs. M.-E. Inchauspé ; *Propr. Industr.*, 2003, comm. n° 5, note P. Kamina) selon lequel les mentions obligatoires imposées par l'article L. 131-3 du CPI « régissent les seuls contrats consentis par l'auteur dans l'exercice de son droit d'exploitation, et non ceux que peuvent conclure les cessionnaires avec des sous-exploitants » La jurisprudence « Perrier » est contraire aux décisions antérieures de la Haute juridiction française (p. ex. Cass. Com., 6 nov. 1990, *Manoukian*, Bull. civ. I., n° 253, *D.*, 1993, somm. 91, obs. Colombet et Cass. civ. 1re, 9 oct. 1991, *Joker*, *JCP* E, 1991, II, p. 147, note Th. Hassler) mais elle confirme la position de la Cour d'Appel de Paris exprimée dans les arrêts *Playmobil* (Paris, 16 mars 1989, *JCP* E, 1991, II, p. 147, note Th. Hassler) *La Géode* (Paris, 23 oct. 1990, *JCP*, 1991, II, 21682, note Lucas). V. toutefois *contra* CA Paris, pôle 5, 1re ch., 24 juin 2009, SARL Ibach Television c/ SARL Cam Cache Productions et al., *inédit*, appliquant l'article L. 131-3 et le principe d'interprétation stricte des transmissions de droits d'auteur à une « licence » entre une société de production et un éditeur vidéo (citée par B. MONTELS, « Chronique : Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique*, n° 6, Juin 2010, chron. 6. n° 12). En doctrine v. A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 644, p. 570 (délimitation obligatoire du domaine d'exploitation), n° 660, pp. 584-585 (nullité de cession globale des droits sur des œuvres futures), n° 664, pp. 586-587 (interprétation du contrat *in favorem autoris*), n° 675, p. 597 (rémunération proportionnelle), n° 695, p. 611 (révision du contrat) ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 929, p. 656 et n° 985, p. 692 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd. Litec 2012, n° 403 *sq.* ; B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 15 *sq* et not. n° 21, p. 43 : « La reconnaissance du caractère tutélaire des prérogatives contractuelles du CPI n'a jamais été contestée par la doctrine. »

[212] Sur la limitation de la liberté contractuelle par la réglementation spéciale du droit d'auteur v. parmi la bibliographie abondante, A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur (études sur la loi du 11 mars 1957)*, préf. R. Savatier, Paris, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, tome 30, 1962 ; A. FRANÇON, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D.*, 1976, chron. p. 55-62 ; Ph. ALLAEYS, O. BUSTIN, J.-H. MITRY, « La liberté contractuelle existe-t-elle en droit d'auteur ? », *Légipresse*, 2003, II, p. 117.

Pour une approche du droit comparé, v. B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 23: « Although the basic principle of freedom of contract persists, the law establishes a number of mandatory rules, which

évincé de la protection spéciale du CPI[213]. La portée rationae personae de la réglementation spéciale du droit contractuel d'auteur n'est pas expressément consacrée par le législateur. Elle pourrait, toutefois, être implicitement dégagée car le législateur utilise de manière quasi-exclusive le terme « auteur » lorsqu'il s'agit de se référer au titulaire-partie à un contrat d'exploitation[214].

- ***Les règles de forme[215].***

33.- Le CPI comprend certaines règles relatives à la forme des contrats d'exploitation de droit d'auteur. Selon l'article L. 131-2 al. 1er CPI, « les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution. » De même, selon l'article L. 131-3 al. 3e, « les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle doivent faire l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct du contrat relatif à l'édition proprement dite de l'œuvre imprimée »[216]. Ce formalisme n'a qu'une valeur probatoire *(ad probationem)*[217]. De même, seul l'auteur est fondé à se prévaloir du défaut d'écrit[218]. D'après ces dispositions, l'exigence d'un écrit n'est imposée que pour

---

condition the exercise of this freedom to requirements of form and content. » La violation des règles d'ordre public de protection est sanctionnée non par une nullité absolue mais par une simple nullité relative pouvant être invoquée par le seul auteur, v. en ce sens A. FRANÇON, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *Rec. Dalloz Sirey*, 1976, p. 55.

213 « *Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio* ». V. sur ce point S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 354, p. 234 : « Il en résulte que ni le droit commun des contrats d'auteur, ni même les régimes spéciaux, ne doivent pouvoir être invoqués à leur [des exploitants] profit, sauf exceptions expressément prévues par la loi » ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8e éd., 2012, n° 469, p. 486 : « Il s'agira en effet à peu près dans tous les cas d'un professionnel commerçant qui n'a guère besoin de ces règles protectrices. » ; B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 16 *in fine*, p. 40 ; A. BORIES, « Le formalisme dans les contrats d'auteur », *Communication Commerce électronique*, n° 9, Septembre 2008, étude 18, n° 22 et s.

214 Cette référence est faite à plusieurs reprises dans le texte du CPI. V. par exemple, dans l'article L. 131-4 CPI : « La cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre […] Elle doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation. »

215 Pour une vue d'ensemble, voir parmi d'autres A. BORIES, « Le formalisme dans les contrats d'auteur », *Communication Commerce électronique*, n° 9, Septembre 2008, étude 18. ; A. MAFFRE-BAUGÉ, « Le formalisme contractuel en droit d'auteur », *in Propriétés intellectuelles et droit commun*, dir. J.-M. BRUGUIERE, MALLET-N. POUJOL, A. ROBIN, PUAM, coll. de l'Institut de droit des affaires, 2007, p. 265 et s.

216 Pour une illustration, voir CA Paris, 4e ch., A., 14 mai 1997, *Recueil Dalloz*, 1998, p. 194, obs. C. Colombet.

217 N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 931, p. 658 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 635, p. 563 : « Il est certain que l'écrit n'est requis qu'*ad probationem* et non pas *ad validitatem*. » ; A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2011, n° 112.26, p. 369 ; plus nuancé, M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 688, pp. 578-579 : « En dépit de ces arguments forts, la doctrine majoritaire et le juge considèrent pourtant que l'exigence de 131-2 est bien posée *ad probationem*. À ne pas vouloir accentuer par trop le particularisme de la matière la sagesse pousse sans doute à se satisfaire de cette lecture. »
Toutefois, l'écrit qui est exigé en matière de contrat d'édition est *ad validitatem* car, selon l'article L. 132-7 al. 1e, « le consentement personnel et donné par écrit de l'auteur est obligatoire. ». En ce sens, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 946, p. 667. *Contra* M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 726, p. 609.

218 A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 635, p. 564.

les types de contrats énumérés de façon exhaustive[219]. Pour tout autre contrat, y compris les contrats secondaires énumérés par l'art. L. 131-2 al. 1[er][220], « les dispositions des articles 1341 à 1348 du code civil sont applicables » (art. 131-2 al. 2[e] CPI)[221]. Par conséquent, l'exigence d'un écrit est d'une portée limitée en droit d'auteur français[222].

Une autre formalité particulière du droit d'auteur français est celle des mentions obligatoires dans un contrat de cession. Plus précisément, selon l'article L. 131-3 al. 1[er] CPI, « la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de la cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son entendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée[223] ». Il en résulte que les cessions implicites sont en principe exclues en droit d'auteur français[224]. Le non respect de ce formalisme entraîne la nullité (relative) du contrat (formalité *ad validitatem*)[225].

---

[219] En ce sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4[ème] éd., Litec, 2012, n° 634, p. 563, pour qui, « la solution est d'ailleurs regrettable » ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2[e] éd., Dalloz, 2013, n° 689, p. 579 : « La tendance générale est tout de même à l'interprétation stricte du texte, ce qu'on peut regretter spécialement en considérant l'ensemble des dispositions légales. » ; A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2011, n° 112.23 *sq.* CA Paris 4[e] ch. A, 16 février 2005, Eos c./ Chaussade, *Comm. Comm. Electr.*, nov. 2005, n° 11, p. 22, note Ch. Caron ; Cass. Civ. 1[re] 12 nov. 2006, n° 05-19.294, *Comm. Comm. Electr.*, p. 28, note Ch. Caron. *Contra* CA Paris, 16 janv. 2004, *RIDA*, 2004, n° 2, p. 239.

[220] En ce sens, mais critique, C. COLOMBET, « La portée des autorisations d'exploitation en matière de contrats relatifs au contrat d'auteur », *Propriétés intellectuelles*, Mélanges A. Françon, Dalloz, 1995, p. 64 et s. et not. p. 65 : « tout simplement on remarquera qu'elle aurait pu l'être davantage, sans renvoyer, comme le fait l'article L. 131-2 § 2, pour certains contrats dits secondaires, mais de grande importance pour l'auteur, aux dispositions du Code civil relatives à la preuve (articles 1341 à 1348 du Code civil). » ; A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2011, n° 112.29, p. 372. Comp. A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2011, n° 112.25, p. 369, pour qui le formalisme concerne essentiellement les cessions du droit d'auteur **:** « Cependant la totalité des dispositions du CPI concernant directement ou indirectement un écrit vise en dehors du cas particulier du droit ou des autorisations de représentation, la cession ou la transmission des droits de l'auteur. »

[221] Voir ainsi, Cass. 1[re] civ., 19 février 2002, *Propr. Intell.*, n° 5, 2002, p. 53 s. : « la preuve certaine et précise de la transmission conventionnelle du droit de reproduction […] peut se faire par tous moyens. »

[222] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd. Litec 2012, n° 406. Voir critique sur ce point, C. COLOMBET, « La portée des autorisations d'exploitation en matière de contrats relatifs au contrat d'auteur », *Propriétés intellectuelles*, Mélanges A. Françon, Dalloz, 1995, p. 65 et *idem* 1999, n° 319, p. 256. *Contra* J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2[e] éd., LGDJ, 2001, p. 66, note n° 60.

[223] Il en découle que les dispositions de l'article L. 122-7 al. 2 et 3, selon lesquelles « la cession du droit de représentation n'emporte pas celle du droit de reproduction » et « la cession du droit de reproduction n'emporte pas celle du droit de représentation » sont plutôt redondantes. Il a pu être soutenu que la disposition de l'article L. 131-3 al. 1[er] CPI établit la règle ou principe de la spécialité de toute cession (primaire) en droit d'auteur. En ce sens, Ph. GAUDRAT, « Le point de vue d'un auteur sur la titularité », *in* I. de LAMBERTERIE, *Le droit d'auteur aujourd'hui*, éd. du CNRS, 1991, p. 43 et s. et not. p. 50 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd. Litec 2012, n° 449.

[224] En ce sens, par exemple, G. BLANC-JOUVAN, *Droit de la propriété intellectuelle*, Vuibert, 2011, n° 180, p. 85. Voir toutefois les tempéraments jurisprudentiels sur ce point, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4[ème] éd., Litec, 2012, n° 647, p. 573 s. ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 695, p. 484 ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2[e] éd., Dalloz, 2013, n° 695, pp. 584-585, et les références citées.

[225] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd. Litec 2012, n° 412 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4[ème] éd., Litec, 2012, n° 645, p. 571 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 953, p. 584.

Il est à ajouter que le CPI ne prévoit aucun mécanisme d'enregistrement ni exigence de publicité pour les cessions du droit d'auteur[226]. De manière exceptionnelle[227], selon l'article L. 123-1 du Code du cinéma et de l'image animée, une série de contrats portant sur des œuvres cinématographiques ou audiovisuelles (cessions, concessions, conventions de distribution…) doivent être inscrits au registre public du cinéma et de l'audiovisuel. « A défaut d'inscription au registre public du cinéma et de l'audiovisuel des actes, conventions ou jugements susmentionnés, les droits résultant de ces actes, conventions ou jugements sont inopposables aux tiers » (art. L. 123-1 dern. alinéa). Ceci étant, le contrat est valable uniquement *inter partes*[228].

Enfin, selon la disposition de l'art. L. 131-9 du CPI, « le contrat mentionne la faculté pour le producteur de recourir aux mesures techniques prévues à l'article L. 331-5 ainsi qu'aux informations sous forme électronique prévues à l'article L. 331-11 en précisant les objectifs poursuivis pour chaque mode d'exploitation. Il indique également les conditions dans lesquelles l'auteur peut avoir accès aux caractéristiques essentielles de ces mesures techniques ou informations sous forme électronique auxquelles le producteur a effectivement recours pour assurer l'exploitation de l'œuvre. »[229]

- ***La divisibilité du droit transmis : cession totale et partielle.***

34.- Selon l'article L. 131-4 al. 1er du CPI, « la cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle. »[230] La même affirmation est reprise dans d'autres dispositions du CPI[231]. Notons que, l'article L. 122-7 alinéa 4 du CPI fait référence expresse à la divisibilité du droit transmis quant aux modes d'exploitation[232]. Il peut être déduit *a contrario* par la disposition de l'article L. 131-3 al. 1er du CPI que la cession totale corresponde à une cession qui porte sur tous les

---

[226] Sur ce point, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 638, p. 565.

[227] Sur le caractère exceptionnel des dispositifs d'enregistrement et des formalités de publicité en droit d'auteur français, voir par exemple, J. RAYNARD, « Le tiers au pays du droit d'auteur », *JCP, G*, n° 21, 26 mai 1999, p. 959 s. et not. p. 962.

[228] Sur ce point voir A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 668, p. 591, sous l'ancien régime.

[229] Sur ce point, voir N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 932, p. 659.

[230] Sur ce point, voir N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 911, p. 644.

[231] Voir aussi l'article L. 121-9 al. 2 CPI parlant de « *cession totale ou partielle du droit d'exploitation* ». Comp. L'article L. 122-7 al. 4 : « lorsqu'un contrat comporte la cession totale de l'un des deux droits [reproduction ou représentation], la portée en est limitée aux modes d'exploitation prévus par le contrat. » et l'art. L. 131-7 CPI.

[232] Sur ce type de divisibilité, voir not. A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 631, p. 560 : « [I]l nous parait plus fécond, en effet, de mettre l'accent sur l'idée que le monopole d'auteur se démembre à volonté, notamment quant aux modes d'exploitation. » Notons que la doctrine française ne porte pas trop d'attention aux limites de la divisibilité du droit transmis quant aux modes d'exploitation. Voir par exemple A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 631, p. 560, pour qui « les parties peuvent à leur guise limiter la portée des cessions et les prérogatives ainsi conférées possèdent le même caractère de droit réel que le droit d'auteur lui-même. »

droits d'exploitation et permette au cessionnaire l'exercice de ces droits de manière illimitée quant à l'étendue, la destination, le lieu et la durée[233]. De manière inverse, une cession sera partielle quand elle sera limitée[234] à l'égard d'un ou plusieurs aspects susvisés.

Sur ce point, il semble utile de faire une observation à propos de l'interaction entre le formalisme des contrats de cession et la conclusion d'une cession totale. En fait, le formalisme de l'art. L. 131-3 al. 1er, imposant le paramétrage exprès du droit cédé, s'applique aux cessions tant totales que partielles. Ceci dit, l'introduction dans le contrat de cession d'une clause « tous droits compris » ne serait pas en mesure de satisfaire l'exigence légale de paramétrage[235]. Ceci étant, le caractère total de la cession devrait résulter d'une précision expresse de tous les paramètres susvisés par l'article L. 131-3 al. 1er[236,237].

De même, l'article L. 131-7 du Code de la propriété intellectuelle comprend une règle particulière[238] applicable aux cessions partielles : « en cas de cession partielle, l'ayant cause est substitué à l'auteur dans l'exercice des droits cédés, dans les conditions, les limites et pour la durée prévues au contrat, et *à charge de rendre compte* ».

---

[233] Sur les cessions temporaires v. p. ex. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8e éd., 2012, n° 467, p. 484 : « […] les cessions d'auteur sont généralement limitées dans le temps […] » ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 630, p. 558. Rappr. S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n°443, p. 303 : « la durée est un élément constitutif des droits d'exploitation […] Un fractionnement du droit peut ainsi résulter d'une limitation temporelle du droit cédé. ». D'un point de vue pratique, voir G. VERCKEN, « Les clauses des cessions de droits. Durée », *Propr. Intell.* oct. 2011, n° 41, p. 466 s. Sur les limitations temporelles des contrats d'exploitation et la relation avec la durée de protection légale voir A. DIETZ, « Le problème de la durée de protection adéquate du droit d'auteur sous l'aspect de la réglementation des contrats d'auteur » *in Mélanges A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 107 s.

[234] Les termes « démembrés » ou « subdivisés » sont également utilisés. V. pour l'utilisation du terme de « subdivision », G. HENRY, *L'évaluation en droit d'auteur*, LITEC, coll. IRPI n° 30, 2007, p. 31 ; Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique (2o droits des exploitants) », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz 2007, n° 21, p. 6. Comp. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, n° 11112, p. 63, jugeant plus pertinent l'utilisation du terme « subdivision » pour distinguer ces démembrements particuliers des démembrements classiques comme l'usufruit ou le nantissement.

[235] F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 954, p. 584 ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, p. 584, note n° 4.

[236] Comp. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd., LGDJ, 2012, n° 933, p. 660. Ceci étant, une cession globale devrait viser tous les droits d'exploitation (droit de reproduction, de représentation etc.) et toutes les variantes de ces prérogatives. De même, elle devrait préciser tous les modes d'exploitation envisageables à propos de chaque droit d'exploitation (comp. art. 122-7 al. 4 CPI) pour l'ensemble des États des cinq continents » (N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 934, p. 661) et pour toute la durée de protection de droits cédés (M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 698, p. 586 s.). En effet, « de longues stipulations licites produisent, en pratique, exactement le même effet qu'une clause « cession tous droits compris » qui serait pourtant déclarée illicite puisque, dans tous les cas, le cédant ne conserve aucun droit. », Ch. CARON, Droit d'auteur et droits voisins, 3e éd. Litec 2012, n° 407. Critique sur ce point, P.-Y. GAUTIER, « Contre Bentham : l'inutile et le droit », *RTD Civ.*, 1995, p. 825, n° 51.

[237] Il n'en reste pas moins, toutefois, que la règle de la spécialité n'interdit pas de céder globalement et définitivement les droits d'exploitation. En ce sens, Ph. GAUDRAT, « Le point de vue d'un auteur sur la titularité », *in* I. de LAMBERTERIE, *Le droit d'auteur aujourd'hui*, éd. du CNRS, 1991, p. 43 et s. et not. p. 51.

[238] Pour N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 932, p. 659, il s'agit d'une règle redondante.

Le CPI contient également une série de règles d'interprétation permettant de déterminer la portée de la cession et, de manière subséquente, l'étendue de la divisibilité du droit transmis. Plus précisément, selon l'article L. 122-7 al. 2 et 3, « la cession du droit de représentation n'emporte pas celle du droit de reproduction » et « la cession du droit de reproduction n'emporte pas celle du droit de représentation. »[239] Ensuite, selon l'article L. 122-7 alinéa 4 du CPI, « lorsqu'un contrat comporte cession totale de l'un des deux droits visés au présent article [droit de reproduction et droit de représentation], la portée en est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat. » Sur cette base, la cession du droit d'auteur portera uniquement sur ce qui a été clairement convenu. Par contre, ce qui n'est pas expressément cédé sera conservé par l'auteur. Il en résulte que les clauses de cession des droits d'exploitation doivent être interprétées de manière restrictive. Par ailleurs, il est admis qu'une telle interprétation restrictive de la cession devrait être généralisée et s'appliquer à tout aspect de l'exploitation, dont la mention est exigée par l'article L. 131-3 al. 1er du CPI[240].

Il est également généralement admis que toute cession expresse s'interprète de manière restrictive : tout ce qui n'est pas expressément cédé reste entre les mains de l'auteur[241]. Par ailleurs, en cas d'ambigüité, le contrat sera interprété *in favorem autoris*[242].

Il découle de la présentation ci-dessus que la cession, même totale, du droit d'auteur ne conduit pas nécessairement à un dépouillement absolu et définitif du cédant. D'un côté, la règle de la spécialité de la cession et, de l'autre côté, l'interprétation restrictive du paramétrage de celle-ci limitent les effets de la cession[243].

- ***Cessions portant sur des œuvres futures et sur des formes d'exploitation inconnues au moment de la conclusion du contrat.***

35.- Deux articles du CPI traitent de manière spécifique la question des cessions portant sur des œuvres futures ou sur des formes d'exploitation non prévisibles ou non prévues à la date du contrat.

---

[239] Certes, cette solution découle logiquement de l'obligation de mention distincte des droits cédés, imposée par l'article L. 131-3 CPI, ce qui rend ces dispositions redondantes. Sur ce point, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique,* 4ème éd., Litec, 2012, n° 663, p. 586.

[240] En ce sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique,* 4ème éd., Litec, 2012, n° 664, p. 586. En jurisprudence, v. par exemple TGI Seine, 31 mars 1966, *D.*, 1966, somm. p. 97.

[241] V. par exemple M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur,* 2e éd., Dalloz, 2013, n° 704, p. 592. Pour des illustrations jurisprudentielles, voir Cass. 1re civ., 8 juin 1999, *Juris-Data* n° 003227, *Comm. comm. electr.*, oct. 1999, p. 18, obs. C. Caron ; CA Paris, 4e ch., A, 12 décembre 2001, *Propr. Intell.*, n° 5, 2002, p. 54 s. ; Cass 1er civ., 12 juill. 2006, *D.*, 2006, p. 2313, obs. Daleau. Pour un grand nombre d'exemples, voir not. A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique,* 4ème éd., Litec, 2012, n° 665 *sq*., p. 587 s.

[242] A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique,* 4ème éd., Litec, 2012, n° 665, p. 587 s. ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle,* 2e éd. LGDJ, 2012, n° 929, p 657 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins,* 3e éd. Litec 2012, n° 401 ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur,* 2e éd., Dalloz, 2013, n° 705, p. 593.

[243] Voir sur ce point, par exemple, Ph. GAUDRAT, « Le point de vue d'un auteur sur la titularité », *in* I. de LAMBERTERIE, *Le droit d'auteur aujourd'hui,* éd. du CNRS, 1991, p. 43 et s. et not. p. 50 et note n° 9.

Plus précisément, selon l'art. L. 131-1 du CPI, « la cession globale des œuvres futures est nulle. »[244] De même, l'art. L. 131-6 du CPI dispose que « la clause d'une cession qui tend à conférer le droit d'exploiter l'œuvre sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat doit être expresse et stipuler une participation corrélative aux profits d'exploitation. »[245]

- ***L'exclusivité de l'exploitation contractuelle.***

36.- Si nous privilégions une interprétation « orthodoxe » du texte du CPI, la cession du droit d'auteur est par définition exclusive[246]. En pratique, le cessionnaire du droit d'auteur, en tant que titulaire dérivé de celui-ci, sera en mesure d'exercer les droits d'exploitation cédés à l'exclusion de tout tiers, y compris du cédant[247]. Dans le prolongement de cette interprétation, il n'y a aucune référence expresse faite au sein de la partie générale du droit contractuel d'auteur concernant le caractère exclusif ou non exclusif du contrat de cession. Toutefois, la reconnaissance de la distinction entre le contrat d'exploitation à titre exclusif et non exclusif pourrait être déduite indirectement de deux dispositions interprétatives insérées dans la partie spécifique du droit contractuel d'auteur français. Il s'agit plus précisément de l'article L. 132-8 al. 1er relatif au contrat d'édition et de l'art. L. 132-19 al. 2 relatif au contrat de représentation.

---

[244] Sur ce point voir à titre indicatif, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd. Litec 2012, n° 413 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 656 *sq.*, p. 581 s. ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 968 *sq.*, p. 590 s. ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 660 *sq*. p. 556 s.

[245] Sur ce point voir à titre indicatif, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd. Litec 2012, n° 414 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 646, p. 571 s. ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 966 *sq*. p. 589 ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 699, p. 587.

[246] En ce sens, voir B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, n° 486, p. 217 ; M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 12, p. 31 ; N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 64, p. 65 : « Une cession ne peut être qu'exclusive ! », ainsi que les références citées ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 458, p. 314-315. *Adde* Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, la gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur, Bruxelles, le 16.04.2004, COM(2004) 261 final p. 14, note n° 12 : « La cession est le transfert de droits d'une manière exclusive et définitive. »

Voir toutefois, S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 54, p. 49-50, pour qui un effet translatif peut être produit en présence comme à défaut d'exclusivité, vu que la cession ne porte pas sur le droit d'exploitation mais sur les fruits qu'il peut dégager (prenant appui à l'art. L. 132-8 qui permet une cession non exclusive). Rappr. CA Paris, 4e ch., 19 déc. 1991, *D.*, 1991, inf. rap. p. 87, sur la vente de chose d'autrui en droit d'auteur. *Adde* Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, la gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur, Bruxelles, le 16.04.2004, COM(2004) 261 final p. 14, note n° 12 : « La cession est le transfert de droits d'une manière exclusive et définitive. »

[247] Comp. une hypothèse d'exclusivité renversée : l'auteur cède son droit à un éditeur et ce dernier s'engage à ne pas conclure d'autre contrat d'exploitation avec un autre auteur, Cass., 1re ch. Civ., 5 janvier 1970, *Recueil Dalloz Sirey*, p. 281, note A. Breton (contrat d'édition, absence de clause d'exclusivité interdisant à l'éditeur d'éditer un autre ouvrage sur le même sujet).

Selon le premier article « l'auteur doit garantir à l'éditeur l'exercice paisible et, sauf convention contraire, *exclusif* du droit cédé ». Il en résulte d'une part, la cession du droit d'auteur réalisée dans le cadre d'un contrat d'édition, qui permet effectivement l'exercice à titre exclusif des droits cédés, sauf clause contraire. D'autre part, les parties à un contrat d'édition peuvent choisir entre une cession exclusive ou non exclusive[248].

De manière similaire, l'art. L. 132-19 al. 2 prévoit que « sauf stipulation expresse de droits exclusifs, [le contrat de représentation] ne confère à l'entrepreneur de spectacles aucun *monopole d'exploitation*. » Si nous considérons que le contrat de représentation devrait être envisagé comme une variation particulière du contrat de concession en matière de droit d'auteur, la disposition en question constituerait la reconnaissance de la distinction entre concession exclusive et non exclusive[249].

Ajoutons que le nouvel art. L. 134-5 3e al. du CPI fait référence à une autorisation d'exploitation à titre exclusif[250].

- ***La rémunération[251] de la transmission contractuelle du droit d'auteur***.

37.- Le CPI comprend une réglementation particulière relative à la question de la rémunération de la transmission contractuelle du droit d'auteur. Plus précisément, il est expressément reconnu que la transmission du droit d'auteur par cession ou autorisation peut être onéreuse ou gratuite[252]. D'une part, selon l'article L. 122-7 du CPI, « le droit de représentation et le droit de reproduction sont

---

[248] Effectivement, une partie de la doctrine française admet l'existence de cessions non exclusives Voir notamment, Ph. GAUDRAT, « Le point de vue d'un auteur sur la titularité », *in* I. de LAMBERTERIE, *Le droit d'auteur aujourd'hui*, éd. du CNRS, 1991, p. 43 et s. et not. p. 50 s., se référant à une cession non-exclusive du droit d'utilisation d'un logiciel ainsi qu'aux conséquences de l'absence d'exclusivité en ce qui concerne l'obligation d'exploiter du cessionnaire et *ibid.* p. 53, parlant de cession « exclusive et totale ».

[249] Voir sur ce point Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec 2006, n° 445, p. 352 : « Ce dernier peut être, si cela est précisé, exclusif, même si le plus souvent, la licence est ouverte. » ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd. Litec 2012, n° 450 : « En effet, ne bénéficiant que d'une simple jouissance, le plus souvent non exclusive […] » ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 773, p. 640.

[250] V. sur ce point A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, p. 559, note n° 32.

[251] Voir N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 936, p. 661 s., qui est critique sur l'utilisation du terme « rémunération » et préfère le terme « prix ».

[252] En ce sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 669, p. 593 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, 2e éd., Economica, 2014, n° 1418, p. 971 ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 669, p. 562 s. et n° 701, p. 589 : « La gratuité n'est pas interdite et devoir payer n'est donc pas un trait général des contrats d'auteur. » ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 669, p. 563 et 564. *Adde* M. VIVANT, « La pratique de la gratuité en droit d'auteur », *RLDI*, mai 2010, n° 1993, p. 59 ; J.-M. BRUGUIÈRE, observations sous Cass. 1re, civ., 1er déc. 2011, *Propr. Intell.*, n° 42, Janvier 2012, p. 33 et s., not, p. 34 : « De prime abord, il n'y a donc pas d'obstacle à cette gratuité. » Pour l'ensemble de la question, voir not. Th. CHIOU, « On royalties and transfers without (monetary) consideration : Looking for the 'magic formula' for assessing the validity of remuneration clauses of copyright transfers under French Copyright law », (Remarks under the light of the decision of the French Supreme Court, 1st Civil Chamber, 1 December 2011, case No. 09-15779), *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 44, n° 5, 2013, pp. 585-598.

cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux. »[253] D'autre part, selon l'article L. 122-7-1 du CPI[254], « l'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public, sous réserve des droits des éventuels coauteurs et de ceux des tiers ainsi que dans le respect des conventions qu'il a conclues. » Par ailleurs, selon l'article L. 122-6 3° du CPI, « le droit d'exploitation appartenant à l'auteur d'un logiciel comprend le droit d'effectuer et d'autoriser la mise sur le marché à titre onéreux ou gratuit […] ». D'après ces dispositions, les parties à un contrat d'exploitation sont en principe[255] libres de déterminer le caractère onéreux ou gratuit du contrat en question.

Le CPI comprend une réglementation afférente à la détermination de la rémunération de l'auteur[256] dans le cadre d'un contrat d'exploitation onéreux[257]. Plus précisément, l'article 131-4 du CPI établit

---

[253] Comp. l'article L. 132-16 al. 1er CPI, relatif au transfert, à titre onéreux ou gratuit, du droit du cessionnaire d'un contrat d'édition.

[254] Pour une critique sur la nécessité de cette disposition, voir N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 914, p. 646, parlant de « la redondance polluante de l'article L. 122-7-1 CPI. » ;M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd. Dalloz, 2013, p. 563, note n° 1. *Adde* J. HUET, « La mise à disposition gratuite d'œuvres sur les réseaux numériques (ou l'inconsistance d'un certain article L. 122-7-1 du Code de la propriété intellectuelle », *in Mélanges Linant de Bellefonds*, Litec, 2007, p. 181 et s.

[255] Certes, la gratuité (la volonté de ne pas recevoir de rémunération) présuppose le consentement éclairé de l'auteur. Telle est la position de la jurisprudence dominante. Voir par exemple, Cass. 1re civ., 21 nov. 2006, *Propr. Intell.*, 2007, n° 22, p. 94, note J.-M. Bruguière ; CA Paris, 22 mars 2006, *JCP* G, 2006, I., p. 162, obs. C. Caron. Par ailleurs, le formalisme de l'article L. 131-3 CPI s'y appliquera aussi, Cass. Civ. 1re, 23 janvier 2001, *Bull. civ.* I., n° 13, Juris-Data n° 2001-007865, *Comm. Comm. Electr*., comm. n° 34, p. 13, note C. Caron. En doctrine v. M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd. Dalloz, 2013, n° 669, p. 564 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd., Litec, 2012, n° 418 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 669, p. 593 et les références y citées ; Th. CHIOU, « On royalties and transfers without (monetary) consideration: Looking for the 'magic formula' for assessing the validity of remuneration clauses of copyright transfers under French Copyright law », (Remarks under the light of the decision of the French Supreme Court, 1st Civil Chamber, 1 December 2011, case No. 09-15779), *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 44, n° 5, 2013, pp. 585-598 et not. p. 592 et les références citées sous note n° 37. Toutefois, le contrat d'édition ne peut pas être gratuit. En ce sens, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 944, p. 666. *Contra* CA Paris, 25 nov. 2005, *Comm. Comm. Electr*., 2006, comm. 40, note Ch. Caron : l'auteur est libre de renoncer à sa rémunération « si du moins, il a une conscience claire de ce qu'il cède à titre gratuit ». Sceptique sur l'opportunité des contrats d'exploitation gratuits, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2006, n° 414, pp. 326-327 : « les contrats d'exploitation sont, par nature, des contrats à titre onéreux dans lesquels il n'est pas évident, *a priori*, de concevoir une telle gratuité. » Rappr. A. STROWEL, B. VANBRABANT, « Copyright licensing : a European view », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 29 s. et not. p. 38 : « The requirement that the amount of remuneration be indicated in the written document does not bar [sic] free licenses, insofar as the contract makes clear the remuneration in exchange for the right is zero. »

[256] Logiquement, la question de la détermination du prix ne se pose pas dans l'hypothèse d'un contrat de cession à titre gratuit. En ce sens, M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd. Dalloz, 2013, n° 670, p. 565, *a contrario* ; Th. CHIOU, « On royalties and transfers without (monetary) consideration: Looking for the 'magic formula' for assessing the validity of remuneration clauses of copyright transfers under French Copyright law », (Remarks under the light of the decision of the French Supreme Court, 1st Civil Chamber, 1 December 2011, case No. 09-15779), *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 44, n° 5, 2013, pp. 585-598 et not. p. 589-590.

[257] En vérité, le contrat d'exploitation sera le plus souvent un contrat onéreux. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 936, p. 661 : « l'exploitation des biens intellectuels appropriés par le droit d'auteur est essentiellement une exploitation onéreuse. » ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 670, p. 593 : « Le plus souvent, l'acte est à titre onéreux et doit donc comporter au profit de l'auteur une rémunération, dont le montant doit être déterminé ou au moins déterminable. »

le principe de la rémunération proportionnelle de l'auteur[258]. Selon cet article « [la cession][259] doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation. » La justification de cette règle d'ordre public est la protection de l'auteur contre des accords abusifs ou inéquitables et la participation de l'auteur au succès commercial de son œuvre[260]. Ceci étant, la détermination de la rémunération dans le cadre d'une cession primaire doit, sous peine de nullité relative[261], être soumise au mécanisme de la rémunération proportionnelle et du paiement des redevances[262] (*royalties*) de l'article L. 131-4 al. 1er du CPI. Le taux de la rémunération proportionnelle sera certes déterminé librement par les parties[263]. Ajoutons que la portée de cette règle est générale : elle s'applique à toute transmission contractuelle du droit d'auteur[264] (au moins au niveau primaire[265]). De même, un prix forfaitaire pourrait être valablement

---

[258] Le même principe se pose également dans la partie spéciale des dispositions relatives à l'exploitation contractuelle du droit d'auteur, et plus précisément, à l'article L. 132-5 al. 1er du CPI pour le contrat d'édition et l'article L. 132-25 pour le contrat de production audiovisuelle. Comp. l'art. L. 131-6 du CPI qui parle de « participation corrélative aux profits d'exploitation. » et l'art. L. 131-3 dern. al. qui fait référence à une rémunération proportionnelle aux recettes perçues. Ajoutons qu'ici il y a un problème de coexistence des articles L. 122-7 1er al. et L. 131-4 du CPI car la gratuité chasse le paiement d'un prix proportionnel. Sur ce point voir S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 149 *sq*., p. 106 s. ; Th. CHIOU, « On royalties and transfers without (monetary) consideration: Looking for the 'magic formula' for assessing the validity of remuneration clauses of copyright transfers under French Copyright law », (Remarks under the light of the decision of the French Supreme Court, 1st Civil Chamber, 1 December 2011, case No. 09-15779), *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 44, n° 5, 2013, pp. 585-598 et not. p. 590 et s.

[259] Des prérogatives patrimoniales, bien entendu. Voir sur ce point L. De GAULLE, « La notion de redevance de droit d'auteur », *RIDA*, n° 167, janv. 1996, p. 69 s. et not. p. 71 : « Une redevance de droit d'auteur vise, a priori, la contrepartie financière de l'exercice par l'auteur de ses prérogatives patrimoniales d'auteur telles que prévues par le CPI. Sont donc concernés les droits patrimoniaux prévus par les articles L. 122-1 et suivants du CPI. Semble en revanche devoir être exclu le droit moral de l'auteur, bien extrapatrimonial. »

[260] Voir parmi d'autres, A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2011, n° 112.39, p. 378 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 671, p. 594 ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd. Dalloz, 2013, n° 671, p. 566.

[261] Sur la nullité des clauses de rémunération, voir par exemple A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 679 *sq.* p. 599 s. ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 979, p. 595 ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd. Dalloz, 2013, n° 674, p. 569. Notons que la nullité de la clause de rémunération peut entrainer la nullité du contrat dans son ensemble. Voir en jurisprudence, Cass. 1er Civ., 1 Déc. 2011, *Juris-Data* n° 09-15779. Pour un commentaire voir Th. CHIOU, « On royalties and transfers without (monetary) consideration : Looking for the 'magic formula' for assessing the validity of remuneration clauses of copyright transfers under French Copyright law », (Remarks under the light of the decision of the French Supreme Court, 1st Civil Chamber, 1 December 2011, case No. 09-15779), *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 44, n° 5, 2013, pp. 585-598.

[262] L. De GAULLE, « La notion de redevance de droit d'auteur », *RIDA*, n° 167, janv. 1996, p. 69 s.

[263] En ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 980, p. 596 ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd. Dalloz, 2013, n° 673, p. 569.

[264] Sur ce point voir par exemple M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd. Dalloz, 2013, n° 671, p. 566 : « Elle concerne *a priori* tous les contrats et toutes les œuvres. » ; C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9e éd., 1999, n° 304, pp. 245-246. Voir toutefois A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2011, n° 112.25, p. 369 : « Dès lors que l'auteur conserve la pleine propriété de ses droits et qu'il n'en concède qu'un droit d'usage, exclusif ou non, notamment par un « contrat de licence », *il se trouve en dehors du champ des dispositions du CPI.* »

[265] Voir sur ce point, M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 671, p. 566 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 979, p. 595 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 675, p. 579. La détermination de la rémunération au niveau secondaire est en principe libre. Sur ce point v. N. BINCTIN, *Droit de la propriété*

consenti[266] uniquement dans les hypothèses prévues par l'art. L. 131-4 al. 2e du CPI[267] et ses déclinaisons en matière de contrats d'exploitation spéciaux[268]. Par ailleurs, l'art. L. 131-5 du CPI prévoit une règle particulière concernant la révision des conditions de la rémunération forfaitaire[269].

- ***L'obligation d'exploiter.***

38.- La partie générale du droit contractuel d'auteur du CPI comprend quelques dispositions sur la question de l'obligation d'exploiter l'œuvre de l'esprit incombant au cessionnaire du droit d'auteur. Plus précisément, selon l'art. L. 131-3 dern. al, « le bénéficiaire de la cession s'engage par ce contrat à rechercher une exploitation du droit cédé conformément aux usages de la profession et à verser à l'auteur, en cas d'adaptation, une rémunération proportionnelle aux recettes perçues. » Il a pu être également soutenu que l'art. L. 131-7 du CPI[270] faisait allusion à l'obligation d'exploiter car l'obligation de reddition des comptes a été considérée comme le corollaire de l'obligation de paiement d'un prix proportionnel et de l'obligation d'exploiter[271].

---

intellectuelle, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 914, p. 646 : « Contrepartie du bien cédé, le prix est fixé librement par les parties. […] [Il] peut être fixe et forfaitaire, payé en une ou plusieurs échéances. Il peut aussi être en tout ou partie proportionnel à l'exploitation du bien par l'acquéreur. » En jurisprudence, CA Paris, 4e ch., 16 janvier 2004, Juris-Data n° 2004-234796, *JCP* E, 2005, n° 1216, § 5, obs. Guillemain.

[266] Sur ce point voir M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd. Dalloz, 2013, n° 675 *sq*. p. 570 s.

[267] Il s'agit des hypothèses suivantes (art. L. 131-4 al. 2e CPI) : « 1° La base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée ; 2° Les moyens de contrôler l'application de la participation font défaut ; 3° Les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre ; 4° La nature ou les conditions de l'exploitation rendent impossible l'application de la règle de la rémunération proportionnelle, soit que la contribution de l'auteur ne constitue pas l'un des éléments essentiels de la création intellectuelle de l'œuvre, soit que l'utilisation de l'œuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité ; 5° En cas de cession des droits portant sur un logiciel ; 6° Dans les autres cas prévus au présent code. Est également licite la conversion entre les parties, à la demande de l'auteur, des droits provenant des contrats en vigueur en annuités forfaitaires pour des durées à déterminer entre les parties. » Sur l'ensemble de la question, voir Ph. ALLAEYS, « Hypothèses de forfait en droit d'auteur », *Propr. Int.*, n° 24, juill. 2007, p. 269 et s.
Certes « les parties peuvent prévoir un forfait en plus de la rémunération proportionnelle, elles peuvent remplacer le forfait par la rémunération proportionnelle mais, en revanche, en dehors des cas autorisés par la loi, elles ne peuvent substituer le forfait à la rémunération proportionnelle. », M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd. Dalloz, 2013, n° 671, p. 567. En jurisprudence, voir par exemple, CA Paris, 13 octobre 1995, *RIDA*, 1996, n° 168, p. 325, obs. Kéréver.

[268] Voir not. l'article L. 132-6 CPI en matière de contrat d'édition.

[269] « En cas de cession du droit d'exploitation, lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus de sept douzièmes dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre, il pourra provoquer la révision des conditions de prix du contrat. Cette demande ne pourra être formée que dans le cas où l'œuvre aura été cédée moyennant une rémunération forfaitaire. La lésion sera appréciée en considération de l'ensemble de l'exploitation par le cessionnaire des œuvres de l'auteur qui se prétend lésé. » Sur cet article, voir, par exemple, A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2011, n° 112.44 *sq*., p. 381 s. ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 992 *sq*., p. 600 s. ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd. Dalloz, 2013, n° 680, p. 574.

[270] « En cas de cession partielle, l'ayant cause se substitue à l'auteur dans l'exercice des droits cédés, dans les conditions, les limites et pour la durée prévues au contrat, et à charge de rendre compte. »

[271] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 206, p. 143 ; B. MONTELS, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en France » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY, (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, t. 29, Litec, 2007, p. 507 s. et not. p. 516 : « Il faut en déduire que toute cession de droits d'auteur devrait nécessairement être assortie d'une triple obligation : une rémunération proportionnelle aux résultats […] une remise des comptes et une exploitation des droits. »

- ***Le droit d'agir du cocontractant.***

39.- La question du droit d'agir du cocontractant d'un contrat d'exploitation d'auteur n'est pas expressément traitée au sein du CPI. Cependant, si l'on s'en tient à la terminologie utilisée par les textes du 1er livre, tout cessionnaire sera recevable à agir en contrefaçon, à condition qu'il soit en mesure de prouver qu'il est bien le titulaire du droit d'auteur[272].En effet, l'article L. 331-1 du CPI réserve au titulaire du droit d'auteur le droit d'agir en contrefaçon[273]. De même, la substitution de l'auteur par le cessionnaire prévue par l'article L. 131-7 dans le cadre d'une cession partielle nous permet d'aboutir à la même conclusion. Toutefois, il n'y a aucune référence expresse du Code à propos du droit d'agir du concessionnaire, simple ou exclusif[274].

§3.- En Allemagne

40.- Le cadre juridique spécial allemand des contrats d'exploitation d'auteur est consacré par la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins (*loi sur le droit d'auteur*)[275] du 9 septembre 1965 (BGBl. I, p. 1273) (ci-après UrhG), telle qu'actuellement en vigueur, suite à la dernière[276] modification par la loi du 22 déc. 2011 (BGBl. I, p. 3044)[277]. Il apparaît pertinent de mentionner que la UrhG a connu plusieurs modifications, les plus importantes (et afférentes à la question des aspects contractuels du

---

[272] Voir CA Paris, 20 décembre 1989, *D.*, 1991, somm. Comm. 187, obs. Colombet et *a contrario* CA Paris, 21 février 1990, *Cahiers de droit d'auteur*, janvier 1991, p. 22.

[273] En ce sens, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2010, n° 1121, p. 704 : « Le propriétaire du bien intellectuel est le titulaire naturel de l'action en contrefaçon […] » ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 1248, p. 740 : « Les auteurs et leurs ayants-droit, les cessionnaires de droits d'exploitation et les sociétés de gestion collective sont recevables à agir en contrefaçon. »

[274] En ce sens, B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 73 : « There is no provision in the French Intellectual Property Code concerning the assignee's or the licensee's standing to sue for copyright infringement. » Toutefois, il a été jugé en jurisprudence que le concessionnaire d'une autorisation non exclusive ne pouvait pas agir en contrefaçon. En jurisprudence v. par exemple Cass. 1re civ., 22 janv. 2009, n° 07-21.498, F-D, SARL Cédric Brochier Soieries c/ Carrasset-Marillier, *JurisData* n° 2009-046658, *Communication Commerce électronique*, n° 4, Avril 2009, comm. 32, note Ch. Caron, « Le bénéficiaire d'une simple autorisation d'exploitation ne peut pas agir en contrefaçon ».

[275] Titre en allemand : « Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) ».

[276] Certes, un grand nombre des « lois portant modification de la loi relative au droit d'auteur » ont été adoptées entre temps. Pour un aperçu des modifications encourues jusqu'au septembre 2003, voir not. A. DIETZ, « Principaux aspects de la législation et de la jurisprudence récentes du droit des contrats d'auteur en Allemagne », *RIDA*, n° 198, octobre 2003, p. 147 et s. et not. p. 151.

[277] La version consolidée de la loi allemande sur le droit d'auteur est disponible sur : <www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/urhg/gesamt.pdf> (en allemand). En revanche, la traduction en anglais ou en français n'est disponible que pour ses versions précédentes. Voir la base de données de l'OMPI « WIPO Lex », <www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=1034>, pour les versions anglaise et française. Les traductions des articles en français utilisées par la suite y renvoient, sauf mention contraire.

droit d'auteur)[278] étant celles du 22 mars 2002 (« première corbeille »)[279] et celle du 26 octobre 2007 (« deuxième corbeille »)[280]. La « troisième corbeille », qui devrait porter, entre autres, sur les licences libres, est en état de discussion[281]. Mentionnons également la loi de 1901 relative à l'édition (*Verlagsgesetz* (VerlG) du 19 juin 1901, RGBl. p. 217)[282], mais sans toutefois nous y arrêter en raison de son caractère spécifique.

41.- L'inaliénabilité du droit d'auteur dans son ensemble et la conclusion des contrats d'exploitation. En vertu de la thèse moniste du droit d'auteur dominante en Allemagne[283], les

---

[278] Pour la modification de la législation allemande lors de la transposition de la directive du 22 mai 2001 (loi du 10 septembre 2003), voir Th. RAMSAUER, « La législation allemande relative au droit d'auteur à l'aube de l'ère de l'information », *Unesco- Bulletin du droit d'auteur*, octobre 2003, n° 37, pp. 1-10, disponible sur : < portal.unesco.org/culture/fr/files/17424/10837652401tr_f.pdf/tr_f.pdf>, *passim.* ; S. Von LEWINSKI, « La transposition en droit allemand de la directive sur la société de l'information », *RIDA*, n° 202, octobre 2004, p. 10 et s.

[279] Sur cette réforme, voir notamment, A. DIETZ, « Principaux aspects de la législation et de la jurisprudence récentes du droit des contrats d'auteur en Allemagne », *RIDA*, n° 198, octobre 2003, p. 147 et s. ; *idem*, « La reforme législative allemande du 22 mars 2002. Maigres perspectives européennes », *in* F. LABADIE, F. ROUET (sous dir, de), *Travail Artistique et économie de la création, Ministère de la culture et de communication*, collection Questions de culture, 2008, p. 159 et s. ; A. LUCAS-SCHLOETTER, « Le droit contractuel d'auteur allemand depuis la réforme du 22 mars 2002 ; W. NORDEMANN, « A revolution of Copyright in Germany », *Journal of the Copyright Society of the USA*, 2002, p. 1041-1046 ; A. DIETZ, « Amendment of German Copyright Law in order to strengthen the Contractual Position of Authors and Performers », *IIC*, n° 33, 2002, pp. 828-842. Pour une traduction de la loi en question en anglais voir A. DIETZ, « German Law in order to Strengthen the Contractual Position of Authors and Performers », *IIC*, 2002, p. 828 et s. et not. p. 842. Cette loi a eu pour objectif d'apporter des modifications à la *UrhG* en matière de contrats d'exploitation.

La réforme de 2002 a eu un écho important dans d'autres pays européens. Voir sur ce point, A. DIETZ, « Amendment of German Copyright Law in order to strengthen the Contractual Position of Authors and Performers », *IIC*, n° 33, 2002, pp. 828-842 et not. p. 841 : « There are already certain indications that the German reform of the contractual provision within the copyright Law has found an echo in foreign countries […] ».

Pour l'état du droit contractuel d'auteur allemand avant cette réforme voir les études de Prof. Dietz : A. DIETZ, *Le droit d'auteur dans la Communauté européenne. Analyse comparative des législations nationales relatives au droit d'auteur face aux dispositions du traité instituant la Communauté économique européenne*, Étude réalisée à la demande de la Commission des Communautés européennes, 1976 ; A. DIETZ, *Le droit d'auteur dans la Communauté européenne. Analyse comparative des législations nationales relatives au droit d'auteur face aux dispositions du traité instituant la Communauté économique européenne*, Étude réalisée à la demande de la Commission des Communautés européennes, 1978 ; A. DIETZ, *Le droit primaire des contrats d'auteur dans les états membres de la Communauté* européenne *: situation législative et suggestions de réforme*, étude élaborée à la demande de la Commission des Communautés Européennes, SG-CULTURE/4/81-FR, Septembre 1981 ; A. DIETZ, « Germany-Federal Republic » *in* M.-B. NIMMER, P.-E. GELLER, *Intrnational copyright law and practice*, Matthew Bender Ed., 1989.

[280] Sur cette réforme voir notamment, A. LUCAS-SCHLOETTER, « Lettre d'Allemagne. Qu'y a-t-il dans la "deuxième corbeille" ? Loi allemande du 26 octobre 2007 relative au droit d'auteur dans la société de l'information », *Propr. Intell.*, 1/7/2008, n° 28, pp. 368-375 ; S. Von LEWINSKI, « L'évolution récente du droit d'auteur allemand », *Auteurs & Média*, 3/2008, p. 194 et s.

[281] Sur ce point, voir, par exemple, S. Von LEWINSKI, « Recent Developments of German Authors' Rights Law », *Auteurs & Média*, 2/2011, p. 162 et s. ; L. PÉCHER, P. ASTIER, *Le droit d'auteur en usage en Europe*, Rapport pour le Motif, octobre 2010, disponible sur : <www.lemotif.fr/fichier/motif_fichier/184/fichier_fichier_le.droit.d.auteur.en.usage.europe2.pdf>, p. 15 ; Th. DREIER, L. SPECHT, « Lettre d'Allemagne », Chron., *Propr. Intell.*, n° 36, juillet 2010, p. 914 et s., p. 915.

[282] Voir par exemple Th. DREIER, « Lettre d'Allemagne-Première partie », *Chron., Propr. Intell.*, n° 1, octobre 2001, p. 102 et s. et not. p. 103 et note n° 8.

[283] Toutefois, pour certains auteurs, le monisme n'est pas un système préférable. Ces auteurs se prononcent en faveur du système dualiste du droit d'auteur. Voir sur ce point S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur :

prérogatives patrimoniales[284] et morales[285] sont considérées comme très étroitement liées de sorte que les unes ne peuvent être dissociées des autres : les deux types de prérogatives constituent un tout indissociable[286]. Ceci étant, le droit d'auteur allemand est alors un droit de nature unitaire[287], destiné à protéger à la fois les intérêts personnels et intellectuels de l'auteur concernant sa création que les intérêts économiques liés à l'exploitation de l'œuvre. Ce droit unitaire est inaliénable car attaché à la personnalité de l'auteur. À la différence d'autres droits continentaux qui suivent l'approche dite dualiste[288], l'inaliénabilité caractérise autant les prérogatives patrimoniales que les prérogatives morales[289]. Ceci dit, l'aliénation des prérogatives patrimoniales et morales du droit de la propriété littéraire et artistique par voie contractuelle est impossible. Le principe de

---

<www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 10 et les références qui y sont citées : « This protection should however be tailored to this specific goal, that is, the link between the author's personality and its manifestation in the work. To this end, Dietz, has suggested a distinction between the author's personality right in the narrow and in the wide sense. The former, as laid down in 11 UrhG, gives the author the right to respect of said link, and is inalienable ; the latter comprises the author's *Verwertungsrechte* (economic rights) which would be assignable as long as the conditions of the assignment ensure this respect. »

[284]Art. 15 s. UrhG.

[285]Art. 12 s. UrhG.

[286]Sur l'impossibilité de la dissociation entre les prérogatives morales et les prérogatives patrimoniales en droit d'auteur allemand, voir par exemple, A. LUCAS-SCHLOETTER, « Le droit contractuel d'auteur allemand depuis la réforme du 22 mars 2002 », *Propriétés Intellectuelles*, n° 17, 2005, pp. 403-413 : « Il s'agit là de la conséquence la plus importante de la conception moniste des droits de l'auteur qui prévaut outre-Rhin, selon laquelle les prérogatives morales et patrimoniales sont inextricablement liées et forment un tout indissociable, le droit d'auteur. » ; B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 77 et, en termes identiques, p. 78 : « In a monist country like Germany, the author's economic and moral rights are considered to be so thoroughly interwined that the economic aspect of the right cannot be dissociated from the right's personality aspect. » ; M.-A. ROUX, « Le droit à la propriété intellectuelle en Allemagne », *Gazette du Palais*, 21 septembre 2006, n° 264, p. 4 et s. : « [la théorie moniste] refuse de séparer droit moral et patrimonial, le droit d'auteur devant être considéré dans son ensemble comme un droit personnel. » ; M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, p. 62 et s. : « En effet le droit allemand ne conçoit pas, contrairement au droit français, de scission entre les prérogatives morales et patrimoniales du droit d'auteur. […] Le droit moral devient donc indissociable du droit patrimonial ; c'est le droit d'auteur dans son ensemble qui garantit le respect des intérêts économiques et intellectuels des auteurs. » ; S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 8 : « the author's idealistic and his economic interests are unseverably intertwined. »

[287]Selon M.-A. ROUX, « Le droit à la propriété intellectuelle en Allemagne », *Gazette du Palais*, 21 septembre 2006, n° 264, p. 4 et s., « les droits patrimoniaux procèdent du droit moral. »

[288]*Cf.* B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 148, pour qui, « [i]n most Member States, copyrights may be subject to an assignment. Germany and Austria are the two exceptions » ; A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008, p. 61 : « Unlike in some other countries […] » ; P. KORIATOPOULOU, *Limitations contractuelles sur l'exploitation du droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 1994, pp. 3-4.

[289]Comp. G. SCHRICKER, « Introduction », *in* F.-K. BEIER (sous dir. de), *German Industrial Property, Copyright and Antitrust Laws*, 3e éd., VCH, 1996, p. II/A/8 : « transfer of the copyright as a whole or in part between living persons is basically precluded on account of the elements of the right of personality (droit moral). »

l'inaliénabilité du droit d'auteur est ancré dans l'article 29§1 UrhG[290] (en combinaison avec l'article 28§1 UrhG[291]), selon lequel, le droit d'auteur n'est transmissible que par héritage (*mortis causa*)[292]. Par conséquent, la cession (au sens du transfert de propriété) n'est pas un mécanisme de transmission et d'exploitation contractuelle concevable en matière de droit d'auteur allemand. Malgré cela, la loi UrhG permet l'exploitation contractuelle du droit d'auteur à travers la concession des droits d'utilisation (d'usage ou d'exploitation) des œuvres protégées à des tiers[293] (1°) et y attache un régime particulier (2°)[294].

---

[290]Art. 29§1 : «Le droit d'auteur peut être transmis en exécution d'une disposition testamentaire ou aux cohéritiers par voie de liquidation d'héritage ; dans tous les autres cas, il est *intransmissible.* »

[291]« Le droit d'auteur est transmissible par héritage. »

[292] Sur ce point, voir, A. DIETZ, « Principaux aspects de la législation et de la jurisprudence récentes du droit des contrats d'auteur en Allemagne », *RIDA*, n° 198, octobre 2003, p. 147 et s. et not. pp. 153-154 ; B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 77 (et p. 148, en termes identiques) : « The UrhG allows authors to grant licences to use their works, but do not permit transfer of ownership, except by testamentary disposition. » et *ibid.* p. 78 : « In principle, neither the economic nor the moral rights of authors are transferable. » ; S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 8 : « The author's personality rights and his economic rights are inalienable, §29. » et *ibid*. p. 33 : « [T]he monist approach taken by German law renders the authors' personality rights and his economic rights unassignable […] » ; A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008, p. 61 : « Unlike in some other countries, *copyright* as such cannot be transferred from the creator to a third party except by inheritance. » ; G. SCHRICKER, « German and Comparative Intellectual Property Law. Efforts for a Better Law on Coypright Contracts in Germany-A Never-Ending Story », *IIC*, 2004, p. 850 s. et not. p. 852 : « [C]opyright cannot be transferred under German law except *mortis causa* » ; S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 7 : « Germany : The non-transferability of *copyright* ». Déjà, G. METAXAS-MARANGHIDIS (sous dir. de), *Intellectual Property Laws of Europe*, John Wiley & Sons, 1995, Germany, n° 8.1.10 : « Copyright as such is only transferable upon the death of the author. A transfer of copyright, including the author's moral rights, as a whole or in part, is excluded between living persons. » ; E. ULMER, *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, Étude réalisée à la demande de la Commission des Communautés européennes, Collections Études, Série Secteur culturel n. 3, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1980, n° 60, p. 50 : « le droit d'auteur n'est pas cessible en tant que tel ; un transfert global (de celui-ci) n'est dès lors possible qu'à titre successoral ».

Sur la justification des motifs d'un tel choix par le législateur du 1965, voir G. SCHRICKER, « German and Comparative Intellectual Property Law. Efforts for a Better Law on Coypright Contracts in Germany-A Never-Ending Story », *IIC*, 2004, p. 850 s. et not. p. 852 : « As we may read in the explanatory memorandum to the law of 1965, the exclusion of the assignment of copyright *inter vivos* was caused on one hand by the difficulties of drawing the borderline between the non-transferable moral right and the material content of copyright, and on the other hand by the idea that the right to use the work granted by the author should be bound to the mother copyright and fall back to the latter after ending. »

[293] Sur ce point, voir par exemple, A. LUCAS-SCHLOETTER, « Le droit contractuel d'auteur allemand depuis la réforme du 22 mars 2002 », *Propriétés Intellectuelles*, n° 17, 2005, p. 404 : « Il ne saurait être question, en droit d'auteur allemand, de cessions du droit d'auteur, dans la mesure où le droit d'auteur tout entier, et non pas seulement le droit moral, est considéré comme inaliénable. Les contrats conclus par l'auteur pour l'exploitation de son œuvre ne peuvent donc avoir pour objet que la concession d'un droit d'utilisation. » ; Ch. GEIGER e*t alii,* « Compte-rendu du colloque et clôture », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 571 s. : « En Allemagne conformément à la conception moniste de Ulmer, seule la concession de droits d'utilisation est reconnue. » ; B.

A.- Le contrat de concession des droits d'utilisation (Nutzungsrechte).

42.- Selon les articles 29§2[295] et 31§1 al. 1er de la UrhG[296], le droit d'auteur, quant à son aspect patrimonial, peut faire l'objet de concessions de droits d'utilisation à des tiers (*Nutzungsrechte*)[297].

MONTELS, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en France » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY, (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, *op. cit.*, p. 507 s. et not. p. 509 : « Toutefois, la solution de la loi allemande n'est pas non plus entièrement satisfaisante puisque, à l'inverse, elle n'admet que cette qualification de concession (UrhG, par. 28 et 31) pour des raisons également théoriques, liées à sa conception moniste du droit d'auteur. » ; M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 54 *sq.*, p. 62 et s. : « [L]a loi allemande ne connait donc pas la cession du droit d'auteur par contrat, elle n'admet que la concession de droits d'utilisation […] ».

[294] Pour une présentation plus détaillée voir parmi d'autres S. DUSOLLIER, C. KER, M. IGLESIAS, Y. SMITS, *Contractual arrangements applicable to creators: law and practice of selected Member States*, European Parliament – Directorate General for International Policies – Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs – Legal Affairs, 2014, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/RegData/.../IPOL-JURI_ET(2014)493041_EN.pdf>, p. 127 et s. ; P. MOHR, *L'harmonisation européenne du droit des contrats d'auteur – Etude de droit comparé à partir des droits allemand, anglais, espagnol et français*, thèse Strasbourg, 2014, p. 144 s. et les références y citées.

[295] Traduction de l'article 29§2 UrhG en anglais offerte par A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008 : « The granting of exploitation rights (§31), approval under the law of obligations, agreements with regard to exploitation rights and the legal transactions with respect to moral rights of an author regulated under §39 shall be admissible. »

[296] Traduction de l'article 31§1 al. 1e UrhG offerte par A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008 : « An author may grant another party the right to exploit a work in individual or in all forms of exploitation (exploitation right) ». Sur ce point, voir S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 10 : « [T]he author cannot according to the dominant monistic interpretation of German copyright law, transfer his economic rights but he may grant third parties the right to exploit works that are protected by his copyright, so-called *Nutzungsrechte*. »

[297] La traduction du terme *Nutzungsrechte* en français a pu prendre la forme de « droits d'usage » (traduction de l'article 31(1) de la loi allemande, base des données WIPO lex) ou de « droits d'utilisation » (M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, p. 62 et s. ; Ch. GEIGER *et alii*, « Compte-rendu du colloque et clôture », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 571 s. ; A. DIETZ, « Principaux aspects de la législation et de la jurisprudence récentes du droit des contrats d'auteur en Allemagne », *RIDA*, n° 198, octobre 2003, p. 147 et s. et not., p. 231). En anglais, le terme *Nutzungsrechte* a trouvé son équivalent dans l'expression « *exploitation rights* » (A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008, traduction de l'article §29(1) et §31 et s. ; base des données WIPO lex, traduction de l'article §29(2) et §31 (1) al. 1er), de « *rights of use and exploitation* » (A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008, p. 61) de « *rights to exploit [the work]* » (S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 8 et p. 33 ; A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008, traduction de l'article §31 (1) al. 1er), de « *right to use [the work]* » (base des données WIPO lex, traduction de l'article §31 (1) al. 1er), de « 'privileges' to use the work » (B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 77). Certes, les différences de terminologies employées n'ont pas d'influence sur le fond. Par ailleurs, la concession des *Nutzungsrechte* est souvent mise en parallèle avec une licence. Voir B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 77 et p. 148 : « licences to use [the

Par ce contrat, l'auteur-concédant confère à un tiers (le concessionnaire) « le droit d'utiliser l'œuvre selon certains modes d'utilisation ou selon tous les modes d'utilisation (droit d'usage) » (art. 31§1 UrhG). Compte tenu du caractère inaliénable des prérogatives patrimoniales du droit d'auteur, la concession des droits d'utilisation doit être considérée comme un acte constitutif et non comme un acte translatif[298]. Notons que les prérogatives morales peuvent faire l'objet d'aménagements contractuels[299] en dépit de leur caractère inaliénable.

B.- Le régime spécial des concessions des droits d'utilisation.

43.- La UrhG comprend des dispositions particulières concernant tant la forme et l'objet du contrat que les droits et les obligations des parties. Elles sont toutes sous-tendues par une approche « protectionniste » pour l'auteur qui est considéré comme la partie faible des contrats d'exploitation[300], approche chère aux droits d'auteur continentaux[301].

---

work] » ; références sous S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 8, note 32 et *ibid.* p. 33, pour qui « the rights to exploit the work, granted by the author, are akin to licenses in all but name. » ; G. SCHRICKER, « German and Comparative Intellectual Property Law. Efforts for a Better Law on Coypright Contracts in Germany-A Never-Ending Story », *IIC*, 2004, p. 850 s. et not. p. 852 parlant de « licence for the exploitation of a work ».

[298]En ce sens, S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 9 : « The granting of the Nutzungsrechte must be conceived of as constitutive act that creates these rights from scratch, rather than a derivative or translative grant by which the author assigns some of his rights to another person, as the latter would go against th inalienable nature of the author's rights. » ; déjà Ulmer, cité par J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 163, p. 149 : « la concession de droits par l'auteur consiste en la création de droits dérivés ». *Cf.* G. SCHRICKER, « German and Comparative Intellectual Property Law. Efforts for a Better Law on Coypright Contracts in Germany-A Never-Ending Story », *IIC*, 2004, p. 850 s. et not. p. 852, pour qui une « licence d'exloitation » est une sorte de "droit-fille" par rapport au "droit-mère", qui reste incessible (« The author may grant a licence for the exploitation of a work as a sort of « daughter » right, the « mother » copyright necessarily remaining in his hands. » Comp. G. SCHRICKER, « German and Comparative Intellectual Property Law. Efforts for a Better Law on Coypright Contracts in Germany-A Never-Ending Story », *IIC*, 2004, p. 850 s. et not. p. 852 : « The licence for the exploitation of the work may be a mere obligatory contract or constitute a limited property right in the work (*Nutzungsrecht*). Mere obligatory licences are not frequent in German practice ; they mainly concern ephemeral cases of use of the work that are of little importance. In general, a licensee prefers the form of the limited property right of exploitation. » et *ibid.* p. 853, parlant de « construction of limited property rights ».

[299] V. sur ce point l'article 39 UrhG : « Alterations of the work (1) The holder of an exploitation right shall not be permitted to alter the work, its title or designation of authorship (Article 10 (1)), unless otherwise agreed. (2) Alterations to the work and its title to which the author cannot refuse his consent based on the principles of good faith shall be permissible. » Traduction disponible sur : <www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.html>.

[300] Sur ce point, voir par exemple G. SCHRICKER, « German and Comparative Intellectual Property Law. Efforts for a Better Law on Coypright Contracts in Germany-A Never-Ending Story », *IIC*, 2004, p. 850 s. et not. p. 850 : « From the authors' viewpoint the main problem is the inequality of the parties : whilst the author, composer or artist is a one-man

- ***Les règles de forme.***

44.- De manière générale, la loi allemande n'exige pas de formalités particulières (ni *ad validitatem* ni *ad probationem*) ni de procédure d'enregistrement[302] pour conclure des concessions de droits d'utilisation[303]. A titre d'exception, un écrit est exigé *ad validitatem* dans deux hypothèses : lorsque la concession des droits d'utilisation porte sur des œuvres futures (art. 40§1 al. 1er UrhG[304]) et lorsque il s'agit de la concession des droits d'utilisation se référant à des modes d'exploitation inconnus au moment de la conclusion du contrat[305] (art. 31a§1 al. 1er UrhG)[306].

- ***La divisibilité du droit d'utilisation concédé : concession des droits d'utilisation totale ou partielle.***

45.- L'article 31§1 UrhG reconnait implicitement que la concession d'un droit d'utilisation peut être limitée ou illimitée. Plus précisément, selon l'article susvisé, une concession limitée est celle qui comprend seulement certains modes d'exploitation (art. 31§1 al. 1e UrhG)[307] et « peut être délimitée

---

business, his partner typically will be a well-organised commercial entity. Whether it is a small company, or whether it is a huge global player, the difference in market and bargaining power is obvious. »

[301] Voir aussi *supra* n° 20 et n° 33 sur les dispositions du droit contractuel d'auteur grec et français.

[302] Déjà G. METAXAS-MARANGHIDIS (sous dir. de), *Intellectual Property Laws of Europe*, John Wiley & Sons, 1995, Germany, n° 8.1.10 : « No special rules with regard to copyright contracts exist in German copyright law, and no registration of licences or related contracts is required or possible. »

[303] Sur ce point, voir par exemple, J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 166, p. 150 s. : « [L]es systèmes germaniques […] du droit d'auteur ne requièrent, en principe, aucune exigence formelle concernant les contrats d'exploitation de celui-ci. Et la doctrine allemande qui considère que la forme écrite risquerait « de compliquer inutilement les transferts de droits et même, dans certains cas, de porter préjudice à l'auteur » agrée un tel libéralisme. » ; B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 78 ; M.-A. ROUX, « Le droit à la propriété intellectuelle en Allemagne », *Gazette du Palais*, 21 septembre 2006, n° 264, p. 4 et s. : « En droit allemand, il n'existe pas d'exigence de formalisme sur l'écrit ou la précision de l'étendue de la cession des droits comme en droit français […] » ; L. GERSTNER, « L'influence du droit comparatif sur le droit des contrats en matière de propriété intellectuelle », *Communication Commerce électronique*, n° 10, Octobre 2006, alerte 198 : « Autant en droit allemand qu'en droit autrichien, il suffit de préciser oralement les modes d'exploitation pour lesquels les droits sont concédés. » Cependant, le principe de la concession limitée selon la finalité du contrat (v. *infra* n° 45) a pu être considéré comme une expression de formalisme. En ce sens, L. GERSTNER, « L'influence du droit comparatif sur le droit des contrats en matière de propriété intellectuelle », *Communication Commerce électronique*, n° 10, Octobre 2006, alerte 198 : « De ce fait, le principe de la cession finalisée consacre en quelque sorte un certain formalisme du droit d'auteur, quoique sanctionné moins sévèrement que celui prescrit par le législateur français. »

[304] « Le contrat par lequel l'auteur s'engage à concéder des droits d'usage sur des œuvres futures non déterminées ou déterminées seulement dans leur genre doit être conclu par écrit. »

[305] Rendue possible après l'adoption de la « deuxième corbeille » et l'abrogation de l'ancien art. 31§4. Sur ce point voir A. LUCAS-SCHLOETTER, « Lettre d'Allemagne. Qu'y a-t-il dans la "deuxième corbeille" ? Loi allemande du 26 octobre 2007 relative au droit d'auteur dans la société de l'information », *Propr. Intell.*, 1/7/2008, n° 28, pp. 368-375, not. p. 375.

[306] Toutefois, selon l'art. 31a§1 al. 2e, l'écrit n'est pas exigé lorsque la concession en question est conclue à titre gratuit : « Written for mis not required if the author grants an exploitation right to everyone free of charge. »

[307] *Cf.* B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 78, qui lie les modes d'exploitation mentionnés

quant à l'égard du *lieu*, de la *durée* et du *contenu* [de celle-ci] » (art. 31§1 al. 2me UrhG)[308]. A contrario, une concession de droit d'utilisation illimitée correspond à la concession d'un droit d'utilisation couvrant toutes les prérogatives patrimoniales et les modes d'utilisation ainsi que l'ensemble des territoires dans lesquels l'œuvre est protégée, pour toute la durée de la protection. La délimitation expresse et précise de la portée du domaine d'exploitation/utilisation n'est pas obligatoire[309].

L'article 31§5 UrhG établit une règle d'interprétation spéciale des contrats d'exploitation, dénommée « cession finalisée » *(Zweckübertragungsgrundsatz)*[310]. Selon cet article, « lorsque les modes d'exploitation ne sont pas expressément chacun désignés dans l'acte de concession d'un droit d'utilisation, l'étendue du droit concédé doit être déterminée en fonction du but assigné au contrat par les deux parties. Il en est de même pour la question de savoir […] jusqu'où s'étendent le droit d'utilisation et le droit d'interdiction et à quelles limitations le droit d'utilisation est soumis.[311] » Autrement dit, le but poursuivi par les parties déterminera, en cas de doute, la portée du contrat, donc l'étendue des droits concédés, les modes d'exploitation, les différentes délimitations

---

par l'article §31(1) al.1er avec les prérogatives du droit patrimonial « an author may grant another person a licence on one or all of his rights to use the work. »

[308] Traduction personnelle de l'auteur, à défaut de traduction disponible en français (la traduction française qui est disponible dans la base de données WIPO lex date de 1998 et ne comprend pas l'alinéa 2 de l'article 31§1 UrhG). Texte original : « Recht sowie *rämlich, zeitlich* oder *inhaltlich* beschränkt eingeräumt warden. » La traduction en anglais présente de légères incohérences concernant la traduction du mot « *inhaltlich* ». Ainsi, selon la version anglaise proposée par A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008, « the exploitation right [...] may be restricted as regards area, time and content. ». En ce sens aussi S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 8 [purpose] Par contre, selon la version offerte par la base des données WIPO lex « An exploitation right […] may be limited in respect to place, time or purpose. » Le mot « purpose » est aussi utilisé par B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 79. En tout état de cause, l'utilisation du mot « contenu » doit être prise au sens large et correspondre à celui de « étendue et destination » de l'utilisation envisagée. *Cf.* B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 79, se référant au « purpose of the intended use » et aux « independent means of exploitation [covered by each independent right to use the work] ».

[309] Sur ce point voir, B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 79 : « A licence […] may be limited in respect of place, time, or purpose (of the intended use). The mention in the contract of the scope of the transfer of rights with respect to the place, time, and purpose of the intended use *is not an obligation*. »

[310] M.-A. ROUX, « Le droit à la propriété intellectuelle en Allemagne », *Gazette du Palais*, 21 septembre 2006, n° 264, p. 4 et s., citant A. Dietz ; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, p. 143, note n° 550. Cette théorie est connue aussi sous le nom de « cession limitée à la finalité du contrat » : voir L. GERSTNER, « L'influence du droit comparatif sur le droit des contrats en matière de propriété intellectuelle », *Communication Commerce électronique*, n° 10, Octobre 2006, alerte 198.

[311] Traduction offerte par M. MARKELLOU, *Le contrat d'exploitation d'auteur : Vers un droit d'auteur conctractuel européen*, Larcier, 2012, pp. 360-361.

du domaine d'exploitation, son caractère exclusif ou simple et le principe même d'une transmission des droits (art. 31§5 al. 1er et 2e UrhG)[312]. Cette règle d'interprétation s'éloigne en principe de la règle *in dubio pro auctore*[313]. Toutefois, l'interprétation des contrats par les tribunaux allemands est stricte[314]. La UrhG prévoit également d'autres règles particulières d'interprétation, afin de déterminer en cas de doute la portée du droit d'utilisation concédé. Plus précisément, selon l'article 37§1 UrhG « si l'auteur concède à un tiers un droit d'usage sur l'œuvre, il est réputé, en cas de doute, avoir conservé le droit de consentir à la publication ou à l'exploitation d'un arrangement de l'œuvre. ». Ensuite, le paragraphe suivant du même article prévoit que « si l'auteur concède à un tiers un droit d'usage aux fins de la reproduction de l'œuvre, il est réputé, en cas de doute, avoir conservé le droit de fixer l'œuvre sur des supports visuels ou sonores. » Également, selon l'art. 37§3 UrhG, « si l'auteur concède à un tiers un droit d'usage aux fins de la communication publique de l'œuvre, le cessionnaire n'est pas réputé, en cas de doute, avoir le droit de faire voir ou entendre au public, au moyen d'un écran, d'un haut-parleur ou d'un dispositif technique analogue, la communication en dehors de la manifestation à laquelle elle est destinée. » Par ailleurs, selon l'art. 44§1, « lorsque l'auteur aliène l'original de l'œuvre, il n'est pas, en cas de doute, réputé avoir cédé par là un droit d'usage à l'acquéreur. » Enfin, selon l'art. 39 UrhG, « sauf convention contraire, le titulaire d'un droit d'usage n'est pas autorisé à modifier l'œuvre, son titre ou la désignation de son auteur (§1). Sont licites les modifications de l'œuvre et de son titre auxquelles l'auteur ne peut pas, de bonne foi, refuser son consentement (§2). »

- ***Concession des droits d'utilisation exclusifs ou non exclusifs (concession exclusive et non exclusive (simple)).***

46.- Selon l'art. 31§1 al. 2e UrhG, la concession du droit d'utilisation par l'auteur par voie contractuelle peut être exclusive ou non exclusive (simple)[315]. La définition de la concession

---

[312] Sur ce point voir par exemple, L. GERSTNER, « L'influence du droit comparatif sur le droit des contrats en matière de propriété intellectuelle », *Communication Commerce électronique*, n° 10, Octobre 2006, alerte 198. Déjà, E. ULMER, « Some thoughts on the Law of Copyright Contracts », *IIC*, 1976, p. 202 s., p. 208.

[313] B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 82.

[314] En ce sens, A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008, p. 65. Voir aussi G. SCHRICKER, « German and Comparative Intellectual Property Law. Efforts for a Better Law on Coypright Contracts in Germany-A Never-Ending Story », *IIC*, 2004, p. 850 s. et not. p. 853 : « The rule in Sec. 31(5) […] has been applied in a considerable number of cases in almost all branches of the copyright industry and ahs helped authors to avoid a loss of rights that exceeds the purpose of the contract. » Pour une illustration voir BGH, 22 avril 2004, *GRUR*, 2004, pp. 938 *Comic-Übersetzungen III.*, citée par S. Von LEWINSKI, « Chronique d'Allemagne. L'évolution du droit d'auteur en Allemagne de mi-1997 au printemps 2005, deuxième partie », *RIDA*, n° 206, octobre 2005, p. 235 et s., not. p. 269 s. et Th. DREIER, « Lettre d'Allemagne. Développements récents en matière de droit d'auteur », *Propr. Intell.*, n° 23, avril 2007, p. 244 et s., p. 248 s.

[315] «Le droit d'usage ainsi concédé peut être simple ou exclusif » ; « The exploitation right may be granted as a non-exclusive or as an exclusive right » (A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*,

exclusive ou non exclusive est fournie par les paragraphes suivants du même article. Plus précisément, selon l'article 31§2 UrhG « le droit d'usage simple confère à son titulaire le droit d'utiliser l'œuvre concurremment avec l'auteur ou avec d'autres ayants droits [exploitants], selon le mode qui lui a été permis. »[316] En revanche, selon l'article 31§3 al. 1er UrhG, le droit d'usage exclusif confère à son titulaire le droit d'utiliser l'œuvre selon le mode autorisé et d'accorder des droits d'usage à l'exclusion de toute autre personne[317]. Alors que la loi ne le mentionne pas expressément, il est cependant admis que l'auteur est en principe exclu de l'exploitation de l'œuvre[318]. Par ailleurs, l'art. 31§3 al. 2e de la UrhG va dans ce sens puisqu'il prévoit dans le cadre d'une concession exclusive la possibilité pour les parties de convenir que l'auteur se réserve un droit d'exploitation de l'œuvre[319]. Ajoutons qu'en cas de doute, le caractère exclusif on non exclusif

---

Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008) Texte original : « Das Nutzungsrecht kann als einfaches oder ausschließliches Recht sowie räumlich, zeitlich oder inhaltlich beschränkt eingeräumt werden. » Sur ce point voir, A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008, p. 61 : « it is only possible to grant rights of use and exploitation (which can be exclusive or non-exclusive.) to third parties by contract. » et p. 64 : « Under German *copyright* law, a license to use a particular work may be for any form of use, exclusively or non exclusively […] » ; B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 77 : « The exploitation of the author's economic interest occurs therefore only through the grant of privileges to use the work, which can be exclusive or non-exclusive. […] » et *ibid.* p. 78 : « A licence may be exclusive or non exclusive […] ».

[316] Voir aussi la traduction anglaise « The non-exclusive exploitation right entitles the right holder to use the work in the permitted way without a use by other being ruled out. (Version offerte par A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008) ; « A non-exclusive exploitation right shall entitle the right holder to use the work in the manner permitted to him, without excluding other persons. » (base des données WIPO lex). Texte original : « Das einfache Nutzungsrecht berechtigt den Inhaber, das Werk auf die erlaubte Art zu nutzen, ohne dass eine Nutzung durch andere ausgeschlossen ist. » Sur ce point voir, B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 77 : « Where the licence is non-exclusive, the exploiter uses the work concurrently with the author or any other entitled person. »

[317] Traduction personnelle de l'auteur. *Cf.* la traduction disponible sur la base de données WIPO lex (version de 1998) : « Le droit d'usage exclusif confère à son titulaire le droit d'utiliser l'œuvre à l'exclusion *de toute autre personne* le mode qui lui a été permis et d'accorder des droits d'usage simples. » Voir aussi la traduction anglaise de l'article §31(3) al. 1er UrhG : « The exclusive exploitation right entitles the right holder to use the work in the way in which he is permitted to use it and to grant exploitation rights, while no other party may do so. » (version offerte par A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008) ; « An exclusive exploitation right shall entitle the right holder to use the work in the manner permitted to him, to the exclusion of all other persons, and to grant non-exclusive exploitation rights. » (version disponible dans la base des données WIPO Lex). Texte original : « Das ausschließliche Nutzungsrecht berechtigt den Inhaber, das Werk unter Ausschluss aller anderen Personen auf die ihm erlaubte Art zu nutzen und Nutzungsrechte einzuräumen. »

[318] En ce sens, B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 77 : « In Germany like in Austria, an author may grant an exclusive exploitation right which entitles the exploiter to use the work to the exclusion of all other persons, *including the author.* » Déjà, M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 56, p. 64, parlant d'un « droit général d'interdire l'utilisation de cette même œuvre par d'autres, y compris l'auteur de l'œuvre. » *Cf.* l'ancien art. 31§3 UrhG : « Le droit d'usage exclusif confère à son titulaire le droit d'utiliser l'œuvre, à l'exclusion de toute autre personne *et même de l'auteur* […] ».

[319] Article 31§3 2me al. UrhG : « Il peut être convenu que l'auteur réserve son droit d'exploiter l'œuvre » (Traduction personnelle de l'auteur). Voir la traduction anglaise de l'article §31(3) al. 2me UrhG : « It may be agreed that the author

de la concession sera déterminé par application de la règle d'interprétation spéciale de l'article 31§5 al. 1er et 2e UrhG.

- ***Concession des droits d'utilisation avec paiement de prix et concession gratuite.***

47.- La question de la rémunération de l'auteur fait l'objet d'une réglementation particulière et assez détaillée en droit d'auteur allemand. Plus précisément, selon l'article 32§1 al. 1er UrhG, « l'auteur a droit, pour la concession de droits d'utilisation et l'autorisation d'utiliser l'œuvre, à la rémunération convenue contractuellement.»[320] Cette disposition vise simplement à rappeler aux cocontractants que les contrats d'exploitation doivent être assortis d'une clause de rémunération[321]. Ensuite, selon l'art. 32§1 al. 2e UrhG, « si le montant de la rémunération n'est pas déterminé, une rémunération équitable est réputée convenue. »[322] De même, l'art. 32§1 al. 3e prévoit que « si la rémunération convenue n'est pas équitable, l'auteur peut exiger de son cocontractant une modification du contrat par laquelle une rémunération équitable sera accordée à l'auteur. [323]» Par ailleurs, l'article 32a de la UrhG prévoit une possibilité de correction et de réparation de la rémunération convenue, dans l'hypothèse particulière où la rémunération initialement prévue n'est plus équitable. Ceci concerne surtout l'hypothèse où l'exploitation d'une œuvre s'avère plus profitable que ce que les parties pourraient raisonnablement en attendre lors de la conclusion du contrat[324]. Notons que ces dernières dispositions ne s'appliquent pas si la rémunération est

---

reserves a right to exploit the work » (traduction proposée par A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008) ; « It may be agreed that utilization by the author is reserved. » (traduction disponible dans la base des données WIPO lex). Texte original : « Es kann bestimmt werden, dass die Nutzung durch den Urheber vorbehalten bleibt. »

[320] Traduction proposée par A. DIETZ, « Principaux aspects de la législation et de la jurisprudence récentes du droit des contrats d'auteur en Allemagne », *RIDA*, n° 198, octobre 2003, p. 147 et s. et not. p. 231. Pour la traduction en anglais, voir A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008, p. 282 : « For granting exploitation rights and the permission to exploit a work, an author is entitled to remuneration in the amount agreed upon by contract. If no amount is specified as remuneration, it shall be assumed that appropriate remuneration is agreed upon. » ; la base de données WIPO lex « The author shall have a right to the contractually agreed remuneration for the granting of exploitation rights and permission for exploitation of the work. If the amount of the remuneration has not been determined, equitable remuneration shall be deemed to have been agreed. »

[321] A. DIETZ, « Principaux aspects de la législation et de la jurisprudence récentes du droit des contrats d'auteur en Allemagne », *RIDA*, n° 198, octobre 2003, p. 147 et s. et not. n° 15, p. 169.

[322] Sur ce point voir B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 80 : « [T]he author has a right, for the grant of an exclusive exploitation right and the non-exclusive permission to use, to the contractually agreed remuneration. If the amount of the remuneration is not specified, the parties are presumed to have agreed to a fair remuneration. » Pour Prof. DIETZ, (« Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en Allemagne. Critique et prospective. Quatorze thèses », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 477 et s. et not. p. 482), « l'auteur [a] un droit inaliénable à une rémunération équitable. »

[323] Traduction de l'auteur en français de la traduction de l'article en anglais suggérée par A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008.

[324] C'est l'ancien paragraphe « best seller » et actuelle « compensation de fair-play » [*Fairnessausgleich*] : l'article 32a a abrogé l'ancien article 36. Sur ce point voir. A. DIETZ, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en

déterminée de manière collective (art. 31§4 et art. 32c§3 UrhG)[325]. Le dispositif de la rémunération équitable est complété par les dispositions des articles 32§2 et 36§1 de la UrhG qui établissent le caractère prioritaire[326] de la détermination collective de la rémunération équitable de l'auteur. Plus précisément, selon l'art. 32§2 al. 1er, « la rémunération déterminée en accord avec les standards communs de rémunération (§36) doit être équitable ». De même, selon l'art. 36§1, 1er et 2e al. « pour déterminer le caractère équitable des rémunérations conformément à l'article 32, des associations d'auteur établissent des standards communs de rémunération[327] avec des associations d'utilisateurs ou des utilisateurs individuels. »[328] « Les circonstances du domaine d'exploitation considéré, notamment la structure et le nombre des parties exploitant les œuvres, doivent être prises en considération par les standards communs de rémunération. »[329] En l'absence de tels standards communs de rémunération[330], le caractère équitable d'une rémunération sera déterminé par ce qui est usuel et loyal dans les relations commerciales et au moment de la conclusion du contrat (*ex ante*), compte tenu du « mode et l'étendue des droits accordés, notamment leur durée et leur époque, compte tenu également toutes les circonstances »[331] (art. 32§2 al. 2e UrhG)[332]. Notons qu'une rémunération équitable prendra souvent la forme d'une rémunération proportionnelle[333].

Allemagne. Critique et prospective. Quatorze thèses », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 477 et s. et not. p. 484. Sur l'application de l'ancien paragraphe « Best seller » voir par exemple G. SCHRICKER, « German and Comparative Intellectual Property Law. Efforts for a Better Law on Coypright Contracts in Germany-A Never-Ending Story », *IIC*, 2004, p. 850 s. et not. p. 854.

[325] « The author shall have no claim under subsection 1 sentence 3 if the remuneration that has to be paid for the exploitation of his works is specified in a collective bargaining agreement. »

[326] V. l'article 36§1 dern. al.

[327] *Cf.* A. DIETZ, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en Allemagne. Critique et prospective. Quatorze thèses », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 477 et s. et not. p. 482, parlant des standards ou barèmes de rémunération et *ibid*. p. 482, note n° 20 : « la loi parle de « règles communes de rémunération ».

[328] Traduction proposée par M. MARKELLOU, *Le contrat d'exploitation d'auteur : Vers un droit d'auteur conctractuel européen*, Larcier, 2012, p. 362.

[329] Sur ces articles voir A. LUCAS-SCHLOETTER, « Le droit contractuel d'auteur allemand depuis la réforme 22 mars 2002 », *Propriétés Intellectuelles*, n° 17, 2005, p. 403 s. et not. p. 412 s.

[330] Selon A. DIETZ, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en Allemagne. Critique et prospective. Quatorze thèses », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 477 et s. et not. p. 482 « L'application du critère « usuel et loyal dans les relations commerciales », prévu à l'origine pour n'être que subsidiaire, sera donc encore utilisé dans beaucoup de domaines et pour longtemps, de sorte que ce qui devrait rester une exception tend à devenir la règle. » Voir aussi S. Von LEWINSKI, « Chronique d'Allemagne. L'évolution du droit d'auteur en Allemagne de mi-1997 au printemps 2005, Première partie », *RIDA*, n° 205, juillet 2005, p. 211 et s. et not. p. 227 s., se référant aux difficultés liées à la détermination des standards communs de rémunération dans différents domaines de l'industrie du droit d'auteur pendant les premières années de la mise en vigueur du dispositif en question. *Adde* Th. DREIER, L. SPECHT, « Lettre d'Allemagne », Chron., *Propriétés Intellectuelles*, n° 36, juillet 2010, p. 914 et s., p. 915.

[331] Traduction proposée par A. DIETZ, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en Allemagne. Critique et prospective. Quatorze thèses », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 477 et s., not. p. 458.

Ajoutons qu'une rémunération supplémentaire est prévue pour toute concession de droit d'utilisation portant sur des modes d'exploitation inconnus au moment de la conclusion du contrat[334]. Certes, le droit à la rémunération reste toujours un droit d'origine contractuelle (rétribution contractuelle) et non un droit direct légal pour rémunération, à chaque fois qu'il y avait utilisation de l'œuvre[335].

L'énoncé du principe de rétribution et de la détermination d'un prix équitable[336] par l'art. 32§1 présuppose que les concessions des droits d'utilisation sont *en principe* des contrats onéreux. De même, les règles des articles 32§§1 et 2 sont des règles d'ordre public, comme le précise l'art. 32§3 1er et 2e al. de la UrhG[337]. Toutefois, malgré cela, les concessions des droits d'utilisation gratuites ne

---

[332] Sur ce point A. DIETZ, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en Allemagne. Critique et prospective. Quatorze thèses », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 477 et s. et not. p. 482 et note n° 21 ; G. SCHRICKER, « German and Comparative Intellectual Property Law. Efforts for a Better Law on Coypright Contracts in Germany-A Never-Ending Story », *IIC*, 2004, p. 850 s. et not. p. 856 : « If there is no collective regulation, the judge has to determine the remuneration according to honest practices in the relevant branch of industry ("*üblicher-und redicherweise*")

[333] Voir A. DIETZ, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en Allemagne. Critique et prospective. Quatorze thèses », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 477 et s. et not. p. 483-484 et les arrêts y cités (rémunération contractuelle des traducteurs).

[334] Voir art. 32c § 1 UrhG : « The author shall be entitled to separate, appropriate remuneration if the contractual partner assumes a new form of exploitation of the work pursuant to §31a that was unknown at the time of conclusion of the contract. §32(2) and (4) shall apply *mutatis mutandis*. The contractual partner shall inform the author of the assumption of the new form of exploitation of the work without delay. » Critique sur cette disposition S. Von LEWINSKI, « Chronique d'Allemagne. L'évolution du droit d'auteur en Allemagne de mi-2005 à fin 2010, Première partie », *RIDA*, n° 228, avril 2011, p. 164 et s. et not. p. 183 s., p. 189.

[335] Sur ce point voir, A. DIETZ, « Principaux aspects de la législation et de la jurisprudence récentes du droit des contrats d'auteur en Allemagne », *RIDA*, n° 198, octobre 2003, p. 147 et s. et not. n° 16, p. 169.

[336] Sur l'importance de ce principe au sein de la réforme de 2002, voir à titre indicatif, A. DIETZ, « Principaux aspects de la législation et de la jurisprudence récentes du droit des contrats d'auteur en Allemagne », *RIDA*, n° 198, octobre 2003, p. 147 et s. et not. n° 15, p. 167 : « Le principe de rémunération équitable est donc la pierre angulaire de l'édifice de la loi de réforme. [..] Ainsi que le révèle cette règle clairement énoncée, aujourd'hui, le principe de rétribution et le droit des contrats d'auteur constituent ensemble une part essentielle, voire un fondement, du droit de la propriété littéraire et artistique en tant que système global. » ; A. DIETZ, « Amendment of German Copyright Law in order to strengthen the Contractual Position of Authors and Performers », *IIC*, n° 33, 2002, pp. 828-842 et not. p. 833 et s. ; A. LUCAS-SCHLOETTER, « Le droit contractuel d'auteur allemand depuis la réforme 22 mars 2002 », *Propriétés Intellectuelles*, n° 17, 2005, p. 403 s. et not. p. 403 : « La loi du 22 mars 2002, dont l'apport principal a été de consacrer un droit universel à une rémunération équitable […] ». Comp. l'article 11 al. 2e UrhG : « Le droit d'auteur sert en même temps de garantie d'une rémunération équitable pour l'utilisation de l'œuvre. » Traduction proposée par M. MARKELLOU, *Le contrat d'exploitation d'auteur : Vers un droit d'auteur conctractuel européen*, Larcier, 2012, p. 361. Sur ce point A. DIETZ, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en Allemagne. Critique et prospective. Quatorze thèses », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 477 et s. et not. p. 482 : « C'est exactement pour cette raison que « la garantie d'une rémunération équitable pour l'exploitation de l'œuvre » (art. 11 phrase 2) est un élément additionnel de la « disposition programme » de l'article 11 de la loi du droit d'auteur de 1965 ; cette disposition étend donc sa fonction de *principe directeur* (*Leitbildfunktion*) du droit d'auteur dans son ensemble à cet aspect du droit d'auteur. » Sur l'histoire de ce principe en droit d'auteur allemand, voir G. SCHRICKER, « German and Comparative Intellectual Property Law. Efforts for a Better Law on Coypright Contracts in Germany-A Never-Ending Story », *IIC*, 2004, p.850 s. et not. pp. 851-852.

[337] « The other contracting party may not rely on any agreement deviating from subsections 1 and 2 to the detriment of the author. The provisions referred to in sentence 1 shall also apply if they are by-passed by other arrangements. »,

sont pas interdites. Au contraire, la loi prévoit expressément la possibilité d'une concession gratuite (dépourvue de prix) dans l'article 32§3 al. 3e : « [l]'auteur peut cependant concéder à quiconque un droit d'utilisation simple gratuitement. »[338].

- ***Concession des droits d'utilisation portant sur des modes d'exploitation inconnus au moment de la conclusion du contrat.***

48.- La concession des droits d'utilisation couvrant des modes d'exploitation inconnus au moment de la conclusion du contrat est désormais possible en droit d'auteur allemand, suite à l'abrogation de l'ancien art. 31§4 et son remplacement par l'art. 31a de la loi de 2002 (deuxième corbeille)[339]. Toutefois, cette concession doit être constatée par écrit (art. 31a§1 al. 1er UrhG), sauf si elle est conclue à titre gratuit (art. 31a§1 al. 1er)[340]. De même, les art. 31a§1 al. 3e et 4e prévoient pour l'auteur un droit de retrait de la concession des droits d'utilisation sur des modes d'exploitation inconnus qui ne peut pas être renoncé à l'avance (art. 31a§4 UrhG). Une rémunération supplémentaire est prévue pour toute concession de droit d'utilisation portant sur des modes d'exploitation inconnus au moment de la conclusion du contrat (art. 32c UrhG)[341].

Traduction en anglais offerte par A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008. *Cf.* aussi l'art. 32b UrhG sur le caractère obligatoire des dispositions des art. 32 et 32a d'un point de vue des conflits des lois.

[338] Traduction proposée par A. DIETZ, « Principaux aspects de la législation et de la jurisprudence récentes du droit des contrats d'auteur en Allemagne », *RIDA*, n° 198, octobre 2003, p. 147 et s. et not. p. 231. L'existence de cette disposition a par ailleurs permis l'intégration du phénomène des licences libres au sein du système du droit contractuel d'auteur allemand. V. sur ce point B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 81 note 309 : « This provision is aimed to allow the open source licensing phenomenon. » Sous l'ancien droit, à propos de l'intégration des licences libres de logiciel, voir A. METZGER, T. JAEGER, « Open Source Software and German Copyright Law », *IIC*, p. 53 et s. et not. pp. 60-61 : « Thus the GPL grants simple rights of use to everyone pursuant to Sec. 31(1) and (2) of the *Copyright* Act. » ; *ibid.* p. 73 : « « Free » software within the meaning of the Free Software Foundation represents, *using the terminology of German copyright law*, the grant of a non exclusive right of use to everyone. »
Cf. aussi l'alinéa identique au sein de l'article §32a (3) al. 3e (à propos de la participation supplémentaire de l'auteur), et l'article §32c (3), al. 3e (à propos de la rémunération pour les formes d'exploitation nouvelles). *Adde* art. §31a (1) al. 2me, à propos des concessions gratuites portant sur des modes d'exploitation inconnus au moment de la conclusion du contrat : « Un écrit n'est pas exigé dès lors que l'auteur concède à titre gratuit un droit d'utilisation simple à un tiers » (traduction personnelle de l'auteur).

[339] Sur ce point voir A. LUCAS-SCHLOETTER, « Lettre d'Allemagne. Qu'y a-t-il dans la "deuxième corbeille" ? Loi allemande du 26 octobre 2007 relative au droit d'auteur dans la société de l'information », *Propr. Intell.*, 1/7/2008, n° 28, pp. 368-375, not. p. 375.

[340] « Written for mis not required if the author grants an exploitation right to everyone free of charge. » Sur ce point voir A. LUCAS-SCHLOETTER, « Lettre d'Allemagne. Qu'y a-t-il dans la « deuxième corbeille » ? Loi allemande du 26 octobre 2007 relative au droit d'auteur dans la société de l'information », *Propr. Intell.*, 1/7/2008, n° 28, pp. 368-375, not. p. 375.

[341] V. *supra* n° 47.

- ***Transmissibilité des droits d'utilisation.***

49.- A la différence du droit d'auteur et de ses prérogatives dans leur ensemble, les droits d'utilisation (exclusifs ou simples) sont aliénables (art. 34§1 UrhG)[342]. Tout[343] transfert des droits d'utilisation exige le consentement préalable de l'auteur (art. 34§1 al. 1er UrhG)[344], sauf si le transfert s'effectue dans le cadre de la vente de l'entreprise de l'exploitant (art. §34§3 UrhG). Par ailleurs, l'auteur ne pourrait pas refuser de donner son consentement *mala fide* (art. 34§1 al. 2e UrhG)[345]. Certes, la règle en question est supplétive : les parties peuvent aboutir à un accord différent concernant la transferabilité des droits d'utilisation (art 34§5 al. 2e UrhG)[346]. Un tel accord pourrait prévoir, par exemple, l'abrogation de la nécessité du consentement de l'auteur pour les transferts futurs des droits d'utilisation[347] ou la soumission de la validité du transfert d'un droit d'utilisation à des conditions particulières[348].

---

[342] Sur ce point voir S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 10 : « The Nutzungsrechte are transferable […] » et *ibid.* p. 33 : « In the hands of the licensees, these rights are ordinary property rights and as such assignable » ; B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 83 : « In principle, nothing precludes a transferee form further transferring the acquired rights to a third party. »

[343] En ce sens, S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 33 : « [A]ny transfer requires the author's consent. »

[344] Sur ce point, voir not. A. DIETZ, « Principaux aspects de la législation et de la jurisprudence récentes du droit des contrats d'auteur en Allemagne », *RIDA*, n° 198, octobre 2003, p. 147 et s. et not. n° 34, p. 193, parlant de « la règle générale (article 34, alinéa 1) selon laquelle tout (nouveau) transfert d'un droit d'exploitation à un tiers nécessite le consentement de l'auteur. »

[345] En ce sens, B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 84 : « [T]he author may not unreasonably withhold his consent. »

[346] Sur ce point, voir B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 84 : « In all other respects, the holder of the right to use and the author may agree otherwise. »

[347] S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 10 : « The Nutzungsrechte are transferable, but any assignment requires the author's consent (which may also be given to future assignments on the rights' first grant). » ; *ibid.* p. 33 : « This requirement can, however be abrogated by the parties. »

[348] S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 33 : « Alternatively, certain conditions for an assignment to be permissible may be stipulated in the licensing agreement. »

Le transfert des droits d'utilisation est susceptible de créer des chaînes contractuelles parfois longues. La UrhG prévoit certaines règles afin de protéger les intérêts de l'auteur, qui se réfèrent à la relation entre l'auteur et les titulaires ultérieurs d'un droit d'utilisation. Il s'agit, tout d'abord de l'article 32a§2 UrhG, selon lequel le cessionnaire d'un droit d'utilisation devient le débiteur direct de l'auteur pour le paiement d'une participation ultérieure de ce dernier aux profits tirés de l'exploitation de son œuvre (al. 1er), alors que l'exploitant primaire se libère (al. 2e). La même solution est également prévue pour la rémunération de l'auteur pour des modes d'exploitation nouveaux par l'article 32c§2 de la UrhG. Il faut noter que l'auteur ne peut pas renoncer à ces droits à rémunération supplémentaire *ex ante* (art. 32a§3 al 1er UrhG et art. 32c§3 al 1er UrhG). Enfin, selon l'article 34§4 de la UrhG et sauf accord contraire[349], « le cessionnaire des droits d'exploitation portant sur l'œuvre est tenu *in solidum*, comme le tiers cessionnaire, au paiement de la rémunération légale de l'auteur.[350] »

- ***L'obligation d'exploiter : droit de révocation du droit exclusif concédé pour non-exploitation.***

50.- L'article 41§1[351] UrhG confère à l'auteur la faculté de révoquer le droit exclusif d'utilisation concédé à un exploitant, lorsque ce dernier n'exerce pas le droit ou l'exerce de manière insuffisante. L'exercice de cette faculté, toutefois, est soumis à certaines conditions : l'absence d'exploitation doit provoquer un dommage sérieux aux intérêts légitimes de l'auteur et la non-exploitation de l'œuvre ne doit pas être due à des circonstances qu'il appartient à l'auteur de supprimer[352]. De même selon l'art. 41§2 de la UrhG « le droit de révocation ne peut être exercé avant l'expiration de deux ans à compter de la concession du droit d'utilisation ou, si l'œuvre est délivrée à une date ultérieure, à partir de la date de la livraison. »[353] C'est à partir de ces dispositions qu'il a pu être

---

[349] Voir l'art. 34§5 al. 2e UrhG.

[350] Traduction proposée par M. MARKELLOU, *Le contrat d'exploitation d'auteur : Vers un droit d'auteur conctractuel européen*, Larcier, 2012, p. 362.

[351] Art. 41§1 al. 1er : « Si le concessionnaire d'un droit d'utilisation exclusif ne procède pas ou s'il ne procède pas de façon satisfaisante à son exercice, et, si, de ce fait, les dommages sont causés aux intérêts légitimes de l'auteur [sic], celui-ci peut révoquer le droit d'exploitation. »

[352] Sur ce point voir M. MARKELLOU, *Les contrats d'exploitation de droit d'auteur en droit comparé (Allemagne, France, Grèce)*, thèse Montpellier III, 2009, n° 457 *sq.*, p. 278 s. et les références citées. Comp. B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 85 : « Under German Law, an author has the right to revoke the exploitation right if the holder does not exercise the right ore exercises it insufficiently, on the condition that the non-use causes serious injury to the author's legitimate interests and is not due to circumstances that the author can remedy. »

[353] Traduction proposée par M. MARKELLOU, *Le contrat d'exploitation d'auteur : vers un droit d'auteur conctractuel européen*, Larcier, 2012, p. 363.

soutenu que la concession d'un droit d'exploitation exclusif est assortie d'une obligation générale d'exploitation à la charge du concessionnaire[354].

- **Concession de sous-« licences ».**

51.- Selon l'article 35§1 al. 1er UrhG (ainsi que l'article 31§3 dern. alinéa UrhG), le titulaire d'un droit d'exploitation *exclusif* ne peut octroyer lui-même des droits non-exclusifs[355] d'utilisation à des tiers (sous-« licences ») qu'avec le consentement de l'auteur. Ce consentement n'est pas exigé lorsque « le droit d'utilisation exclusif n'a été concédé qu'aux fins de gestion des intérêts de l'auteur » (art. 35§1 al. 2e UrhG)[356]. Par ailleurs, l'auteur ne pourrait pas refuser de donner son consentement *mala fide* (art. 35§2 et art. 34§1 al. 2e UrhG)[357]. Ajoutons que la règle en question est supplétive, étant donné que les parties peuvent aboutir à un accord différent concernant l'octroi des «sous-licences » (art. 35§2 et art. 34§ 5 UrhG).

---

[354] Voir sur ce point par exemple, M. MARKELLOU, *Les contrats d'exploitation de droit d'auteur en droit comparé (Allemagne, France, Grèce)*, thèse Montpellier III, 2009, n° 456 *sq.* p. 277 s. La disposition en question a pu être qualifiée de disposition relative à la résiliation du contrat. En ce sens, A. STROWEL, B. VANBRABANT, « Copyright licensing : a European view », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 29 s. et not. p. 40.

[355] Sur ce point, S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 10 : « […] further (that is, non-exclusive) licences. » ; B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 83 : « grant non-exclusive rights to use to a third party. » ; M. MARKELLOU, *Les contrats d'exploitation de droit d'auteur en droit comparé (Allemagne, France, Grèce)*, thèse Montpellier III, 2009, n° 456 *sq*., p. 277 s. Déjà M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 56, p. 64, parlant de la faculté de l'auteur « d'accorder à son tour des concessions de droits d'usage simples. » Comp. traduction française de la UrhG (version 1998) disponible sur la base de données WIPO lex : « Le titulaire d'un droit d'usage exclusif ne peut concéder de droits d'usage simples qu'avec le consentement de l'auteur. » Voir toutefois, B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 84, parlant de « licensee of an exclusive copyright exploitation right, who himself grants an exclusive sub-license ».

[356] Sur ce point voir, S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 11 pour qui cet article se réfère aux concessions des droits d'utilisation à des Sociétés de Gestion Collective.

[357] En ce sens, B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 84 : « [T]he author may not unreasonably withhold his consent. »

- ***L'opposabilité des droits d'utilisation.***

51bis.- Selon l'article 33 de la UrhG, tout droit d'utilisation (exclusif ou simple) est opposable tant aux titulaires des droits d'exploitation ultérieurement octroyés (33 UrhG al. 1er) qu'aux ayants droit du titulaire concédant le droit d'utilisation (33 UrhG al. 2e)[358].

§4.- Au Royaume-Uni

52.- Le cadre juridique spécial britannique des contrats d'exploitation du droit d'auteur est défini par la « loi sur le droit d'auteur, les dessins et modèles et les brevets »[359] du 15 novembre 1988 (ci-après CDPA), telle qu'elle est actuellement en vigueur[360]. La conclusion des contrats d'exploitation d'auteur en droit britannique se fonde sur le principe selon lequel le *copyright* est librement aliénable en tant que bien meuble (*personal or moveable property*)[361].

La CDPA consacre un type contractuel spécial de contrat d'exploitation, à savoir, la licence du *copyright* (A) et y attache un régime particulier (B).

---

[358] Sur ce point, voir, B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 77 : « According to the recently modified article 33 of the copyright act, the exclusive exploitation right and the non exclusive permission to use remain opposable to subsequent holders of licences. The same applies when the rights holder who granted the right to use changes or when he waives his right. »

[359] Titre en anglais : « the Copyright, Designs and Patents Act (CDPA) 1988 (chapitre 48) ».

[360] La version consolidée de la loi anglaise sur le droit d'auteur est disponible sur : <www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/body>. Voir aussi M. DOWIE-WHYBROW, *Core Statutes on Intellectual Property*, 3e éd., Palgrave Macmillan, 2011. Pour une présentation, voir R. DURIE, « UK Copyright, Designs and Patents Act 1988 », *IIC*, 1989, p. 637 et s. Pour la traduction en français d'une version antérieure de cette loi, voir la base des données de l'OMPI « WIPO Lex », disponible sur <www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=127297>. Toutes citations des articles traduits se réfèrent à cette traduction, sauf mention contraire.

[361] V. expressément l'article 90§1 CDPA : « le droit d'auteur est transmissible par contrat de cession […], en tant que bien meuble » (*personal or moveable property*). Il en découle que le titulaire du *copyright* peut opter entre cession ou licence de son droit, voir D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 108 ; C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 88, p. 89 ; W.-R. CORNISH, D. LLEWELYN, *Intellectual property*, 6e éd., Sweet & Maxwell, 2007, n° 13-11 p. 507. Comp. le titre de l'article 90 CDPA « Cession et licences ». En effet, la loi britannique autorise aussi bien la cession (assignment) que la licence du *copyright*. Ceci dit, le titulaire du *copyright* est en mesure de choisir parmi les deux types de transmission contractuelle de son droit. En ce sens, D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 108 ; T. APLIN, J. DAVIS, *Intellectual Property Law. Text, Cases, and Materials*, 1re éd., Oxford University Press, 2009, p. 101 ; C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 88, p. 89.

A.- La licence du copyright.

53.- Généralités. L'article 90 CDPA prévoit[362] la possibilité de mise en œuvre contractuelle du *copyright* par le biais de la conclusion des licences (volontaires) entre le concédant (*licensor*) et le licencié (*licensee*). La loi n'offre pas une définition du contrat de licence du *copyright*[363]. En doctrine, la licence est considérée comme une « permission », donnée par voie contractuelle par le concédant au licencié, pour que ce dernier puisse réaliser des actes qui autrement seraient qualifiés d'actes de contrefaçon[364]. Il est généralement considéré que l'octroi d'une licence ne mène pas au transfert (*assignment*) du *copyright*[365] et, donc se distingue clairement, en principe, de ce dernier[366].

---

[362] Effectivement, la consécration des licences par la CDPA est implicite. L'article 90(4) CDPA présuppose la possibilité pour le titulaire du copyright d'octroyer des licences. Voir aussi l'art. 92 (1) CDPA *a contrario* (« exclusive licence means a licence… ») Sur ce point, voir S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 13 ; C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 95, p. 92: « A voluntary licence of *copyright* can be granted in accordance with Section 90 of the CDPA. »

[363] Voir *infra* n° 57 pour la définition des licences exclusives (art. 92(1) de la CDPA).

[364] W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, p. 535 : « [A] licence is in essence permission to do what otherwise would be infringement. » ; L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 264 ; D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 108 : « [The owner of the *copyright*] can grant licences to others, permitting them to do some or all of the acts restricted by copyright in relation to the work. » ; *ibid*. p. 113 : « In relation to copyright, a licence is an agreement between the owner of the copyright (the licensor) and another person (the licensee) whereby that person is permitted to do certain acts in connection with the work involved that would otherwise infringe the copyright in the work. » *Adde* H. LADDIE, P. PRESCOTT, M. VITORIA, (sous dir. de), *The Modern Law of Copyright and Designs*, 4e éd., vol. 1, Lexis Nexis, 2011, n° 25.2, p. 1045 et note n° 2 ; T. APLIN, J. DAVIS, *Intellectual Property Law. Text, Cases, and Materials*, 1re éd., Oxford University Press, 2009, p. 101. Comp. British Actors Film C c/. Glover [1918] 1 KB 299.

[365] Voir T. APLIN, J. DAVIS, *Intellectual Property Law. Text, Cases, and Materials*, 1re éd., Oxford University Press, 2009, p. 101.

[366] C'est par l'interprétation de la volonté des parties, en prenant en compte toutes les circonstances du contrat en question, qu'il serait possible de déterminer le type de contrat utilisé (Sur ce point, voir not. L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 266.) Toutefois, les termes utilisés par les parties ne sont pas toujours déterminants de la nature du contrat. Voir C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 88, p. 89 : « Whether an agreement is an assignment or a licence is a matter of construction of the agreement » et les arrest y citées ; D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 108 ; D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 116, citant l'arrêt *Jonathan Cape Ltd.* vs. *Consolidated Press Ltd.*, 1954, 3, All ER 253 : « It was held that the question of whether an agreement was an assignment or a licence was a matter of construction and, in this case, the words used implied that the agreement was a partial assignment of the copyright » ; W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, *Intellectual property*, 6e éd., Sweet & Maxwell, 2007, p. 507, note n° 31 ; P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, p. 299 : « [I]t is a matter of construction and the actual words used by the parties are not conclusive. » ; L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 266. *Adde* H. LADDIE, P. PRESCOTT, M. VITORIA, (sous dir. de), *The Modern Law of Copyright and Designs*, 4e éd., vol. 1, Lexis Nexis, 2011, n° 24.13, p. 1013 : « To determine whether a document is an assignment or merely confers a licence, regard must be had to the substance and not to the form of words used. »).
Voir, toutefois, *infra* n° 175 *sq.* sur les limites de la distinction entre *assignment* (cession) et licence.

Ceci étant, le concédant reste toujours le titulaire du *copyright*[367], alors que le licencié obtient un droit légal (*legal right*)[368].

Il est à noter que la CDPA comprend un chapitre spécial[369] relatif aux « *licensing schemes* »[370], les licences standardisées, octroyées par des SPRD (« *licensing bodies* », au sens de l'article 116§2 CDPA) à des utilisateurs et prenant la forme d'une autorisation de réaliser des actes couverts par le *copyright* (art. 116§3 CDPA). Ces licences couvrent des œuvres protégées appartenant à plusieurs titulaires et concernant certains types d'utilisation (classes of cases) d'œuvres qui appartiennent à plusieurs auteurs (art. 116§1 CDPA)[371].

B.- Le régime spécial de la licence du copyright.

54.- La CDPA comprend certaines dispositions particulières relatives tant à la forme et l'objet du contrat qu'aux droits et obligations des parties. Toutefois, la loi britannique a évité de consacrer des dispositions ayant pour but de protéger l'auteur en tant que partie faible d'un contrat d'exploitation[372].

---

[367] C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 95, p. 92 : « On granting a licence, the licensor retains ownership of the *copyright* in the work licensed. »

[368] S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 13. Sur l'opposabilité de ce droit v. *infra* n° 58.

[369] Chapter VII, articles 116 et s. CDPA.

[370] Voir la définition large de l'art. 116(1) CDPA : « for this purpose a 'scheme' includes anything in the nature of a scheme, whether described as a scheme or as a tariff or by any other name. »

[371] Sur ce point, voir P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, p. 300.

[372] Voir par exemple G. SCHRICKER, « German and Comparative Intellectual Property Law. Efforts for a Better Law on Coypright Contracts in Germany-A Never-Ending Story », *IIC*, 2004, p. 850 s. et not. p. 850, citant W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, *Intellectual property*, 5e éd., Sweet & Maxwell, 2003, n° 9-53, p. 378 : « In the United Kingdom the Acts of 1956 and 1988 have avoided provisions designed to protect the individual author or performer when he or she bargains from a position of economic weakness or inexperience. » ; M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 206, p. 195 : « On ne peut recenser ni aux USA, ni dans la législation britannique, de règles propres à modeler les relations contractuelles quant à la rémunération de l'auteur, partie faible au contrat d'exploitation du droit d'auteur. » C'est pourquoi il a pu être soutenu que le droit d'auteur britannique ne réglemente pas les contrats d'exploitation. Voir sur ce point E. ULMER, « Some thoughts on the Law of Copyright Contracts », *IIC*, 1976, p. 202 s., et not. p. 205 (ancien droit) : « [T]he British *Copyright* Act of 1956 […] in principle do not regulate the law of copyright contracts. There are only provisions concerning the transfer of copyrights : in principle, a copyright is transferable without limitations. » ; P. KATZENBERGER, « Protection for the Author as the Weaker Party to a Contract under International Copyright Contract Law », *IIC*, 1988, p. 731 s. et not. p. 734. Voir cependant P. GOLDSTEIN, « Paternalism and autonomy in copyright contracts », *in* D. VAVER, L. BENTLY (sous dir. de), *Intellectual Property in the New Millennium. Essays in Honour of William R. Cornish*, Cambridge University Press, 2004, p. 259 s. sur le paternalisme aux contrats d'auteur aux pays anglo-saxones.

- ***Les règles de forme.***

55.- La loi ne prévoit pas un formalisme de portée générale pour les licences du *copyright*[373]. En revanche, le régime des conditions de forme est différent selon que la licence a un caractère exclusif ou pas[374]. Plus précisément, les licences non exclusives peuvent être conclues sans respecter un formalisme particulier[375]. Elles peuvent même être conclues oralement[376] ou tacitement[377]. Toutefois, selon l'article 101A(b) (i) de la CDPA, l'existence d'un écrit est une condition, parmi d'autres, de recevabilité d'un titulaire d'une licence non-exclusif d'agir en contrefaçon[378]. C'est pourquoi il est recommandé de conclure par écrit des licences non exclusives[379]. D'autre part, selon l'article 92§1 de la CDPA, « dans la présente partie on entend par "licence exclusive" une licence constatée par écrit, signée par le titulaire du droit d'auteur ou en son nom […] ». Sur cette base, les licences exclusives doivent être constatées par écrit ad validitatem[380].

---

[373] M. HIRST, « Rapport britannique », ALAI, *Liberté des contrats et droit d'auteur : journées d'études, Berlin-Ouest*, 1er-2 octobre 1975, p. 14 et s.

[374] Voir toutefois W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, p. 536, qui ne distingue pas entre licence exclusive et non-exclusive : « Licences do not in principle have to take any particular form […] » Voir *infra* n° 57sur ces types de licence.

[375] C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 95, p. 92 : « In contrast to assignments, there is no requirement that a non-exclusive licence be in writing. ».

[376] En ce sens, C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 95, p. 92 : « It is therefore possible for non-exclusive oral licences to be granted. ». Voir toutefois T. HART, L. FAZZANI, S. CLARK, *Intellectual Property Law*, 5e éd., Palgrave macmillan, 2009, n° 17.2 p. 190, pour qui toute licence peut être conclue oralement.

[377] *Cf.* les licences implicites (*implied licences*). Sur ce point voir les illustrations présentées par W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, p. 536 et s. (« licences may be implied ») et les références citées ; C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 95, p. 92 et les illustrations proposées; T. APLIN, J. DAVIS, *Intellectual Property Law. Text, Cases, and Materials*, 1re éd., Oxford University Press, 2009, p. 102, se référant à la décision *Robin Ray* c./ *Classic FM* [1988] FSR 622 et la décision de la *Court of Appeal* qui la confirmait *Griggs Group Ltd.* c./ *Evans& Raben Footwear* [2005] FSR 31. *Adde* H. LADDIE, P. PRESCOTT, M. VITORIA, (sous dir. de), *The Modern Law of Copyright and Designs*, 4e éd., vol. 1, Lexis Nexis, 2011, n° 25.15, p. 1057 s.

[378] Pour une partie de la doctrine, l'écrit remplit la même fonction également dans l'hypothèse d'une licence exclusive. Voir *infra* n° 59 et les références citées.

[379] *Cf.* C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-07, p. 30 pour qui en pratique « it is always advisable to have the licence in writing » pour des raisons de sécurité. ; D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 125 : « Although there are no formalities for non-exclusive licences to take effect, it is sensible to have them recorded in writing and, where appropriate, signed by the owner. ».

[380] En ce sens, T. APLIN, J. DAVIS, *Intellectual Property Law. Text, Cases, and Materials*, 1re éd., Oxford University Press, 2009, p. 101 : « [A]s with assignments, exclusive licences *must* satisfy formal requirements. » ; C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 95, p. 92 : « An exclusive licence does require to be in writing and signed by or on behalf of the *copyright* owner. » ; D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 109: « In case of […] an exclusive licence, the transaction, to be effective, must be in writing and signed by or on behalf of the present copyright owner. » et *ibid.* p. 125 : « Failure to comply [to the formalities] may be remedied by the courts by […] implying an appropriate licence. » ; B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 130. *Cf.* aussi l'art. 90(3) CDPA : « La cession du droit d'auteur n'a d'effet que si elle est constatée par écrit dans un acte signé par le cédant ou en son nom ».

- ***La divisibilité du droit transmis : licence totale ou partielle.***

56.- Selon l'art. 90§2 CDPA la licence du *copyright* peut être totale ou partielle. D'une part, une licence totale est la licence conférant au titulaire de la licence la possibilité d'exercer l'ensemble des prérogatives du titulaire du *copyright* pour toute la durée de la protection[381]. D'autre part, la licence partielle comprend une ou plusieurs limitations[382]. Selon le texte de la loi, ces limitations peuvent concerner, tout d'abord, les prérogatives concédées (art. 90§2 a) CDPA). Une licence partielle peut ainsi porter sur un ou plusieurs fragments du *copyright*, à savoir, un ou plusieurs droits énumérés par l'article 16§1 CDPA[383] ou une ou plusieurs subdivisions desdits droits qui couvrent des actes d'exploitation particuliers[384]. Les limitations d'une licence partielle peuvent également concerner la durée de l'exploitation autorisée (art. 90§2 b) CDPA)[385]. Les limitations matérielles et temporelles susvisées peuvent être alternatives ou cumulatives[386]. De même, bien que la loi ne prévoie pas expressément de limitations territoriales, il est admis en doctrine que des telles limitations sont

---

Contra une partie de la doctrine, pour qui l'absence d'un écrit ne permet pas au licencié exclusif de se prévaloir de son droit d'agir selon l'article 101(1) de la CDPA mais n'affecte pas la validité du contrat. Voir en ce sens, W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, *Intellectual property*, 6e éd., Sweet & Maxwell, 2007, n° 13-12, p. 508 ; W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, p. 536, pour qui, « [l]icences do not in principle have to take any particular form […]. However, an exclusive licensee will have no right to sue infringers unless the licence complies with similar formalities to those for assignments. » ; T. HART, L. FAZZANI, S. CLARK, *Intellectual Property Law*, 5e éd., Palgrave macmillan, 2009, n° 17.2 p. 189 : « Although assignments of *copyright* must be in writing signed by the copyright owner, there are no such formal requirements for the granting of licences of copyright. There are, however, special rights granted to an exclusive and non-exclusive licensee of copyright to pursue infringers, and to benefit from such rights the licensee must have been granted the licence in writing signed by the copyright owner (s. 92 and s. 101A). » ; C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-07, p. 30 : « In general, *copyright* licences do not need to be in writing. However, absent any provisions to the contrary in the licence, the licensee will only have a right to sue for infringements occurring after grant of the licence, if it has an exclusive licence in writing signed by the *copyright* owner. »

[381] Voir C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 95, p. 92 : « A licence […] can be granted for the full term of *copyright* and for all the acts that *copyright* owner has the exclusive right to do […]. »

[382] *Cf.* H. McQUEEN, C. WAELDE, L. GRAEME, A. BROWN, *Intellectual Property Law and Policy*, 2e éd., Oxford University Press, 2011, n° 21.8, p. 931, pour qui la licence partielle est très répandue en matière de droit d'auteur.

[383] « The owner of the copyright in a work has, in accordance with the following provisions of this Chapter, the exclusive right to do the following acts in the United Kingdom—(a)to copy the work (see section 17); (b)to issue copies of the work to the public (see section 18); (ba)to rent or lend the work to the public (see section 18A); (c)to perform, show or play the work in public (see section 19); (d)to communicate the work to the public (see section 20); (e)to make an adaptation of the work or do any of the above in relation to an adaptation (see section 21); and those acts are referred to in this Part as the « acts restricted by the copyright ».

[384] Sur ce point voir W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, p. 535, note n° 29, à propos de la cession limitée du *copyright*, les propos étant valables aussi pour la licence limitée *mutatis mutandis*.

[385] Sur les limitations temporelles des contrats d'exploitation et la relation avec la durée de protection légale voir C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-21, p. 38, à propos des contrats d'exploitation afférents à tous les droits de propriété intellectuelle : « The licensee should use this to establish the remaining shelf-life of the rights to be licensed. »

[386] Sur ce point voir D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 114 : « Like an assignment of copyright, a licence can be limited in terms of either the scope or the duration, or both. »

parfaitement envisageables[387]. En cas de doute, la portée de la licence sera déterminée par recours à l'interprétation du contrat en question[388]. Toutefois, aucune règle particulière d'interprétation n'est prévue.

- ***L'exclusivité de l'exploitation autorisée : licence exclusive et licence non exclusive (simple).***

57.- Selon les articles 90 et 92 de la CDPA, la licence du *copyright* peut être exclusive ou non exclusive (simple). D'une part, selon l'article 92§1, la licence exclusive est la licence qui permet au licencié d'exercer un droit appartenant au titulaire du *copyright*, à l'exclusion de toute autre personne, y compris le titulaire même du *copyright*[389]. Ceci dit, après la conclusion d'une licence exclusive, le licencié exclusif devient la seule personne en mesure d'exercer les droits concédés. De manière similaire, le concédant d'une licence exclusive n'a plus le droit de concéder les mêmes droits à un tiers ni de les exercer lui-même (pendant la durée de la licence exclusive). D'autre part, une licence est simple lorsque le licencié a seulement le droit de réaliser des actes couverts par le *copyright* et ne peut revendiquer un statut exclusif pour cette activité. Cependant, il ne pourra qu'exercer les droits transmis simultanément avec le titulaire du *copyright*[390] et/ou autres licenciés

---

[387] Voir en ce sens, D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 125 ; L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 264, parlant des limitations géographiques ; indirectement, C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 95, p. 93 : « It should, however, be noted that exclusive licences in respect of 'territories' may well fall foul of the European Community provisions on competition law and those on free movement of goods. »

[388] En ce sens, C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 95, p. 92 : « The scope of a licence will depend on the words used, and whether it is possible to imply to the licence the right for the licensee to carry out any acts which would otherwise be infringements of *copyright*. » ; B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 131 : « In absence of specific rules, copyright contracts are therefore construed according to the general rules of interpretation of contracts applied under common law. »

[389] Sur ce point voir not. D. VAVER, « The Exclusive Licence in *Copyright* », *IPJ*, n° 9, 1995, p. 163 et s. ; C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 95, pp. 92-93 ; D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 114 ; P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, p. 298 ; L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 265 ; T. APLIN, J. DAVIS, *Intellectual Property Law. Text, Cases, and Materials*, 1re éd., Oxford University Press, 2009, p. 101. En jurisprudence, voir par exemple, *Sega Enterprises* c/. *Galaxy Electronics* (1998), 39, IPR, 577 ; *Biotrading* c./ *Biohit Ltd* et *Labsystems* c./ *Biohit Ltd* [1998], FSR 109, citée par T. HART, L. FAZZANI, S. CLARK, *Intellectual Property Law*, 5e éd., Palgrave macmillan, 2009, n° 17.2, p. 189, selon laquelle une licence exclusive correspond à la licence offrant au licencié un droit exclusif à « exercer un droit ».

[390] Comp. art. 101A§ 6 CDPA : « [A] non-exclusive licensee means the holder of a licence authorising the licensee to exercise a right which remains exercisable by the copyright owner. »

(non exclusifs)[391]. Toutefois le concédant peut octroyer des licences non exclusives *a priori* à un nombre indéfini de licenciés[392].

Ajoutons qu'au-delà du binôme prévu par la loi (composé de la licence exclusive et non exclusive), les parties peuvent opter également pour un type de licence qui se situe entre la licence exclusive et la licence non exclusive, connu sous la dénomination de *sole licence*[393]. La *sole licence* permet au licencié d'exercer les actes autorisés par la licence à l'exclusion de tout autre licencié, mais sous réserve de l'exercice de ces mêmes actes par le titulaire du *copyright*[394]. Ainsi, dans l'hypothèse de la sole licence, l'exclusivité concerne davantage la qualité de licencié que l'exploitation autorisée.

- ***L'effet erga omnes de la licence du copyright.***

58.- La loi britannique confère un effet *erga omnes* au contrat de licence du *copyright*. Plus précisément, l'article 90§4 de la CDPA énonce le principe selon lequel une licence du *copyright* (exclusive ou non exclusive) est opposable à tout ayant cause du concédant[395]. Même si la loi ne se réfère expressément qu'aux héritiers du concédant, il parait légitime de considérer que cette règle couvre également un licencié exclusif qui obtient son droit ultérieurement[396]. Il est aussi significatif que la loi prévoit une opposabilité particulière à propos des licences exclusives. Plus précisément,

---

[391] Voir par exemple T. APLIN, J. DAVIS, *Intellectual Property Law. Text, Cases, and Materials*, 1re éd., Oxford University Press, 2009, p. 101.

[392] Voir en ce sens, D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 122 pour qui « [a] non-exclusive licence is appropriate where the owner of the intellectual property right wishes to grant licences to numerous licensees […] ». Une bonne illustration de licence simple est la 'blanket licence', octroyée par des Societés de Gestion Collective britanniques à un nombre indéfini de licenciés. Voir sur ce point par exemple D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 117.

[393] Optant pour une catégorisation tripartite des licences, voir par exemple, T. APLIN, J. DAVIS, *Intellectual Property Law. Text, Cases, and Materials*, 1re éd., Oxford University Press, 2009, p. 101. Pour la même approche à propos de l'ensemble des droits de propriété intellectuelle en droit britannique, voir H. McQUEEN, C. WAELDE, L. GRAEME, A. BROWN, *Intellectual Property Law and Policy*, 2e éd., Oxford University Press, 2011, n° 21.7, p. 930.

[394] D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 22 : « Sometimes a sole licence is appropriate. This grants permission to perform the particular acts to only one licensee but, unlike the exclusive licence, the owner retains the right to perform the acts himself. »

[395] « Une licence accordée par le titulaire du droit d'auteur est opposable à tout ayant cause de ce dernier pour les prérogatives afférentes à ce droit […] », traduction disponible sur la base de données WIPO lex, <www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=12729>. Sur ce point voir D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 114 ; L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 264 : « [I]n most circumstances a licence is binding on successors in title of the original grantor of the licence. » Voir toutefois C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 95, p. 92 qui se réfère uniquement aux licences simples: « A successor in title to a licensor who purchases the copyright in a work which was the subject of the licence in good faith, for valuable consideration and without notice of the *non-exclusive licence*, would not be bound by it. » L'opposabilité du contrat de licence aux ayants droit du concédant démontre que le droit du licencié est un droit légal (*legal right*), S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 13.

[396] W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, *Intellectual property*, 6e éd., Sweet & Maxwell, 2007, p. 508, note n° 41 ; W.-R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, p. 536, note n° 42 : « This does not clearly cover a later licensee, when one or other licence is exclusive ; but he ought to be similarly treated. »

selon l'article 92§1 de la CDPA, « le titulaire d'une licence exclusive jouit, à l'égard d'un ayant cause lié par la licence, des mêmes droits qu'à l'égard de la personne ayant accordé la licence[397].

Ajoutons que la loi prévoit une exception au principe d'opposabilité des licences en faveur de l'acheteur *bona fide* [*for valuable consideration*] du *copyright*, à savoir, d'un acheteur qui n'a pas été avisé de l'existence de la licence ou d'un ayant cause dudit acheteur. Dans une telle hypothèse, la licence (exclusive ou non exclusive) ne produit pas son effet *erga omnes* à l'égard du cessionnaire[398]. Il est toutefois à noter que la protection face au cessionnaire de bonne foi ne concerne que l'acheteur du *copyright* ayant fait l'objet d'une licence et ne s'applique ni en faveur d'un donataire ni à d'autres catégories d'ayants droit. Ceci dit, ces derniers doivent respecter la licence préexistante, indépendamment de leur bonne foi[399]. La même solution s'applique dans l'hypothèse d'une licence de *copyright* portant sur des œuvres futures[400].

- ***Droit d'agir du licencié.***

59.- La loi britannique consacre des règles particulières à propos de la question du droit du licencié d'agir en justice en son propre nom afin de protéger son droit contre les tiers contrefacteurs. La loi

---

[397] Traduction disponible sur la base de données WIPO lex. Voir sur ce point C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 95, p. 93.

[398] Dans cette hypothèse, le droit du licencié s'assimile à une simple *equity*. En ce sens, S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 13. Comp. D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 114, parlant de « equity's darling » à propos de l'acheteur de bonne foi. Sur cette base, la cession du *copyright* est préférable à la licence exclusive car elle offre au cessionnaire une position plus rassurante. En ce sens, D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 114 : « So the *bona fide* purchaser for value without notice is given protection that overrides the interests of licensees, which is one reason why a commercial organization, such as a publisher, wishing to exploit a work of copyright might prefer to take an assignment of the copyright rather than to operate on the basis of an exclusive licence. » ; P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, p. 299 : « Nevertheless, this rule is one of the reasons why publishers prefer an assignment of copyright to an exclusive licence. » Comp. S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 13, parlant de la position inférieure d'un licencié (exclusif) par rapport à la position d'un cessionnaire ; M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 80, p. 82 : « La cession procure néanmoins à son bénéficiaire une position plus sûre à l'égard des tiers avec lesquels le titulaire initial du *copyright* serait tenté de traiter postérieurement à la conclusion de la licence exclusive. » Un autre élément concernant la différence entre la position d'un cessionnaire et d'un licencié est la possibilité pour le premier de procéder à des altérations de l'œuvre, sous réserve des droits moraux de l'auteur. En ce sens, D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 116 : « only the owner has a right to alter, subject to the author's moral rights. » ; W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, p. 535 : « Thus a licensee's freedom to make alterations in the work may be more restricted than an assignee's. » Voir aussi l'arrêt Frisby v. BBC, 1967, ch. 932 : « A licensee, expressly or by implications, may not be allowed to alter the work », W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, p. 535, note n° 33 (*cf*. D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 116, note n° 142 qui mentionne l'année 1987 pour cet arrêt).

[399] En ce sens D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 114.

[400] Voir D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 115 ; W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, p. 536, note n° 43.

distingue selon le caractère exclusif ou non exclusif de la licence. D'une part, selon l'article 101§1 de la CDPA, « le preneur d'une licence exclusive a les mêmes droits et peut prétendre aux mêmes réparations, en ce qui concerne les questions survenant après la conclusion de la licence, que si cette licence avait été une cession, exception faite à l'égard du titulaire du droit d'auteur »[401]. Ceci étant, le licencié exclusif se trouve dans une position équivalente à celle d'un cessionnaire et peut agir contre tous[402], exception faite du titulaire du *copyright*[403]. D'autre part, selon l'article 101A de la CDPA, le licencié non exclusif a un droit d'agir limité, conformément aux conditions prescrites au paragraphe 1 dudit article[404].

Dans les deux sortes de licence, le droit d'agir du licencié est concurrent à celui du titulaire du *copyright*[405]. Sur cette base, l'article 102§1 de la CDPA prévoit que, lorsqu'une action pour atteinte au droit d'auteur intentée par le titulaire du droit d'auteur ou par le licencié a trait (entièrement ou partiellement) à une infraction contre laquelle ils ont concurremment le droit d'exercer une action en justice, le licencié (ainsi que le titulaire, selon le cas), n'est pas recevable, sauf autorisation du tribunal, à poursuivre l'action, à moins que l'autre partie ne soit appelée à comparaître en qualité de codemandeur ou de défendeur[406].

---

[401] Traduction disponible sur la base de données WIPO lex. En ce sens, C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 95, p. 93 ; H. LADDIE, P. PRESCOTT, M. VITORIA, (sous dir. de), *The Modern Law of Copyright and Designs*, 4e éd., vol. 1, Lexis Nexis, 2011, n° 25.4, p. 1047 ; B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 131 : « An exclusive licensee may also institute proceedings. However, he only has the same rights as the author in relation to third parties. » *Contra* D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 116 : « only the owner has a right to sue (although an exclusive licensee may sue after joining the owner or by leave of the court). » Comp. W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, p. 536, pour qui « an exclusive licensee will have no right to sue infringers unless the licence complies with similar formalities to those for assignments. »

[402] Comp. L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 265 : « An exclusive licence confers on the licensee a 'statutory procedural status' that is equivalent to that of the proprietor. » Aussi H. LADDIE, P. PRESCOTT, M. VITORIA, (sous dir. de), *The Modern Law of Copyright and Designs*, 4e éd., vol. 1, Lexis Nexis, 2011, n° 25.4, p. 1047.

[403] H. LADDIE, P. PRESCOTT, M. VITORIA, (sous dir. de), *The Modern Law of Copyright and Designs*, 4e éd., vol. 1, Lexis Nexis, 2011, n° 25.4, p. 1047 : « [T]he effect is that exclusive licensee is put in the *same position* as an assignee against everyone except the owner of the right. » ; L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 265, note n° 31.

[404] Selon l'article 101A CDPA « a non-exclusive licensee may bring an action for infringement of *copyright* if (a) the infringing act was directly connected to a prior licensed act of the licensee ; and (b) the licence (i) is in writing and is signed by or on behalf of the copyright owner ; and (ii) expressly grants the non-exclusive licensee a right of action under this section. » Pour un commentaire, voir H. LADDIE, P. PRESCOTT, M. VITORIA, (sous dir. de), *The Modern Law of Copyright and Designs*, 4e éd., vol. 1, Lexis Nexis, 2011, n° 25.6, pp. 1049-1050 ; L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 264.

[405] Voir art. 101§2 et 101A§3 CDPA.

[406] Sur ce point voir B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 131 : « Furthermore, the licensee and the author may only institute proceedings together. This rule does not apply in case the author is dead or untraceable. » Voir toutefois, D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 116 : « Other differences between

Conclusion de la Section 1.

60.- L'analyse précédente pourrait être synthétisée de manière suivante :

- la loi grecque consacre et définit expressément deux types de contrats d'exploitation qui portent sur les prérogatives patrimoniales du droit d'auteur, à savoir le « contrat d'exploitation » et la « licence d'exploitation ». La distinction entre ces deux types de contrat se fond sur l'existence ou l'absence d'une obligation d'exploitation à la charge du cocontractant de l'auteur. Les contrats en question peuvent, à leur tour, être exclusifs ou non exclusifs et complets ou partiels, à savoir, limités quant aux pouvoirs, à l'objectif, à la durée, à la portée territoriale et à l'étendue ou aux modes d'exploitation.
- en droit d'auteur français, la cession du droit d'auteur est le type contractuel « cardinal » consacré par le CPI. Les (contrats d') autorisation(s) sont également évoqué(e)s au sein de ce dernier. Les contrats en question peuvent, à leur tour, être complets ou partiels et il peut être déduit indirectement qu'ils peuvent être également exclusifs ou non exclusifs.
- en droit d'auteur allemand, la UrhG prévoit la concession des droits d'utilisation (d'usage ou d'exploitation) des œuvres protégées par le droit d'auteur à des tiers. Cette concession peut être exclusive ou non exclusive et complète ou partielle.
- en droit d'auteur britannique la loi consacre la licence du *copyright*, qui peut être, selon les dispositions légales, exclusive ou non exclusive et complète ou partielle.

En ce qui concerne la réglementation spécifique qui accompagne les contrats d'exploitation consacrés par la législation spéciale du droit d'auteur, les droits continentaux examinés (droit grec, français et allemand)[407], se caractérisent par le protectionnisme en faveur de l'auteur-partie faible d'un contrat d'exploitation. Ceci étant, la liberté contractuelle dans cette matière est une liberté « surveillée ». Plus précisément :

- selon la loi grecque les contrats d'exploitation primaires doivent être constatés par écrit à peine de nullité. De manière similaire, la loi 2121/1993 impose certaines restrictions à la transmissibilité du droit d'auteur par voie contractuelle, notamment en ce qui concerne tant

---

assignments and licences are that only the owner has a right to sue (although an exclusive licensee may sue after joining the owner or by leave of the court)[…] ».

[407] Pour une approche de droit comparé sur ce point, v. ALAI 1997, *Protection des auteurs et artiste interprètes par contrat,* Ed. Yvon Blais, 1998 ; B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union,* Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur : <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 23 : « […] Several Member States have implemented a number of specific measures designed to protect authors and performing artists in their contractual relations with exploiters » ; C. COLOMBET, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde : approche de droit comparé*, 2e éd, Litec/UNESCO 1992, p. 88 et s. ; Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, la gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur, Bruxelles, le 16.04.2004, COM(2004) 261 final, p. 14 et s.

la transmissibilité du droit du cocontractant d'un contrat ou licence d'exploitation que les contrats portant sur des œuvres futures et sur des formes d'exploitation inconnues au moment de la conclusion de ceux-ci. De même, la loi, afin de protéger les intérêts de l'auteur, établit au le principe de la rémunération proportionnelle et l'obligation de publication de l'œuvre protégée alors qu'en même temps elle comprend plusieurs dispositions supplétives et d'interprétation qui se réfèrent au droit d'agir du cocontractant du titulaire du droit d'auteur et à la détermination de la portée du droit transmis par contrat en cas de doute, suivant, surtout, le principe de la transmission finalisée.

- en droit français, le régime spécial consacré par le CPI se caractérise par un formalisme significatif. Plus précisément, la loi prévoit l'exigence d'écrit (*ad probationem*) pour certains types des contrats d'exploitation nommés, des mentions obligatoires (*ad validitatem)* concernant la portée des cessions du droit d'auteur à peine de nullité et une formalité propre aux contrats portant sur des œuvres futures et sur des formes d'exploitation inconnues au moment de la conclusion de ceux-ci. De même, le CPI, afin de protéger les intérêts de l'auteur, établit le principe de la rémunération proportionnelle et l'obligation d'exploitation de l'œuvre protégée.
- le droit contractuel d'auteur allemand se caractérise par un protectionnisme modéré. La loi prévoit un formalisme léger pour les concessions des droits d'utilisation et comprend plusieurs dispositions supplétives et d'interprétation qui se réfèrent à la transmissibilité des droits d'utilisation, à la concession de sous-« licences » et à la détermination de la portée du droit transmis par contrat en cas de doute, suivant le principe de la transmission finalisée. De même, la UhrG établit le principe de la rémunération équitable et prévoit le droit de révocation du droit exclusif concédé pour non-exploitation en faveur de l'auteur.

En revanche, le droit spécial des contrats d'exploitation au sein du système du *copyright* britannique favorise la liberté contractuelle des parties et propose un système de règles minimal. Ainsi, la loi prévoit l'exigence d'écrit uniquement à propos des licences exclusives et comprend des règles qui se réfèrent notamment à la question du droit d'agir du licencié et à l'effet *erga omnes* du contrat de la licence.

En somme, les contrats d'exploitation d'auteur bénéficient d'un encadrement particulier au sein des droits nationaux examinés. Cet encadrement comprend la consécration des catégories contractuelles particulières des contrats d'exploitation, accompagnées d'une réglementation spécifique, qui parait plus détaillée et développée au sein des droits continentaux qu'en droit britannique, à cause de la fonction protectrice de celle-ci en faveur de l'auteur-partie faible.

Il convient désormais d'étudier le cadre juridique spécial des contrats d'exploitation en matière de propriété industrielle au sein des ordres juridiques nationaux retenus (Section 2).

Section 2.- Le cadre juridique des contrats d'exploitation en propriété industrielle.

61.- L'examen du cadre juridique actuel des contrats d'exploitation en matière de propriété industrielle implique en premier l'étude du cadre juridique afférent aux contrats d'exploitation des brevets d'invention (ou plus exactement aux contrats d'exploitation du droit qui découle d'un brevet d'invention) (§1), puis la présentation du cadre juridique afférent aux contrats d'exploitation des marques (§2).

§1.- Brevets d'invention.

A.- En Grèce

62.- Le cadre juridique spécial hellénique des contrats d'exploitation des brevets d'invention est consacré par la loi n° 1733/1987 (articles 12-13, 17-17ΣΤ et 22), intitulée « transfert de technologie, inventions, innovation technologique et institution du comité d'énergie nucléaire »[408], telle qu'elle est en vigueur aujourd'hui[409], suite à sa dernière modification importante par la loi 3966/2011[410].

La conclusion des contrats d'exploitation repose sur le caractère aliénable des prérogatives patrimoniales attachées au titre du brevet d'invention (art. 12 loi 1733/1987), telles que décrites dans l'article 10 de la loi 1733/1987. Par contre, les contrats d'exploitation ne portent pas, en principe, sur les prérogatives morales de l'inventeur[411], qui sont inaliénables[412].

---

[408] FEK A' 171/22.09.1987. Pour une présentation, voir K. LYMPEROPOULOS, « La nouvelle loi sur la protection des inventions », *EllDni*, 1989, p. 11 et s.

[409] Pour une traduction en anglais voir la base de données WIPO lex, <www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=208499> (version historique). Les traductions en français utilisées ci-après me sont personnelles, sauf mention contraire.

[410] FEK A' 118/24.05.2011. La loi en question a été introduite afin d'harmoniser le droit grec des brevets d'invention (ainsi que le droit des dessins et modèles et d'autres droits périphériques) avec la Directive 2004/48/CE. Voir sur ce point le Rapport Introductif de la loi 3966/2011, p. 15.

[411] V. surtout l'article 6§8 de la loi 1733/1987, relatif au droit de paternité de l'inventeur.

[412] En ce sens, G. MINTSIS, « La cession du droit du brevet d'invention », *Ep. epith. Armenopoulos*, 1995, n° 16, p. 77 et s. et not. p. 81 et s. *Contra* V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 942, p. 834 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 942, p. 834, pour qui

La loi n° 1733/1987 consacre un type spécial de contrat d'exploitation, le contrat de licence d'exploitation de brevet [*άδεια εκμετάλλευσης ευρεσιτεχνίας*] (1°) et y attache un régime particulier (2°).

1°.- La licence d'exploitation de brevet (*άδεια εκμετάλλευσης ευρεσιτεχνίας*).

63.- Le droit qui découle du brevet d'invention (par commodité, droit de brevet d'invention) peut faire l'objet d'une licence (volontaire) d'exploitation. Selon l'art. 12§3 al. 1er de la loi 1733/1987, « le titulaire du brevet d'invention peut concéder par un accord écrit une licence d'exploitation du brevet d'invention à des tiers. »[413] La loi ne définit pas le contrat de licence. En doctrine, il est admis que la licence d'exploitation de brevet est un contrat par lequel le titulaire du brevet d'invention autorise son cocontractant (le licencié, [*αδειούχος*]) à exploiter l'invention protégée par le brevet[414]. Ceci étant, le contrat de licence de brevet présente un caractère positif, en ce sens qu'il confère au licencié un droit positif d'exercer une ou plusieurs prérogatives (patrimoniales) attachées au brevet d'invention[415]. Elle se distingue, ainsi, d'un simple contrat de non opposition (*pactum non petendo*)[416]. Il est généralement admis que l'octroi d'une licence n'entraîne pas le transfert du droit attaché au brevet[417]. *A priori*, le concédant reste toujours le titulaire du brevet d'invention et le

---

la cession des prérogatives morales doit être prévue par un accord spécifique des parties et en cas de doute, la cession portera uniquement sur les prérogatives patrimoniales. Toutefois, pour lui, certaines prérogatives morales, telles que le droit de « paternité » ne sont pas cessibles ; dans le même sens, Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, pp. 241-242 ; K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 155, pour qui les prérogatives morales sont cessibles mais uniquement si le contrat porte expressément sur elles. Comp. D. ANASTASOPOULOS, G. MICHAILOPOULOS, *Contrats du commerce moderne*, Sakkoulas, 2011, p. 206, pour qui la cession du brevet entraîne la cession des prérogatives morales nécessaires à l'exercice du droit (patrimonial) découlant du brevet.

[413] Sur cet article, voir not. M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, *passim* (ancien droit), K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 160 et s. ; Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, 243 et s.

[414] K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 161. Comp. E. PERRAKIS, N. ROKAS, *Introduction au droit commercial*, Nomiki Vivliothiki, 2011, n° 7, p. 403.

[415] La concession d'au moins une prérogative du brevet d'invention au licencié constitue le contenu minimal d'une licence d'exploitation, K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 162 ; Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 243. Ceci dit, l'octroi d'une licence de brevet implique nécessairement la transmission à un licencié des prérogatives patrimoniales attachées au brevet.

[416] En ce sens, K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 161 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 955, p. 843 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 955, p. 733 s.

[417] En ce sens, voir notamment V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 951, p. 840 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 951, p. 730 ; sous l'ancien régime (avant la loi de 1987), M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, p. 25 s. ; M.-Th. MARINOS, *Droit du brevet d'invention*, Sakkoulas, 2013, n° 7.28, p. 183.

licencié n'obtient qu'un droit personnel d'exploitation[418]. Sur ce point, elle se distingue de la cession[419].

2°.- Le régime spécial du contrat de licence d'exploitation de brevet.

64.- La loi n° 1733/1987 est très succincte quant à la réglementation des licences de brevet d'invention. Elle comprend quelques règles spéciales concernant tant la forme et l'objet du contrat que d'autres aspects des contrats de licence d'exploitation.

- ***Les règles de forme.***

65.- Selon l'article 12§3 al. 1er de la loi n° 1733/1987, « le breveté peut octroyer par un accord écrit des licences d'exploitation du brevet à des tiers». L'écrit ici est exigé *ad validitatem*[420]. Cependant, la loi ne contient pas de disposition spéciale établissant l'enregistrement du contrat[421] (au moins pour les licences volontaires[422]). Il est toutefois soutenu que les licences exclusives, en raison de leur caractère *in rem*[423], doivent être enregistrées au Registre des brevets et publiées au Bulletin de propriété industrielle, au même titre que les cessions[424]. Néanmoins, l'enregistrement en question, et contrairement à celui de la cession, n'aurait qu'une valeur purement déclarative[425].

---

[418] En ce sens, voir D. ANASTASOPOULOS, G. MICHAILOPOULOS, *Contrats du commerce moderne*, Sakkoulas, 2011, p. 203 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 951, p. 730 ; G. MINTSIS, « La cession du droit du brevet d'invention », *Ep. epith. Armenopoulos*, 1995, n° 16, p. 77 et s. et not. p. 82. Voir toutefois *infra* n° 180 *sq*. sur la controverse relative à la nature du droit d'un licencié de brevet exclusif.

[419] Voir toutefois *infra* n° 175 *sq.* sur la distinction problématique entre cession et licence exclusive.

[420] En ce sens K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 161 ; N. ROKAS (avec I. VENIERIS), *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2011, n° 8, p. 46 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 961, pp. 736-737 ; E. PERRAKIS, N. ROKAS, *Introduction au droit commercial*, Nomiki Vivliothiki, 2011, n° 8, p. 404. En jurisprudence, à titre indicatif, v. AP 197/2007, base de données Nomos, disponible sur : <lawdb.intrasoftnet.com> ; AP 1192/2003, *EEmpD*, 2004, p. 165 ; EfAth., 1502/2010, *DEE*, 2010, p. 784 ; PPrThes 19827/2010, *DEE* 2010, p. 1041 et s. ; EfThes 1032/2009, base de données Nomos, disponible sur : <lawdb.intrasoftnet.com> ; EfAth. 1502/2010, *DEE*, 2010/784.
Voir toutefois, AP 1192/2003, *EEmpD*, p. 173 ; *EllDni*, 2005, p. 449, à propos d'une licence orale. Voir aussi I. VENIERIS, « Réflexions sur la base du projet de loi proposé sur les marques », 20.05.2011, disponible sur, <www.syneemp.gr>, sous Δ et les références qui y sont citées, sur la question de la protection du droit du licencié découlant d'une licence orale par les dispositions du droit de la concurrence déloyale.

[421] V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 961, p. 847. Voir toutefois N. ROKAS (avec I. VENIERIS), *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2011, n° 8, p. 46 ; E. PERRAKIS, N. ROKAS, *Introduction au droit commercial*, Nomiki Vivliothiki, 2011, n° 8, p 404. Dans le même sens, Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, pp. 244-245.

[422] Voir ainsi l'art. 13§7 de la loi 1733/1987, selon lequel la décision judiciaire qui prescrit la conclusion d'une licence obligatoire doit être enregistrée au Registre des brevets et publiée au Bulletin spécial de Propriété industrielle.

[423] V. *infra* n° 180 *sq*.

[424] Sur ce point, voir V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 961, p. 848 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 961, p. 737, qui procède à l'application par analogie de la disposition de l'art. 13§7 loi 1733/1987, qui se réfère à la licence obligatoire ; G. MINTSIS, « La cession du droit du brevet d'invention », *Ep. epith. Armenopoulos*, 1995, n° 16, p. 77 et s. et not. p. 87. Voir Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, pp. 244-245, pour qui cette disposition

- ***Licence exclusive et non-exclusive.***

66.- La loi 1733/1987 ne consacre pas expressément la distinction entre licences exclusives et non exclusives. Cependant, l'article 12§4 la présuppose[426]. Ce dernier consacre une règle d'interprétation[427] selon laquelle la licence d'exploitation sera par défaut non exclusive, sauf accord contraire entre les parties (art. 12§4 loi 1733/1987)[428].

La loi ne définit pas les licences exclusives et non exclusives[429]. Selon la doctrine dominante, une licence exclusive permet au licencié d'exploiter l'invention à l'exclusion de toute autre personne, y compris, en principe, le titulaire-même du brevet d'invention[430]. La majorité des auteurs souligne également que le concédant d'une licence exclusive est tenu de respecter l'exclusivité de la licence et de ne pas octroyer d'autres licences ou exploiter l'invention lui-même. De manière inverse, dans le cadre d'une licence non exclusive, le licencié obtient le droit d'exploiter l'invention concurremment avec d'autres licenciés et/ou le titulaire du titre[431].

- ***Le transfert de la licence d'exploitation.***

66A.- L'article 12§4 consacre le principe selon lequel le transfert du droit du licencié (exclusif ou simple) n'est pas possible[432]. Plus précisément, le texte légal affirme que « la licence d'exploitation […] n'est pas cessible et ne peut pas être transmise par héritage, sauf accord contraire ». Sur cette

---

(enregistrement du contrat) devrait s'appliquer à *toute licence* contractuelle afin de régler la question de l'opposabilité des licences face aux ayants cause du concédant.

[425] En ce sens, G. MINTSIS, « La cession du droit du brevet d'invention », *Ep. epith. Armenopoulos*, 1995, n° 16, p. 77 et s. et not. pp. 91-92.

[426] Sur ce point voir not. E. PERRAKIS, N. ROKAS, *Introduction au droit commercial*, Nomiki Vivliothiki, 2011, n° 9, p. 404. Voir toutefois, V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 951, p. 730, pour qui la distinction entre licences exclusives et simples est (expressément) consacrée par l'article 12 §4. Comp. aussi l'article 12 §5 loi 1733/1987.

[427] E. PERRAKIS, N. ROKAS, *Introduction au droit commercial*, Nomiki Vivliothiki, 2011, n° 9, p. 404 (« *ερμηνευτικό κανόνα* » [règle d'interprétation]).

[428] En tout cas, la qualification de licence exclusive ou non exclusive est une question d'interprétation du contrat en cause. Notons que la terminologie utilisée par les parties n'est pas toujours significative. En ce sens, K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, pp. 162-163 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 952, p. 841 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 952, p. 731 ; Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 244.

[429] Comp. E. PERRAKIS, N. ROKAS, *Introduction au droit commercial*, Nomiki Vivliothiki, 2011, n° 9, p. 404.

[430] En ce sens, K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 162 ; Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 243-244 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 952, p. 731 ; M.-Th. MARINOS, *Droit du brevet*, Sakkoulas, 2013, n° 7.42, p. 189. Plus réticent, E. PERRAKIS, N. ROKAS, *Introduction au droit commercial*, Nomiki Vivliothiki, 2011, n° 10, p. 404, pour qui la question est controversée. *Contra* A. ARGYRIADIS, *Brevet d'invention*, 3e éd., Sakkoulas, 1982, p. 146 ; M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation du brevet d'invention*, 1987, p. 52.

[431] En ce sens, K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 162.

[432] Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 245.

base, le contrat de licence présente un caractère *intuitu personae*[433]. Le caractère successif[434] et l'existence d'une relation étroite de confiance entre les parties d'une licence[435] renforcent cette qualification. Certes, la règle de l'art. 12§4 est supplétive : on peut y déroger par accord (exprès) des parties mais celui-ci devra être constaté par écrit (art. 12§4 comb. avec art. 12§3 loi 1733/1987[436]). Dans le cas où un transfert de contrat de licence aurait lieu, le nouveau licencié substituerait l'ancien licencié dans sa relation avec le concédant[437].

- ***Droit d'agir du licencié.***

67.- La question du droit du licencié d'agir en contrefaçon est traitée de manière spéciale par la loi 1733/1987, telle qu'en vigueur actuellement, suite à sa dernière modification par la loi 3966/2011[438]. Plus précisément, selon l'article 17§3 al. 1er, « les mêmes droits [les moyens de protection à disposition du breveté contre le contrefacteur] sont conférés au licencié exclusif, à toute personne qui possède un droit au brevet ainsi qu'à la personne ayant déposé une demande de brevet. »[439] De même, selon le nouvel article 17ΣΤ, introduit au sein de la loi 1733/1987 par l'article 53§2 de la loi 3966/2011, « L'application des mesures prévues aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 17 ainsi qu'aux articles 17A, 17B, 17Γ, 17Δ et 17E peut être demandée également par « toutes les autres personnes autorisées à utiliser ces droits, en particulier les licenciés, conformément à la législation applicable »[440]. Selon les dispositions susmentionnées, il est clairement établi que, désormais, les licenciés exclusifs (art. 17§3) et non exclusifs (simples) (17ΣΤ a) ont le droit d'agir à titre individuel (*ex jure proprio*) contre les éventuels contrefacteurs, afin de protéger leur droit[441].

---

[433] Explicitement, N. ROKAS (avec I. VENIERIS), *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Nomiki Vivliothiki, 2011, n° 7, p. 46 ; E. PERRAKIS, N. ROKAS, *Introduction au droit commercial*, Nomiki Vivliothiki, 2011, n° 7, p. 404 ; Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 243.

[434] Sur ce point voir not. M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, p. 76.

[435] K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p 172.

[436] En ce sens, K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 172.

[437] K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 172, V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 972, p. 741.

[438] Pour une illustration jurisprudentielle du droit d'agir d'un licencié exclusif sous l'ancien régime (loi 2527/1920) v. AP 876/1991, Banque des données juridiques Isokratis, disponible sur : <www.dsanet.gr>.

[439] Voir aussi l'exposé des motifs de loi 3066/2011, p. 16 : « L'article 17ΣΤ élargit le cercle des personnes qui ont accès à la protection juridique prévue par les dispositions prescrites, conformément à la Directive ».

[440] Cette disposition transpose l'article 4 el. b) de la directive 2004/48/CE.

[441] La participation du concédant à un procès initié par le licencié est incertaine. Voir sur ce point K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 173, à propos de l'action en contrefaçon menée par le licencié exclusif.

B.- En France.

68.- En France, le cadre juridique spécial des contrats d'exploitation des brevets d'invention est consacré par le 6e livre du Code de la propriété intellectuelle (ci-après CPI)[442]. La conclusion des contrats d'exploitation en matière de brevets repose sur le principe selon lequel les prérogatives patrimoniales[443] découlant du titre du brevet d'invention sont librement aliénables[444]. Le CPI consacre un type spécial de contrat d'exploitation, le contrat de licence d'exploitation de brevet (1°) et y attache un régime particulier (2°).

1°.- La licence d'exploitation de brevet.

69.- Selon l'article L. 613-8 al. 2 du CPI, « [les droits attachés à un brevet] peuvent faire l'objet […] d'une concession de licence d'exploitation. » En l'absence de définition légale[445], la doctrine définit le contrat de licence d'exploitation de brevet comme le contrat par lequel le titulaire d'un brevet concède à un tiers la jouissance de son droit d'exploitation[446], moyennant le paiement d'une redevance[447], tout en retenant la propriété du brevet[448]. Ceci étant, le licencié n'obtient qu'un droit

---

[442] 6e livre, deuxième section du troisième chapitre du premier titre, intitulé « Transmission et perte des droits », art. L. 613-8 et s.

[443] Il est à noter que le droit moral de l'inventeur ne peut faire l'objet d'un contrat d'exploitation en tant que tel. Sur ce point, O. LESTRADE, « Cession de brevet », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4730, n° 48.

[444] Voir art. L. 613-8 1e al., « les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet sont transmissibles en totalité ou en partie. »

[445] Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 14 : « Le contrat de licence d'invention brevetée n'est pas défini […] par le Code de la propriété intellectuelle. »

[446] La licence d'exploitation a un contenu positif et se distingue ainsi d'une simple convention de non opposition, aux termes duquel le titulaire d'un brevet d'invention s'engage simplement à ne pas opposer son brevet à celui d'un tiers. Voir en jurisprudence, Cass. com. 5 janv. 1983, *Albrycht c./ Société Eurotungstene et autres*, *JCP*, II, 1984, n° 20182, note M. Vivant : « Le contrat par lequel une partie s'engage à ne pas opposer le brevet dont elle est titulaire à un tiers doit s'analyser en une « convention de non-opposition », juridiquement distincte du contrat de licence. »

[447] Voir toutefois J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, Tome 2, LGDJ, 2013, n° 573, p. 627, note 82, pour qui les licences d'exploitation ne sont pas nécessairement des contrats onéreux.

[448] Sur ce point, voir par exemple, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 694, p. 366 ; Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 1 ; J.-J. BURST, *Breveté et licencié : leurs rapports juridiques dans le contrat de licence*, Litec, coll. CEIPI, 1970, n° 13, p. 17 : « Le contrat de licence peut se définir comme étant le contrat par lequel le titulaire d'un brevet concède à un tiers, en tout ou en partie, la jouissance de son droit d'exploitation, moyennant le paiement d'une redevance » ; G. BLANC-JOUVAN, *Droit de la propriété intellectuelle*, Vuibert, 2011, n° 380, p. 171 : « [La licence] n'entraîne pas de transfert de propriété, mais simplement le droit d'utiliser l'invention, d'en réaliser des applications industrielles. » ; J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, Tome 2, LGDJ, 2013, n° 573, p. 627 : « Sans opérer de transfert de propriété, le contrat fait naître au profit du licencié, non un droit réel, mais un droit de créance ou droit personnel contre le breveté. » ; déjà P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, Sirey, 1952, n° 628, p 265 et n° 1339, p. 627.

personnel (une créance) contre le titulaire du brevet[449]. Sur ce fondement, la licence d'exploitation se distingue, en principe, du contrat de cession de brevet-contrat translatif[450].

2°.- Le régime spécial du contrat de licence d'exploitation de brevet.

70.- Le CPI comprend une série de règles spéciales[451] concernant tant la forme et l'objet du contrat que d'autres aspects des contrats de licence.

- ***Règles de forme.***

71.- La licence d'exploitation en droit français est un contrat formel. Plus précisément, selon l'article L. 613-8 dernier alinéa, « les actes comportant […] une licence, visés aux deux premiers alinéas, sont constatés par écrit, à peine de nullité. » La licence d'exploitation de brevet doit être constatée par écrit *ad validitatem*[452]. La nullité du contrat n'est toutefois que relative[453]. De même, la licence d'exploitation doit être inscrite au Registre national des brevets[454] tenu par l'Institut National de la Propriété Industrielle (I.N.P.I.) (art. L. 613-9, al. 1er CPI[455]). Ajoutons que

---

[449] V. parmi d'autres F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 665, p. 352 : « [I]l ne parait pas possible de faire de la licence autre chose qu'un droit de créance. » ; *ibid.* n° 694, p. 366 et n° 704, p. 370.

[450] Voir parmi d'autres, J.-J. BURST, *Breveté et licencié : leurs rapports juridiques dans le contrat de licence*, Litec, coll. CEIPI, 1970, n° 13, p. 17. Il s'agit d'une question d'interprétation pour savoir quel type de transmission est utilisé dans chaque hypothèse. Il a pu être admis que par application de l'article 1162 du Code civil français (« Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation. »), en cas de doute, le contrat devrait être considéré comme une licence. En ce sens, Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 101.Voir toutefois *infra* n° 175 *sq.* sur l'introuvable frontière entre cession et licence.

[451] Il est vrai que les dispositions du CPI relatives à ces contrats sont rares, voir en ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 665, p. 352, qui évoque la rareté des dispositions légales sur ces contrats dans le Code de la propriété intellectuelle […] » ; J.-J. BURST, *Breveté et licencié : leurs rapports juridiques dans le contrat de licence*, Litec, coll. CEIPI, 1970, n° 22, p. 22 : « [N]ous interrogeons le législateur, dont les dispositions sont peu nombreuses. »

[452] Sur ce point voir par exemple, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 702, p. 369 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, 4e éd., Litec, 2007, n° 251, pp. 102-103.

[453] En ce sens, à propos du contrat de cession, ou la même formalité de publicité s'applique, v. F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 675, p. 356 ; O. LESTRADE, « Cession de brevet », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4730, n° 37. En jurisprudence, Cass. com., 17 juill. 1957, *Sirey*, 1958, p. 10. A propos des licences, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 702 *sq.*, p. 369 et les arrêts y cités ; Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 39 *sq.*

[454] V. aussi les art. R. 613-53 et s. pour les modalités pratiques de cette publicité.

[455] « 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, tenu par l'Institut national de la propriété industrielle. »

l'inscription du contrat de licence au Registre national des brevets fait l'objet d'une mention au Bulletin officiel de la propriété industrielle[456].

Les formalités de publicité ont essentiellement pour fonction de rendre la licence d'exploitation opposable aux tiers[457]. Ainsi, tant que la licence n'est pas inscrite, elle reste valable mais est inopposable aux tiers[458]. La disposition de l'art. L. 613-9, al. 1er du CPI est encore amenée à jouer dans les rapports entre personnes participant à des opérations successives sur le même droit de brevet.[459] De même, en l'absence d'inscription du contrat de licence, le licencié exclusif n'est pas recevable à agir en contrefaçon[460]. Toutefois, dans tous les cas, « le licencié, partie à un contrat de licence non inscrit au registre national des brevets, est également recevable à intervenir dans l'instance en contrefaçon engagée par le propriétaire du brevet afin d'obtenir la réparation du préjudice qui lui est propre. »[461]

- ***La divisibilité du droit transmis : Licence de brevet totale ou partielle.***

72.- La divisibilité du droit transmis par voie contractuelle est expressément consacrée par la loi. Plus précisément, l'article L. 613-8 al. 2, énonce que les droits attachés au brevet peuvent faire l'objet d'une licence d'exploitation « en totalité ou en partie ». La loi ne précise pas, cependant, la notion de licence totale ou partielle. Selon la doctrine, une licence totale porte sur toutes les applications de l'invention, tous les modes d'exploitation envisageables, toute la durée de la

---

[456] Article R. 613-59 CPI : « toute inscription portée au Registre national des brevets fait l'objet d'une mention au Bulletin officiel de la propriété industrielle ».

[457] Sur ce point, voir F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 703, p. 369.

[458] Certes, une licence sera opposable aux tiers de mauvaise foi, malgré l'absence d'inscription au Registre national des brevets. L'art. L. 613-9, al 2e CPI le prévoit clairement : « Toutefois, avant son inscription, un acte est opposable aux tiers qui ont acquis des droits après la date de cet acte, mais qui avaient connaissance de celui-ci lors de l'acquisition de ces droits. ». Pour l'ensemble de la question voir J.-P. MARTIN, « Les cessions et licences de brevet d'invention sont-elles opposables avant leur publication ? », *RDPI*, 1998, n° 87, p. 15 ; O. LESTRADE, « Cession de brevet », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4730, n° 38 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007, n° 253, pp. 103-104 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 703, p. 369. En jurisprudence, v. Cass. com., 25 mai 1976, *Bull. Civ.* IV, n° 179.

[459] En ce sens, Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 49 : « Ainsi, dans l'hypothèse de deux concessions de licence successives et toutes deux exclusives, le droit de licence appartiendra non pas au bénéficiaire de la première concession mais au bénéficiaire de la deuxième concession inscrite. Il en est de même en ce qui concerne le licencié non exclusif si le premier n'est pas inscrit. »

[460] Pour de plus amples développements sur la question v. not. Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 49 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 703, p. 370 : « [le défaut d'inscription] interdit au licencié exclusif d'opérer une saisie pour contrefaçon et d'agir en contrefaçon ». Toutefois, pour le même auteur, le licencié serait légitimé à agir en contrefaçon, même en l'absence d'inscription du contrat au Registre, « s'il est démontré que le contrefacteur avait, au moment des faits de contrefaçon, une connaissance effective du contrat de licence exclusive […] ». Sur le droit d'agir du licencié en droit français des brevets, voir *infra* n° 75.

[461] Art. 613-9 al. 3e CPI.

protection et sur l'ensemble du territoire pour lequel le brevet a été délivré[462]. De manière inverse, une licence partielle est la licence qui porte sur une partie des applications (revendications) de l'invention[463] et/ou une partie des prérogatives patrimoniales ou modes d'exploitation de l'invention brevetée[464], et/ou une partie du territoire[465] (par exemple une région ou un département[466]) pour lequel le brevet a été délivré et/ou pour une durée limitée[467]. De même, selon l'article L. 613-8 al. 3 du CPI, « les droits conférés par la demande de brevet ou le brevet peuvent être invoqués à l'encontre d'un licencié qui enfreint l'une des limites de sa licence imposées en vertu de l'alinéa précédent. »[468] Ainsi, le non respect des limites prévues pour une licence d'exploitation constitue non seulement une faute contractuelle mais aussi un acte de contrefaçon[469].

La loi ne prévoit pas de règles d'interprétation particulières sensées aider à déterminer la portée du contrat en cas de doute. Il a toutefois pu être jugé que si rien n'est indiqué dans le contrat, le licencié acquiert la jouissance de toutes les prérogatives attachées au brevet[470]. De manière similaire, il a été soutenu qu'en l'absence de limitations expresses stipulées dans le contrat, la licence est censée porter sur la totalité du territoire pour lequel le brevet a été délivré[471]. Par ailleurs,

---

[462] Implicitement, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 698, p. 367.

[463] Par exemple, l'exploitation peut porter sur l'application pour l'éclairage mais non pour le chauffage. En ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 698, p. 367 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007, p. 113, n° 283 ; J. FOYER, M. VIVANT, *Le droit des brevets*, Presses Universitaires de France, 1991, p. 440 ; C. GUTHMANN, « Contrats d'exploitation », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4723, n° 56 ; Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 69.

[464] Par exemple, licence de fabrication et licence de vente, Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 68. La divisibilité pourrait par ailleurs s'étendre jusqu'au niveau de certains types de fabrication particuliers. La seule limite à la divisibilité du droit exclusif est l'indépendance technique et économique des subdivisions du droit d'exploitation. Sur ce point, v. F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, Montchrestien, 1999, p. 266, n° 631.

[465] Sur les limitations territoriales, v. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007, p. 113, n° 283 ; Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 70 ; J. FOYER, M. VIVANT, *Le droit des brevets*, Presses Universitaires de France, 1991, p. 443. En jurisprudence, voir Cass. com., 26 avril 1968, *Bull. civ.* IV, n° 130, p. 114.

[466] En ce sens Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 70. En jurisprudence, CA Paris, 12 octobre 1965, *Ann. Propr. Ind.*, 1966, p. 32.

[467] Sur les limitations temporelles de la licence de brevet, voir J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007, n° 285, p. 114 ; J. FOYER, M. VIVANT, *Le droit des brevets*, Presses Universitaires de France, 1991, p. 440.

[468] En jurisprudence, voir Cass. Com., 10 octobre 2000, *PIBD*, 2001-III-1.

[469] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 698, p. 368.

[470] CA Paris, 17 mars 1900, *Ann. Propr. Ind.* 1900, p. 78, citée par Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 69.

[471] En ce sens, Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 70 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, 1999, n° 698, p. 367. Voir toutefois Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 103 : « [L]a limite des droits concédés au licencié sur le brevet doit être comprise de manière plutôt étroite. Il en est ainsi, en particulier, pour déterminer l'étendue territoriale de la licence », et les arrêts cités.

le plus souvent, la durée de la licence coïncide avec la durée de la protection légale du titre[472]. Une rédaction prudente des clauses sur la portée de la licence est certes recommandée, afin de dissiper toute ambigüité concernant l'étendue des prérogatives transmises au licencié[473].

- **Licence exclusive et non-exclusive (simple).**

73.- Selon l'article L. 613-8 al. 2 du CPI, les droits attachés au brevet peuvent faire l'objet d'une licence d'exploitation exclusive ou non exclusive[474]. La loi n'offre pas de définition de ces types de licence. Ajoutons que la définition de la licence exclusive reste incertaine. Plus précisément, il n'est pas certain que l'exclusivité se réfère à la concession d'autres licences de la part du concédant (ce qui correspondrait à la *sole licence* du droit anglais[475]), ou bien si elle offre au licencié un droit exclusif d'exploiter le brevet, à l'exclusion de tout tiers, y compris le titulaire du brevet. La doctrine[476] comme la jurisprudence[477] sont divisées sur ce point.

- ***L'effet erga omnes des licences d'exploitation.***

74.- La question de l'opposabilité des droits du licencié face aux titulaires ultérieurs du titre de brevet est traitée de manière spécifique par le CPI. Plus précisément, l'article L. 618 al. 4 du CPI dispose que « sous réserve du cas prévu à l'article L. 611-8, une transmission des droits visés au premier alinéa ne porte pas atteinte aux droits acquis par des tiers avant la date de transmission. » Ceci signifie que, en dehors de l'hypothèse où les licences sont concédées *a non domino*[478], les

---

[472] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle,* 2e éd., Economica, 2010,, n° 700, p. 368 et les références y citées.

[473] Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 69.

[474] « Ils peuvent faire l'objet, en totalité ou en partie, d'une concession de licence d'exploitation, exclusive ou non exclusive ».

[475] Voir *infra* n° 87.

[476] En faveur de la qualification de *sole licence* v. Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 72 ; J.-J. BURST, *Breveté et licencié : leurs rapports juridiques dans le contrat de licence*, Litec, coll. CEIPI, 1970, n° 209, p. 117. *Contra* F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle,* 2e éd., Economica, 2010, n° 698, p. 368 : « […] le licencié ayant alors seul le droit d'exploiter le droit concédé. » Plus nuancé, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle,* 2e éd. LGDJ, 2012, n° 963, p. 678 (à propos de toute licence de droits de propriété intellectuelle) : « [la licence exclusive] peut aussi interdire au concédant d'utiliser pour lui-même son bien intellectuel. »

[477] En faveur de l'exploitation du brevet par le titulaire (*sole licence*), CA Paris, 1er mai 1902, *Ann. Prop. Ind.*, 1903, p. 258 : « la licence exclusive n'implique que l'aliénation du droit de concéder d'autres licences. » ; T. com. Seine, 12 déc. 1917 et T. com. Paris, 7 nov. 1919, *Ann. Propr ind.*, 1920, p. 150 ; TGI Paris, 18 déc. 1985, *PIBD*, 1986, n° 390, III, p. 175.*Contra* Cass. 1re civ., 26 janv. 1955, *Ann. Propr. Ind.*, 1956, p. 1 ; TGI Marseille, 3 juill. 1987, *PIBD*, 1987, n° 420, III, p. 387. Comp. Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 72 : « Ce point mérite d'autant plus d'être précisé dans le contrat que la jurisprudence n'est pas encore définitivement fixée. »

[478] Voir J.-J. BURST, « Licence de Brevets- Effets du contrat de licence –Fin du contrat de licence », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 491, n° 149 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle,* 2e éd., Economica, 2010, n° 696, pp. 366-367 et n° 713, p. 374.

contrats de licence conclus antérieurement à la cession du brevet sont opposables et doivent être repris[479] par le cessionnaire[480].

- ***Droit d'agir du licencié.***

75.- La question du droit d'agir du licencié en justice est traitée de manière spécifique par le CPI. Ainsi, selon l'article L. 615-2 al. 2e du CPI, « le bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation peut, sauf stipulation contraire du contrat de licence, exercer l'action en contrefaçon si, après mise en demeure, le propriétaire du brevet n'exerce pas cette action. »[481] Notons que la disposition en cause s'applique par défaut[482] et uniquement lorsque le contrat de licence est inscrit au Registre national des brevets, selon les dispositions de l'article L. 613-9 du CPI[483]. En revanche, le licencié non exclusif n'a pas de droit à agir en contrefaçon en son propre nom. Il est toutefois recevable[484] (comme tout licencié) à intervenir dans l'instance en contrefaçon engagée par le breveté, afin d'obtenir la réparation du préjudice qui lui est propre (art. L. 615-2 dern. alinéa CPI)[485]. La même possibilité est également accordée au licencié dont le contrat n'est pas inscrit au Registre des brevets, ainsi qu'examiné ci-dessus (art. L. 613-9 3e al.).

---

[479] Ainsi, « le cessionnaire est substitué au bailleur de licence », C. GUTHMANN, « Contrats d'exploitation », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4723, n° 41 et « il est tenu de respecter les engagements contractuels pris par le cédant » ; Gutman, pratique, n° 28.

[480] Sur ce point, voir par exemple, J.-J. BURST, « Licence de Brevets- Effets du contrat de licence –Fin du contrat de licence », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 491, n° 149 et 150 ; O. LESTRADE, « Cession de brevet », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4730, n° 41. En jurisprudence, Cour de Douai, 26 sept. 1994, *RDPI*, 1994, n° 56, p. 41.

[481] Selon l'alinéa suivant, « le breveté est recevable à intervenir dans l'instance en contrefaçon engagée par le licencié, conformément à l'alinéa précédent. »

[482] En effet, il est possible que le contrat interdise au licencié exclusif d'agir en justice *ex jure proprio*. Voir sur ce point, C. GUTHMANN, « Contrats d'exploitation. Cession et licence de brevet. Conseils pratiques », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4724, n° 20 : « le contrat de licence ne doit pas comporter une clause interdisant au licencié exclusif d'agir en contrefaçon. » Comp. J. SCHMIDT, « Les contrats d'exploitation de brevets en droit privé », *in* INSTITUT DE FRANCE, *Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention*, Actes de colloque, Paris- 10 mars 2005, Lavoisier, 2006, p. 3 et s., p. 36 : « Le licencié ne [peut agir en contrefaçon] que sous des conditions encadrées par la loi : une licence exclusive, *sans clause l'interdisant expressément* et après une mise en demeure d'agir adressée au breveté et restée infructueuse. Sinon, le licencié peut intervenir dans le procès intenté à titre principal par le breveté pour obtenir l'indemnisation de son propre préjudice de la part du contrefacteur. »

[483] Voir *supra* n° 71. En ce sens, C. GUTHMANN, « Contrats d'exploitation », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4723, n° 81 ; Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 49. En jurisprudence, CA Paris, 30 sept. 1983, *Ann. Propr. Ind.*, 1983, p. 247 ; TGI Rennes, 14 févr. 2000, *PIBD*, 2000, n° 703, III, p. 383.

[484] Le contrat de licence doit être, toutefois, dûment inscrit au R.N.B. Sur ce point, Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 49. En jurisprudence, voir par exemple, TGI Paris, 10 mars, 1975, *Dossiers brevets*, 1975, IV, n° 7.

[485] « Tout licencié est recevable à intervenir dans l'instance en contrefaçon engagée par le breveté, afin d'obtenir la réparation du préjudice qui lui est propre. » Sur ce point, C. GUTHMANN, « Contrats d'exploitation », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4723, n° 83.

C.- En Allemagne.

76.- Le cadre juridique spécial allemand des contrats d'exploitation des brevets d'invention est consacré essentiellement[486] par la « loi des Brevets d'invention »[487] du 16 déc. 1980[488] (ci-après PatG), telle qu'en vigueur aujourd'hui, après sa dernière modification par la loi du 24 novembre 2011[489].

La conclusion des contrats d'exploitation des brevets d'invention repose sur le principe selon lequel le droit des brevets est aliénable[490]. La PatG consacre un type spécial de contrat d'exploitation, à savoir, le contrat de licence de brevet (*Patentlizenz*) (1°) et y attache un régime particulier (2°).

1°.- La licence de brevet (*Patentlizenz*).

77.- Le droit qui découle du brevet d'invention (par commodité, droit de brevet d'invention) peut faire l'objet d'une licence (volontaire)[491] (art. 15§2 al. 1er PatG[492]). La loi n'offre pas de définition pour le contrat de licence[493]. Le contrat de licence est également un contrat à contenu positif : le concédant se voit chargé des obligations positives face au licencié et ne se contente pas seulement

---

[486] A. HARGUTH, S. CARLSON, *Patents in Germany and Europe, Procurement, Emforcement and Defense, An International Handbook*, Wolters Kluwer Law & Buisiness, 2011, p. 10 : « The primary source of substantive patent law in Germany is the German Patent Act. »

[487] Titre en allemand, « Patentgesetz ».

[488] BGBl. 1981 I p. 1.

[489] La version consolidée de la loi allemande sur les brevets d'invention est disponible (en allemand), sur : <www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/patg/gesamt.pdf>. Par contre, la traduction en anglais n'est disponible que pour la version historique de la loi, suite à la modification de celle-ci par la loi du 31 juillet 2009, voir la base de données de l'OMPI « WIPO Lex », <www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=238776>. La traduction en français n'est disponible que pour la version historique de la loi, suite à la modification de celle-ci par les lois des 16 juillet et 6 août 1998, voir la base de données de l'OMPI « WIPO Lex », <www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=126261>. Toute citation des articles traduits en français renvoie à cette traduction, sauf mention contraire.

[490] Sur ce point, voir A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008, p. 7 : « Patent rights are considered personal property and may be freely assigned to other parties ». ; A. HARGUTH, S. CARLSON, *Patents in Germany and Europe, Procurement, Emforcement and Defense, An International Handbook*, Wolters Kluwer Law & Buisiness, 2011, p. 228.

[491] A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008, p. 7.

[492] « Les droits visés à l'alinéa 1) peuvent faire […] l'objet de licences […] ».

[493] Selon une approche doctrinale, les licences sont des *transferts partiels* du droit de brevet, portant sur certaines prérogatives découlant du titre qui sont valables pour une certaine période. En ce sens, S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 6 et les références citées.

de s'abstenir d'une action en justice[494]. C'est pourquoi il devrait être distingué du contrat de non opposition (ou contrat de licence négative).

2°.- Le régime spécial du contrat de licence de brevet.

78.- La PatG est très succincte quant à la réglementation des licences de brevet d'invention. Elle comprend une série de règles spéciales concernant tant la forme et l'objet du contrat que d'autres aspects des contrats de licence.

- ***Les règles de forme.***

79.- La licence de brevet en droit allemand n'est pas un contrat formel. Plus précisément, la loi n'exige pas que la licence soit constatée par écrit[495]. Ceci dit, une licence peut être valablement conclue oralement[496]. De même, la loi prévoit un formalisme non obligatoire[497] d'enregistrement du contrat de licence (exclusive) au registre de l'Office des brevets (allemand). Plus précisément, selon l'art. 30§4 al. 1er PatG, « sur requête du titulaire du brevet ou du preneur de licence, l'Office des brevets mentionne dans le registre la concession d'une licence exclusive sous réserve qu'il reçoive la preuve du consentement de l'autre partie »[498].

Il est à noter qu'il existe encore un autre type de formalité quant à la déclaration par laquelle le titulaire d'un brevet se déclare prêt à offrir des licences à tout tiers pour exploiter son invention moyennant une rémunération équitable. Cette déclaration est constatée par écrit, inscrite au registre et publiée dans le Bulletin des brevets [*Patentblatt*], (art. 23§1 PatG[499]).

- ***La divisibilité du droit transmis : licence de brevet totale ou partielle.***

---

[494] Sur ce point, voir S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, pp. 6-7 et les références citées.

[495] En ce sens, voir A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008, p. 13.

[496] A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008, p. 13 : « Also, the agreement can be concluded orally since written form is not required. »

[497] Voir déjà J. PAGENBERG, « Droit européen des licences exclusives de brevets. Droit communautaire, droit français, droit allemand », [Recension de livre], *IIC*, 1991, p. 432 : « Whereas the in rem character of the German exclusive licence could have led to the requirement of registration in Germany, one does not find such a registration prerequisite. »

[498] Déjà, G. METAXAS-MARANGHIDIS (sous dir. de), *Intellectual Property Laws of Europe*, John Wiley & Sons, 1995, Germany, n° 8.2.13 : « Exclusive licences under a patent may be recorded in the Register *if the parties so wish*. »

[499] « Si, par déclaration écrite adressée à l'office des brevets, le déposant ou la personne inscrite au registre en tant que titulaire du brevet se déclare prêt, moyennant une rémunération équitable, à autoriser tout tiers à exploiter l'invention, les taxes annuelles venant à échéance après réception de ladite déclaration sont réduites de moitié. La déclaration visant le brevet principal étend ses effets aux brevets d'addition. Elle doit être inscrite au registre et publiée dans le bulletin des brevets. »

80.- Selon l'art. 15§2 PatG, la licence de brevet d'invention peut être totale ou partielle. La loi n'offre pas de définition expresse à propos de ce type de licences. Toutefois, il est admis qu'une licence totale est la licence par laquelle le licencié se voit être autorisé à exploiter l'invention brevetée sans être soumis à aucune restriction. En revanche, la licence sera limitée lorsque le licencié acquiert un droit d'exploitation limité par rapport au droit du concédant.

La loi prévoit expressément deux types de limitations applicables aux contrats de licence de brevet (art. 15§2 al. 1er PatG). D'une part, une licence peut être limitée à l'égard du droit concédé. En pratique, le concédant peut octroyer une licence couvrant partiellement les prérogatives découlant du brevet d'invention, telles que stipulées dans l'article 9 PatG. D'autre part, une licence peut comprendre des limitations territoriales[500]. Les limitations matérielles et territoriales peuvent être soit alternatives soit cumulatives[501]. Ajoutons que selon l'article 15§2 al. 2e PatG, le licencié qui bénéficie d'une licence limitée est coupable de contrefaçon lorsqu'il enfreint les limitations prévues dans le contrat[502].

- ***Licence exclusive et non-exclusive (simple).***

81.- L'article art. 15§2 al. 1er de la PatG consacre expressément la distinction entre licences exclusives et non exclusives[503]. Toutefois, la loi ne définit pas ce type de licences. Au sujet des licences exclusives, il est soutenu en doctrine que, par défaut, le titulaire du brevet ne peut pas exploiter l'invention, sauf si le licencié exclusif le permet (exclusivité totale ou de droit)[504].

---

[500] Art. 15§2 al. 1er PatG : « Les droits visés à l'alinéa 1) peuvent faire, en totalité ou en partie, l'objet de licences exclusives ou non exclusives pour le territoire d'application de la présente loi ou pour une partie de celui-ci. »

[501] Sur ce point, voir A. HARGUTH, S. CARLSON, *Patents in Germany and Europe, Procurement, Emforcement and Defense, An International Handbook*, Wolters Kluwer Law & Buisiness, 2011, p. 135 : « Such agreement could be limited both to particular activities and geographic regions. »

[502] « Les droits conférés par le brevet peuvent être invoqués à l'encontre d'un titulaire de licence qui enfreint une restriction imposée à sa licence en vertu de la première phrase. » *Cf.* l'art. 8 § 2 de la Directive 2008/95/CE du Parlement Européen et du Conseil, rapprochant les législations des États membres sur les marques, du 22 octobre 2008 (version codifiée), JO n° L 299, du 8.11.2008, p. 25, codifiant la Directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques, JO, n° L 040, 11/02/1989 p. 0001 – 0007.

[503] Déjà G. METAXAS-MARANGHIDIS (sous dir. de), *Intellectual Property Laws of Europe*, John Wiley & Sons, 1995, Germany, n° 8.2.13 : « Exclusive and non-exclusive licences may be granted. »

[504] En ce sens, G. METAXAS-MARANGHIDIS (sous dir. de), *Intellectual Property Laws of Europe*, John Wiley & Sons, 1995, Germany, n° 8.2.14 : « The owner of the patent may only exploit the invention with the consent of the grantee of the exclusive licence. » ; H. KROITZSCH, « Exclusive Licenses as a Means of Advancing Technical Progress. Report on a Panel Discussion Held on June 9, 1977 », *IIC*, 1997, p. 542 s. : « Under the German law, an exclusive license means not merely that the patentee will grant no further licenses, but also that he will himself not exploit the patent rights. »

- ***L'effet erga omnes des licences.***

82.- La PatG contient une disposition particulière concernant l'opposabilité des licences, selon laquelle, « [la] cession de droits ou la concession d'une licence est sans préjudice des licences accordées antérieurement à des tiers. » (art. 15§3 PatG)[505].

D.- Au Royaume Uni.

83.- Le cadre juridique spécial britannique des contrats d'exploitation des brevets d'invention est consacré par la loi des Brevets d'invention[506] du 29 juillet 1977 (ci-après PA), telle qu'actuellement en vigueur[507], suite notamment à sa modification par la *Patents Act* 2004[508]. La possibilité de conclure des contrats d'exploitation en droit britannique des brevets repose sur le principe selon lequel le brevet est un objet de propriété aliénable et librement commercialisable[509]. La PA consacre un type spécial de contrat d'exploitation, le contrat de licence de brevet (*patent licence*) (1°) et y attache un régime particulier (2°).

1°.- La licence de brevet (*patent licence*).

84.- La PA britannique consacre la licence de brevet comme type spécial des contrats d'exploitation des brevets d'invention[510]. Plus précisément, l'article 30§4 PA reconnait la possibilité de la mise en

---

[505] Pour une version anglaise de l'article en question voir A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008, p. 150 : « Any transfer of right sot the issue of a license shall not affect licenses previously issued to third parties. » ; A. HARGUTH, S. CARLSON, *Patents in Germany and Europe, Procurement, Emforcement and Defense, An International Handbook*, Wolters Kluwer Law & Buisiness, 2011, p. 135 : « The assignment of rights or the granting of a license shall not affect licenses previously granted to other persons ». Cette disposition a été introduite le 1er janvier 1987 afin d'améliorer la position des licenciés non exclusifs, dont les droits n'étaient pas opposables aux ayants droit du concédant, même si ce dernier connaissait l'existence de ces licences. Sur cette question voir J. PAGENBERG, « Better protection for Licensees in Germany », *IIC* 1988, p. 216. Sur l'ancien droit voir la décision Cour Supreme, 23.03.1982, Aff. KZR 5/81 « Fastening Means », *IIC* 1984, p. 371, note J. Pagenberg.

[506] Titre de la loi en anglais, « Patent Act 1977 (chapter 37) ».

[507] La version consolidée de la loi anglaise sur les brevets d'invention est disponible sur : <www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/37/data.pdf>. Voir aussi M. DOWIE-WHYBROW, *Core Statutes on Intellectual Property*, 3e éd., Palgrave Macmillan, 2011.

[508] En ce sens, E. DERCLAYE, M. LEISTNER, *Intellectual Property Overlaps, A European Perspective*, Hart, 2011. 2011, p. 185.

[509] En ce sens, W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, no 7-16, p. 301 ; P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, p. 104 ; D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 505.

[510] Sur la fonction de ce type en tant que cadre contractuel préétabli voir M. FYSH, A. ROUGHTON, T. COOK, M. SPENCE, *The Modern law of patents*, Lexis Nexis Butterworths, 2005, n° 12.9, p. 223 : « Where a transaction involving patents does not use the terminology of PA 1977 (eg, if an agreement purports to grant a lease of patent), it is

œuvre contractuelle du droit découlant du brevet d'invention, par le biais de la conclusion de licences (volontaires[511]) entre le concédant (*licensor*) et le licencié (*licensee*). Selon les termes de cet article, « [s]ous réserve de l'article 36§3, en vertu d'un brevet ou d'une demande de brevet, une licence peut être concédée pour l'exploitation de l'invention qui est l'objet du brevet ou de la demande en question»[512].

La loi n'offre pas de définition générale pour le contrat de licence de brevet[513]. En doctrine, il est généralement admis que la licence est un contrat par lequel le licencié est autorisé à réaliser des actes qui seraient autrement réservés au titulaire du brevet[514], sans encourir le risque d'être poursuivi en contrefaçon par le titulaire du brevet[515]. Il est considéré que la licence n'emporte pas transfert du brevet et que le licencié tient la possibilité d'exploiter le brevet du concédant[516]. Ceci dit, la licence de brevet se distingue, en principe, de la cession de brevet puisque cette dernière entraîne le transfert du titre du brevet.

---

suggested that the court would usually try to apply one of the categories set out in section 30 PA 1977 to the transaction (eg, by classifying the 'lease' as a licence, perhaps as an exclusive licence). »

[511] Voir L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 572 ; J. DAVIS, *Intellectual Property Law*, 4e éd., Oxford University Press, 2012, n° 6.92, p. 324.

[512] Sur ce point voir, par exemple, C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 152, p. 150 ; M. FYSH, A. ROUGHTON, T. COOK, M. SPENCE, *The Modern law of patents*, Lexis Nexis Butterworths, 2005, n° 12.13, p. 226. L'article 31§4 PA prévoit une règle à contenu identique applicable en Écosse. Sur la relation entre les art. 30 et 31 PA, voir M. FYSH, A. ROUGHTON, T. COOK, M. SPENCE, *The Modern law of patents*, Lexis Nexis Butterworths, 2005, n° 12.9, p. 223 : « The position in Scotland is governed by section 31 PA 1977, and reflects the different system of property and contract laws that apply in Scotland. In practice, the differences between section 30 and section 31 seem to be mainly differences of terminology, rather than substance. »

[513] Voir *infra* n° 87, la définition du contrat de licence exclusive de brevet.

[514] En ce sens, M. FYSH, A. ROUGHTON, T. COOK, M. SPENCE, *The Modern law of patents*, Lexis Nexis Butterworths, 2005, n° 12.9, p. 224 : « [A] licence is a permission from the patent owner to perform acts that, in the absence of the licence would infringe the patent. » ; C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 152, p. 150 ; P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, p. 105.

[515] L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 573, pour qui « a 'bare licensee' acquires the right not to be sued in relation to the acts set out in the licence […] ». Comp. W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, *Intellectual property*, 6e éd., Sweet & Maxwell, 2007, n° 7-24, p. 285, se référant à la distinction entre une licence et un contrat de non opposition : « If the licensor undertakes no more than to give the licensee permission to manufacture under his patent or patents, he acquits himself by making the grant. » ; *ibid* note n° 85 : « Unless he guarantees the validity of the patent expressly, the agreement will be taken to be the *licence of a risk.* »

[516] En ce sens C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 152, p. 150 ; G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 160 s., se référant à la fois aux licences de brevet et de marque. Comp. aussi, *a contrario* P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, p. 105 : « [B]y licensing it out to someone else, this can happen without the patentee losing control as would be the case in an assignment of the patent. » *Contra* S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 7, pour qui, « [a] patent licence constitutes a limited transfer of a patent. »

2°.- Le régime spécial du contrat de licence de brevet.

85.- La PA comprend une série[517] de règles spéciales concernant tant la forme et l'objet du contrat que les droits et les obligations des parties d'un contrat de licence de brevet.

- ***Les règles de forme.***

86.- La PA ne prévoit pas de formalités ad validitatem pour la conclusion des contrats de licence[518]. Ainsi, une licence est valable même conclue oralement ou tacitement (*implied licence*)[519]. Toutefois, la PA prévoit la formalité d'enregistrement des contrats de licence au Registre des brevets. L'enregistrement de la licence n'est pas obligatoire[520]. Toutefois, sa réalisation présente plusieurs avantages[521]. D'une part, l'enregistrement de tout contrat de licence (exclusive ou non exclusive) est utile pour des raisons d'opposabilité du droit du licencié aux parties des transactions ultérieures (art. 33§1 et 33§3 c) PA)[522]. D'autre part, il est important d'enregistrer une licence exclusive au Registre des brevets dans un délai de six mois à compter de la date de conclusion du contrat, afin que le licencié exclusif puisse obtenir des dommages-intérêts ou la reddition des

---

[517] « A code of basic rules », W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, n° 7-16, p. 301.

[518] En ce sens, W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, n° 7-17, p. 301 et note n° 67 ; J. DAVIS, *Intellectual Property Law*, 4e éd., Oxford University Press, 2012, n° 6.94, p. 323, à propos des licences exclusives : « These need not be in writing. » Comp. C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-03, p. 28 : « There is no requirement that the licence be in writing. However, a written agreement is strongly recommended to avoid disputes as to what was agreed by the parties. » Voir toutefois P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, p. 105, se référant à un « formal agreement ».

[519] *A contrario* art. 30(6) PA et 31(6) PA (régime applicable en Ecosse). Sur ce point, voir W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, n° 7-17, p. 301 : « [I]t is only right that an informal oral licence should be legally effective. » ; L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 573.

[520] Voir, à titre indicatif, C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-03, p. 28 : « A licence *may* be registered at the UK IPO […] ».

[521] En ce sens, M. FYSH, A. ROUGHTON, T. COOK, M. SPENCE, *The Modern law of patents*, Lexis Nexis Butterworths, 2005, n° 12.62, p. 251 : « Registration of transactions is not compulsory, but brings certain advantages […]. »

[522] Sur ce point, voir par exemple C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, 2012, n° 152, p. 150 : « It is essential that notice of the grant of a licence or assignment is entered in the register of patents. This is because the registration of an acquisition of property in a patent or application defeats earlier transactions, instruments or events that have not been registered provided the person claiming under the later transaction did not know of the earlier transaction. » ; M. FYSH, A. ROUGHTON, T. COOK, M. SPENCE, *The Modern law of patents*, Lexis Nexis Butterworths, 2005, 12.11, p. 225 : « [The assignee] will be deemed to have notice [of the licence] if the licence has been registered with the Patent Office. » *Cf.* P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, p. 105, se référant uniquement aux contrats de cession ou de mise en gage. La rigidité du principe d'opposabilité est assouplie par la disposition de l'art. 33§1 c), selon laquelle, la licence sera opposable à une licence ultérieure même en l'absence d'enregistrement lorsque cette dernière a été enregistrée de mauvaise foi (en ayant connaissance de la licence précédente). Voir G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 171.

comptes des bénéfices résultant de la contrefaçon de son droit pour la période comprise entre la conclusion du contrat et son enregistrement (art. 68 PA)[523]. À défaut d'enregistrement pendant cette période de grâce de six mois, le licencié exclusif ne sera pas en mesure d'obtenir des dommages-intérêts pour les violations de son droit réalisées avant l'enregistrement effectif du contrat[524].

Ajoutons que la PA prévoit des formalités quant à la demande effectuée et enregistrée auprès du Registre des brevets, par laquelle elle se déclare prêt à offrir des licences à tout tiers pour exploiter l'invention (V. art. 46 et s. PA, *licences as of right*, licences de plein droit)[525].

- ***Licence exclusive et licence non exclusive (simple)[526].***

87.- La PA consacre expressément deux types de licence, la licence exclusive et la licence non exclusive (art. 30§4 comb. avec art. 30§7 et 130 PA)[527]. La licence exclusive est définie expressément par la loi[528]. Selon la définition de l'article 130 PA[529], une licence exclusive est la licence conférant au licencié tout droit sur l'invention brevetée à l'exclusion de toute autre personne, y compris le titulaire du brevet[530]. Le licencié exclusif est le seul en mesure d'exercer les droits concédés et le concédant n'a le droit ni de concéder une licence (dans les mêmes termes) à un tiers ni d'exploiter son droit lui-même[531]. La licence non exclusive n'est pas définie par la PA. Il est

---

[523] Voir sur ce point, D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 507 : « [A]n exclusive licensee may be unable to obtain costs or expenses in respect of any infringement proceedings. » ; C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 152, p. 150 ; W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, *Intellectual property*, 6e éd., Sweet & Maxwell, 2007, n° 7-17, p. 280.

[524] M. FYSH, A. ROUGHTON, T. COOK, M. SPENCE, *The Modern law of patents*, Lexis Nexis Butterworths, 2005, n°12.62, p. 252.

[525] Sur les modalités d'une telle déclaration voir, à titre indicatif, D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 507 s. ; P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, pp. 105-106.

[526] Pour l'ensemble de la question voir B. CAWTHRA, « Exclusive, Sole and Non-Exclusive Rights in Patent Licence Agreements », *IIC*, 1977, p. 430 et s.

[527] Voir not. art. 130, interprétation du terme 'exclusive licence', où est faite une référence expresse aux licenciés exclusifs et non exclusifs.

[528] Voir toutefois G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 172, pour qui « il n'existe pas de définition précise de la licence exclusive dans les textes spécifiques. »

[529] V. l'entrée « exclusive licence ».

[530] Sur ce point voir D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 506 ; P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, pp. 108-109 : « [an exclusive licence] is of particular benefit to the licensee, who thus acquires the monopoly power inherent in the grant of a patent. » ; M. FYSH, A. ROUGHTON, T. COOK, M. SPENCE, *The Modern law of patents*, Lexis Nexis Butterworths, 2005, n° 12.13, pp. 226-227. Voir toutefois G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, pp. 172-173 pour qui la renonciation par le concédant au droit d'exploiter d'une licence exclusive est critiquable car l'exploitation par ce dernier ne fait pas automatiquement concurrence au licencié exclusif. Sur cette base l'auteure conclut que « la licence exclusive interdit simplement au concédant de faire concurrence au licencié sur le territoire déterminé par la licence, mais il se réserve le droit d'exploiter directement le droit de propriété industrielle sur d'autres territoires. » Qu'en est-il toutefois d'une licence exclusive totale ?

[531] En ce sens, W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, n° 7-21, p. 304 : « The exclusive licence, by which the licensor undertakes voluntarily not only to grant no other licences but also not to manufacture or sell within the licensee's province himself. » ; M. FYSH, A. ROUGHTON, T. COOK,

généralement admis qu'une licence est non exclusive lorsque le licencié n'a qu'un droit d'exploiter le brevet simultanément avec le titulaire du brevet et/ou autres licenciés (eux aussi non exclusifs)[532].

Ajoutons qu'au-delà du binôme prévu par la loi (composé de la licence exclusive et de la licence non exclusive), les parties peuvent également opter pour un type de licence situé entre la licence exclusive et la licence non exclusive, connue sous le nom de sole licence. La sole licence de brevet permet au licencié d'exercer les droits concédés à l' exclusion de toute autre personne en dehors du titulaire du brevet[533]. Ainsi, dans l'hypothèse de la sole licence, l'exclusivité se réfère davantage à la qualité du licencié qu'à l'exploitation du brevet[534].

- ***Le transfert du contrat de licence.***

88.- La PA comprend une règle spéciale relative au transfert des licences. Plus précisément, selon l'art. 30§4 a) PA, « dans la mesure où la licence le prévoit, toute licence ou sous-licence peut être cédée ou être mise en gage »[535]. Selon la jurisprudence précédente à la PA, la licence serait transférable lorsque l'expression d'une intention en faveur de la transmissibilité du contrat est clairement stipulée dans le contrat[536]. De même, d'après une lecture *a contrario* de l'art. 30§4 a) PA, les parties peuvent restreindre la transferabilité du contrat de la licence[537]. Dans une telle hypothèse, la restriction à la transferabilité du contrat de licence n'est pas un acte enregistrable mais

---

M. SPENCE, *The Modern law of patents*, Lexis Nexis Butterworths, 2005, n° 12.24, p. 233 et l'arrêt *Rapid Steel Co.* c./ *Blankstone* [1907] 24 RPC 529, 541.

[532] Voir M. FYSH, A. ROUGHTON, T. COOK, M. SPENCE, *The Modern law of patents*, Lexis Nexis Butterworths, 2005,12.26, p. 234 : « A non-exclusive licence allows the licensor both to license others and exercise the licensed right himself, within (and, for the matter, outside) the scope of the licensee's licence. » ; indirectement, W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, n° 7-30, p. 309. Ceci étant, le concédant peut octroyer des licences non exclusives *a priori* à un nombre indéfini des licenciés. Dans cette hypothèse, la clause du licencié le plus favorisé (*most favoured licensee clause*) peut être stipulé dans le contrat. Sur ce point voir W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, *Intellectual property*, 6e éd., Sweet & Maxwell, 2007, n° 7-29, p. 288 ; M. FYSH, A. ROUGHTON, T. COOK, M. SPENCE, *The Modern law of patents*, Lexis Nexis Butterworths, 2005, n° 12.44, p. 243.

[533] W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, p. 304, note n° 90 : « Where both have rights, the licence is called 'sole' » ; M. FYSH, A. ROUGHTON, T. COOK, M. SPENCE, *The Modern law of patents*, Lexis Nexis Butterworths, 2005, n° 12.25, p. 233-234 : « By contrast with an exclusive licence, a sole licence means that the licensor will not grant anyone a licence within the scope of the licensed rights. The licensor remains free to exercise those rights directly himself in competition to the sole licensee (or through his agents or assigns). »

[534] Sur la distinction entre licence de brevet exclusive et *sole licence* voir l'arrêt *Martin-Baker Aircraft Co. Ltd* c./ *Canadian Flight Equipement Ltd* [1955=] 72 RPC 236 (citée par M. FYSH, A. ROUGHTON, T. COOK, M. SPENCE, *The Modern law of patents*, Lexis Nexis Butterworths, 2005, n° 12.25 p. 234).

[535] Sur ce point, voir par exemple D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 506 ; M. FYSH, A. ROUGHTON, T. COOK, M. SPENCE, *The Modern law of patents*, Lexis Nexis Butterworths, 2005, n° 12.15, p. 228.

[536] Voir les arrêts cités par M. FYSH, A. ROUGHTON, T. COOK, M. SPENCE, *The Modern law of patents*, Lexis Nexis Butterworths, 2005, n° 12. 15, p. 228, note n° 110.

[537] En ce sens, S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law- Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 33. Comp. les termes utilisés au sein de l'art. 30§4 a) PA : « to the extent that the licence so provides… ».

elle est opposable aux tiers. C'est pourquoi, l'acquisition du contrat de licence *bona fide* par le nouveau licencié ne le libère pas de cette restriction[538].

- ***Concession de sous-licences.***

89.- La PA reconnait expressément la possibilité d'octroi de sous-licences par un licencié de brevet. Ainsi, selon l'article 30§4 a) PA une sous-licence peut être concédée par le licencié à un tiers dans la mesure où la licence le prévoit[539]. La sous-licence est un acte enregistrable selon l'article 33§3 c PA.

- ***L'effet erga omnes des contrats.***

90.- Ainsi qu'abordé précédemment, l'opposabilité des contrats de licence (comme d'un ensemble de transactions portant sur les brevets d'invention) est dépendante de leur enregistrement au Registre des brevets (art. 33 PA §§1 et 2 PA)[540]. En effet, une licence enregistrée est opposable à toute personne qui allègue avoir acquis la propriété du brevet ou un droit découlant du brevet en vertu d'une transaction ultérieure[541]. En revanche, une licence non enregistrée n'est opposable à l'acquérant ultérieur d'un droit concurrent à celle-ci que dans l'hypothèse où ce dernier connaissait l'existence de la transaction préexistante[542]. Ainsi, les licences enregistrées sont opposables aux

---

[538] En ce sens, S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 33.

[539] Tel serait certainement le cas d'une licence constatée par écrit qui comprend une clause par laquelle le licencié a le droit de concéder des sous-licences. Voir sur ce point M. FYSH, A. ROUGHTON, T. COOK, M. SPENCE, *The Modern law of patents*, Lexis Nexis Butterworths, 2005, n° 12. 14, p. 227 et l'arrêt cité sous la note n° 103. Comp. S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 33 : « S30(4)(a) PA 1977 provides as the default rule that licences allow for sub-licences […] ».

[540] Art. 33§1 a) et c) : « Le droit sur le brevet appartient à toute personne qui allègue en avoir acquis la propriété en vertu d'une transaction, d'un instrument ou d'un événement auquel le présent article s'applique, à l'encontre de toute autre personne qui allègue en avoir acquis la propriété en vertu d'une transaction antérieure, d'un instrument antérieur ou d'un événement antérieur auquel le présent article s'applique lorsque, à la date de la transaction ultérieure, de l'instrument ultérieur ou de l'événement ultérieur (a) la transaction antérieure, l'instrument antérieur ou l'événement antérieur n'était pas enregistré et […] (c) en tout état de cause, la personne qui allègue en avoir acquis la propriété en vertu de la transaction ultérieure, de l'instrument ultérieur ou de l'événement ultérieur ne connaissait pas l'existence de la transaction antérieure, de l'instrument antérieur ou de l'événement antérieur »

Art. 33§2 : L'alinéa 1 s'applique également lorsqu'une personne allègue avoir acquis le droit sur le brevet […] en vertu d'une transaction, d'un instrument ou d'un événement auquel le présent article s'applique et que ce droit est incompatible avec un droit de ce genre acquis en vertu d'une transaction antérieure, d'un instrument antérieur ou d'un événement antérieur auquel le présent article s'applique. » (Traduction disponible sur la base de données WIPO lex, <www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=127489>).

[541] Art. 33§§1 et 2 PA *a contrario*.

[542] *A contrario* C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 152, p. 150 : « …provided the person claiming under the later transaction did not know of the earlier transaction. » ; M. FYSH, A. ROUGHTON, T. COOK, M. SPENCE, *The Modern law of patents*, Lexis Nexis Butterworths, 2005, n° 12. 11, p. 225 : « If [an assignee] is a *bona fide* purchaser of the patent without notice of the licence, it is submitted that he will not be bound by its terms. »

transactions ultérieures et, de manière subséquente, elles sont prioritaires par rapport aux transactions non enregistrées[543].

- ***Le droit d'agir du licencié.***

91.- La PA confère au seul licencié exclusif le droit d'agir à titre autonome en son propre nom en cas de violations du droit après la date de la conclusion du contrat de licence (art. 67 PA[544])[545]. Le titulaire du brevet doit toutefois rejoindre le licencié au procès (art. 67(3) PA)[546]. Ajoutons que la loi permet au concédant de conférer[547] au licencié le pouvoir d'agir en contrefaçon pour des infractions réalisées antérieurement à la conclusion du contrat de licence selon les termes de l'article 30§7 PA[548]. Enfin, pour les violations réalisées avant l'enregistrement du contrat de licence exclusive la règle de l'article 68 PA est applicable[549].

---

[543] En ce sens, P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, p. 105 : « [R]egisterd transactions in relation to patents take priority over those that have not been registered. »

[544] Art. 67§1 PA : « Sous réserve des dispositions du présent article, le preneur d'une licence exclusive portant sur le brevet a le même droit [*shall have*] que le propriétaire du brevet d'engager une procédure en contrefaçon du brevet commise après la date de la licence ; l'expression « propriétaire du brevet » figurant dans les dispositions de la présente loi relative à la contrefaçon doit être interprétée en conséquence. » (Traduction disponible sur la base de données WIPO *lex*). Notons que les parties peuvent en décider autrement. En ce sens C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-03, p. 28 : « An exclusive licensee has the same right to take action in respect of infringements of the relevant rights as the proprietor of the patent, unless the parties agree otherwise in the licence. » *Contra* G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 161 (citant l'arrêt *Northern & Shell* c./ *Conde Nast* (préc.), pour qui le licencié exclusif n'a pas le droit d'agir en contrefaçon contre un tiers, en l'absence de consentement du propriétaire.

[545] Sous réserve de l'art. 68 PA. Voir sur ce point, C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 152, p. 150 : « [A]n exclusive licensee may sue for infringement in his own name […] » ; P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, p. 110 : « The law reflects this reality by giving to the holder of an exclusive patent licence the same rights as the original patentee in relation to the bringing of infringement proceedings. » ; D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 506 : « An exclusive licensee has the same right as the proprietor to bring proceedings in respect of any infringement of the patent *after the date of the licence agreement.* »

[546] En ce sens, D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 506, note n° 59 ; L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 573, note n° 21.

[547] Ceci doit être prévu de manière expresse, voir M. FYSH, A. ROUGHTON, T. COOK, M. SPENCE, *The Modern law of patents*, Lexis Nexis Butterworths, 2005, n° 12.13, p. 226 : « It is suggested that 'may confer' indicates that the right will only be conferred if the licence so provides. »

[548] Art. 30§7 PA : « La cession d'un brevet […] ainsi qu'une licence exclusive portant sur le brevet […] peuvent conférer au cessionnaire ou preneur de licence le droit du cédant ou du donneur de licence d'engager une procédure en vertu de l'article 61 ou 69 pour une contrefaçon commise antérieurement, ou d'engager une procédure en vertu de l'article 58 pour un acte commis antérieurement. » (Traduction disponible sur la base de données WIPO *lex*). Sur ce point voir M. FYSH, A. ROUGHTON, T. COOK, M. SPENCE, *The Modern law of patents*, Lexis Nexis Butterworths, 2005, n° 12.13, p. 226.

[549] Voir *supra* n° 86.

§2.- Marques.

A.- En Grèce.

92.- Le cadre juridique spécial hellénique des contrats d'exploitation des marques est consacré par la récente loi 4072/2012 du 11 avril 2012 (art. 131-132-Chapitre Γ'-[*Το σήμα ως περιουσιακό αγαθό*])[550] qui comprend, entre autres[551], la nouvelle loi sur les marques[552].

En droit hellénique, la conclusion des contrats d'exploitation des marques repose sur le principe selon lequel la marque est considérée comme un bien autonome, aliénable et librement commercialisable[553].

La loi n° 4072/2012 consacre un type spécial de contrat d'exploitation, à savoir, le contrat de licence d'utilisation de marque [*άδεια χρήσης σήματος*] (1°) et y attache un régime particulier (2°).

1°.- Le contrat de licence d'utilisation de marque (*άδεια χρήσης σήματος*).

93.- La nouvelle loi (art. 132§1) prévoit expressément la possibilité de conclure des licences d'utilisation des marques. La loi n'offre pas cependant de définition du contrat de licence d'utilisation. Il est admis par la doctrine que la licence d'utilisation d'une marque est un contrat en vertu duquel le titulaire de la marque (le concédant [*σηματούχος*]) permet à son cocontractant (le licencié, [*αδειούχος*]) l'utilisation (exploitation) de la marque enregistrée[554]. Sous l'ancien régime,

---

[550] FEK A' 86/11.4.2012. La loi en question abroge l'ancienne loi 2239/1994. Pour une présentation, voir E. ASIMAKOPOULOU, « Les dispositions de la loi n° 4072/2012 relatives à l'enregistrement et la protection des marques commerciales nationales », *DEE*, 4/2012, p. 422 et s. ; M.-Th. MARINOS, « Le nouveau droit des marques (articles 121 et s., loi 4072/2012) : une première introduction, *EllDni*, n° 2, 2012, pp. 327-347.

[551] La loi en question est une loi fourre-tout (loi générale-*γενικό νομοθέτημα*). Voir le titre : « Amélioration de l'environnement entrepreneurial- Nouvelle forme de société- Marques - Courtiers d'immobiliers - Régulation des questions relatives à la marine, les ports, la pêche et autres dispositions. » Sur ce point, voir M.-Th. MARINOS, « Le nouveau droit des marques (articles 121 et s., loi 4072/2012) : une première introduction, *EllDni*, n° 2, 2012, p. 327.

[552] Articles 121-196 (troisième partie de la loi).

[553] Sur la question de la commercialisation libre de la marque, indépendamment de l'entreprise à laquelle elle appartient, v. déjà N. ROKAS, « Mutations fonctionnelles du droit sur une marque », *EEmpD*, 1997, p. 443, not. p. 463 ; M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 470, p. 223. Critique à la libre transmission de la marque (sous l'ancien régime), voir Th. LIAKOPOULOS, « Évolutions et perspectives du droit de la propriété industrielle », *in Questions du droit des affaires*, Ed. Sakkoulas, vol. III, 1996, p. 6 et s., not. pp. 10-11.

[554] Voir sur ce point N. ROKAS (avec I. VENIERIS), *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Nomiki Vivliothiki, 2011, n° 10, p. 150.

selon la doctrine majoritaire, la licence n'emportait pas le transfert du droit sur la marque[555]. Le transfert de jouissance de la marque déployait ses effets uniquement *inter partes*[556]. Il n'est pas certain que cette approche puisse être soutenue désormais *de lege lata*. En effet, selon le Rapport introductif[557] de la nouvelle loi 4072/2012, « [la loi prévoit] la concession d'une licence d'utilisation ayant effet absolu (« réel »), permettant ainsi au licencié d'agir en son nom propre contre des tiers contrefacteurs»[558]. Sur cette base, il semble que la licence confère au licencié[559] un droit absolu d'utilisation de la marque[560].

2°.- Le régime spécial du contrat de licence d'utilisation des marques.

94.- La loi n° 4072/2012 comprend une série de règles spéciales concernant tant la forme et l'objet du contrat que certains autres aspects des contrats de licence.

- ***Les règles de forme.***

95.- D'après la version initiale de la loi 4072/2012, le contrat de licence d'utilisation de marque n'était pas un contrat formel. Plus précisément, l'ancien article 132§1 abolissait[561] la formalité de

---

[555] Voir M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 498, p. 233.

[556] Sur ce point, M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 543, p. 250 ; les références citées sous M.-Th. MARINOS, « La délimitation contractuelle des prérogatives en droit des marques- en même temps quelques remarques sur l'interprétation de la licence d'utilisation d'une marque », *DEE*, 6/2005, p. 660 et s. et not. p. 661, note n° 10 ; D. ANASTASOPOULOS, G. MICHAILOPOULOS, *Contrats du commerce moderne*, Sakkoulas, 2011, p. 30.*Contra* et en faveur du caractère absolu du droit du licencié exclusif, voir N. ROKAS (avec I. VENIERIS), *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Nomiki Vivliothiki, 2011, n° 11, p. 150 et *ibid.* n° 15, p. 144 et *ibid.* n° 15, p. 151 ; Th. LIAKOPOULOS, « Évolutions et perspectives du droit de la propriété industrielle », *in Questions du droit des affaires*, Ed. Sakkoulas, vol. III, 1996, p. 15 ; A. PSARRAS, « Article 16 » *in* N. ROKAS, *Droit des marques*, Nomiki Viviliothiki, 1996, n° 13, p. 158 ; M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 541, p. 249 pour le droit du licencié simple et *ibid.* n° 544, p. 250 pour le droit du licencié exclusif. Pour cet auteur, toutefois, il ne s'agit que d'un droit réel *sui generis*. Sur la controverse concernant la nature du droit du licencié exclusif, voir *infra* n° 175 *sq*.

[557] Rapport Introductif de la loi 4072/2012, p. 33.

[558] Sur la justification du caractère absolu du droit d'un licencié sur la base de l'attribution d'un droit d'agir voir *infra* n° 180.

[559] En fait, reste ambiguë la question de savoir si l'effet « absolu » prévu par le Rapport introductif concerne tant les licences exclusives que non exclusives. Pour Prof. MARINOS (M.-Th. MARINOS, « Le nouveau droit des marques (articles 121 et s., loi 4072/2012) : une première introduction, *EllDni*, n° 2, 2012, p. 338) seule la licence exclusive aura un tel effet absolu ; de façon moins nette, E. ASIMAKOPOULOU, « Les dispositions de la loi n° 4072/2012 relatives à l'enregistrement et la protection des marques commerciales nationales », *DEE*, 4/2012, p. 424. Cependant, comme nous le verrons plus tard, selon l'art. 132§4, tout licencié a le droit d'agir en son nom (« *αυτοτελώς* » [à titre indépendant]).

[560] L'abolition du contrat de « dépôt parallèle » de l'ancienne loi 2239/1994, qui attribuait au cocontractant un droit absolu d'utiliser la marque, a renforcé cette approche. En ce sens, E. ASIMAKOPOULOU, « Les dispositions de la loi n° 4072/2012 relatives à l'enregistrement et la protection des marques commerciales nationales », *DEE*, 4/2012, p. 424 ; voir aussi *a contrario* V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 685, p. 641.

[561] Voir A. MASOULAS, « Remarques sur la loi 4072/2012, 3e partie, Marques. D'un point de vue de la sécurité des échanges et d'un jugement judiciaire juste », 24.05.2012, disponible sur : <www.syneemp.gr/?pgtp=1&aid=1338188413>, n° 3 ; A. MASOULAS, « Remarques sur la loi 4072/2012, 3e partie,

l'écrit (et le besoin de décision préalable du Comité Administratif des Marques) de l'ancien régime de la loi 2239/1994[562]. Ceci étant, la licence d'utilisation de marque pouvait être conclue oralement[563] ou même tacitement. Toutefois, presqu'un an plus tard, suite à la modification de l'article 132 par. 1 par l'art. 16 de la loi n° 4155/2013[564], le contrat de licence est devenu à nouveau un contrat formel. Ainsi, selon le texte du nouvel article 132§1 al. 2, « l'accord de concession d'une licence d'utilisation de marque se fait par écrit ». Il a pu être soutenu cependant que l'écrit en question n'est exigé qu'à titre probatoire[565]. De même, selon l'article 132§1 al. 2e, « soit le titulaire, par sa déclaration, soit le licencié, par procuration de la part du titulaire, renseignent sur le registre des marques la concession [de licence d'utilisation]. » Selon l'art. 132§6 loi 4072/2012, une notification est également effectuée en cas de modification et de résolution du contrat de licence[566]. La nature et le caractère de cette formalité de notification est, toutefois, obscure. Il semble, cependant, possible de dégager implicitement de la disposition de l'article 132§7 loi 4072/2012 que cette notification relative à la conclusion, la modification et la fin d'une licence d'utilisation correspond à la formalité de l'enregistrement du contrat de licence au Registre des marques[567]. La question la plus importante est toutefois de savoir si l'exigence d'enregistrement est une condition de validité du contrat[568] ou si elle n'a qu'une valeur purement déclarative[569], étant utile en cas

---

Marques. D'un point de vue de la sécurité des échanges et d'un jugement judiciaire juste », *EllDni*, n° 54, 2013, p. 694 et s. et not. p. 696, parlant d' « arome de libéralisation ».

[562] V. art. 16§2 loi 2239/1994 : « Par accord écrit qui s'inscrit sur les registres des marques, après la décision préalable du Comité administratif des Marques… ». Sur ce point, voir v. not. M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 485 *sq.*, p. 227 et s. Selon l'ancien régime, (art. 16§3 al. 1 de la loi n° 2239/1994), la décision préalable du DES était une condition de validité du contrat de la concession. Avant cette décision, la validité du contrat était pendante. En ce sens V. V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 677, p. 551. La décision du DES devrait être enregistrée au Livre des Marques (art. 14§1 de la loi n° 2239/1994). En jurisprudence, voir MonProtAth. 8198/2002, *EEmpD*, 2004, p. 837-839, note Ch. Chrysanthis ; EfAth. 5136/2005, *DEE*, 2005, p. 939 et s. ; MonPrAth 8268/2008, *ChrID*, p. 82.

[563] Sur ce point, voir M.-Th. MARINOS, « Le nouveau droit des marques (articles 121 et s., loi 4072/2012) : une première introduction », *EllDni*, n° 2, 2012, p. 339. Ceci étant, la controverse relative à la validité des licences « informelles » (à savoir, les licences non enregistrées et non ratifiées par décision préalable du Comité Administratif des Marques) sous l'ancien régime n'est plus pertinente. Voir M.-Th. MARINOS, « Le nouveau droit des marques (articles 121 et s., loi 4072/2012) : une première introduction », *EllDni*, n° 2, 2012, p. 339.

[564] FEK A 120/29.5.2013.

[565] En ce sens N. ROKAS, *Marques. Interprétation de la loi 4072/2012*, Nomiki Vivliothiki, 2013, n° 13, p. 79. Par ailleurs, selon une version précédente du projet de loi, l'écrit n'était exigé qu'à titre probatoire, alors que la décision préalable du DES [Comité administratif des Marques] était remplacée par l'exigence *ad probationem* de « ratification ». V. l'article 22§1 al. 2 du projet de loi sur les marques : « l'accord pour la concession est valable contre les tiers uniquement après l'enregistrement au Livre des marques, à condition qu'elle soit fournie par écrit et qu'elle soit dûment ratifiée. ».

[566] La déclaration par le titulaire de la marque sur la fin de la concession d'utilisation entraîne automatiquement la suppression de l'inscription de la licence au Registre. », art. 132§7 loi 4072/2012.

[567] La suppression de l'inscription évoquée par le texte de l'art. 132§7 va également dans ce sens. En ce sens, A. MASOULAS, « Remarques sur la loi 4072/2012, 3e partie, Marques. D'un point de vue de la sécurité des échanges et d'un jugement judiciaire juste », 24.05.2012, disponible sur : <www.syneemp.gr/?pgtp=1&aid=1338188413>, n° 4 ; M.-Th. MARINOS, « Le nouveau droit des marques (articles 121 et s., loi 4072/2012) : une première introduction », *EllDni*, n° 2, 2012, p. 339.

[568] En ce sens, A. MASOULAS, « Remarques sur la loi 4072/2012, 3e partie, Marques. D'un point de vue de la sécurité des échanges et d'un jugement judiciaire juste », *EllDni*, n° 54, 2013, p. 694 et s. et not. p. 697.

d'opposabilité du contrat de licence face aux tiers (formalité de publicité)[570]. La loi n'est pas claire sur ce point[571] et la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur ce point.

- ***La divisibilité du droit transmis : licence de marque totale ou partielle[572].***

96.- La loi 4072/2012 consacre la divisibilité du droit sur la marque par voie contractuelle. Sur cette base, les licences d'utilisation peuvent être totales ou partielles. Plus précisément, selon l'article 132§1, « la concession […] d'utilisation d'une marque nationale ou internationale valable en Grèce est autorisée pour une partie ou pour l'ensemble des produits ou services couverts [par la marque] et pour l'ensemble ou pour une partie du territoire grec. » Il en résulte qu'une licence d'utilisation doit être considérée comme totale lorsqu'elle permet d'utiliser la marque pour toutes les classes de produits ou de services pour lesquels cette dernière est enregistrée et pour l'ensemble du territoire du pays. *A contrario*, une licence est partielle lorsqu'elle porte sur une partie des produits ou services couverts par l'enregistrement[573] et/ou une partie du territoire grec. Une lecture *a contrario*

---

[569] En ce sens, M.-Th. MARINOS, « Le nouveau droit des marques (articles 121 et s., loi 4072/2012) : une première introduction », *EllDni*, n° 2, 2012, p. 339 ; N. ROKAS, *Marques. Interprétation de la loi 4072/2012*, Nomiki Vivliothiki, 2013, n° 13, p. 79.

[570] À l'instar de l'enregistrement du contrat de cession (art. 131§3). Sur ce point, A. MASOULAS, « Remarques sur la loi 4072/2012, 3e partie, Marques. D'un point de vue de la sécurité des échanges et d'un jugement judiciaire juste », 24.05.2012, disponible sur : <www.syneemp.gr/?pgtp=1&aid=1338188413>, n° 4. Comp. Ch. CHRYSANTHIS, « Remarques sur le projet de loi sur les marques », disponible sur : <www.syneemp.gr/?pgtp=1&aid=1305793351> : « C'est la raison pour laquelle il est juste que l'enregistrement de la licence soit exigé uniquement lorsque le licencié lui même veut agir en contrefaçon et non le titulaire de la marque. C'est-à-dire que l'enregistrement devrait être exigé uniquement pour légitimer le licencié à agir devant les tribunaux. »

[571] Le Rapport introductif de la loi 4072/2012 (p. 33) se limite à préciser que le paragraphe 1 de l'article 132 détermine les conditions de la concession d'une licence d'utilisation de marque. Pour une critique sur ce choix du législateur, voir A. MASOULAS, « Remarques sur la loi 4072/2012, 3e partie, Marques. D'un point de vue de la sécurité des échanges et d'un jugement judiciaire juste », 24.05.2012, disponible sur : <www.syneemp.gr/?pgtp=1&aid=1338188413>, n° 4 *in fine*. Sous l'ancien régime, la question de la nature de l'enregistrement du contrat de licence au « Livre des marques » (art. 16 § 2 al. 1 de la loi n° 2239/1994) était controversée en doctrine et en jurisprudence. Ainsi, selon une certaine approche, l'enregistrement en question n'était pas *ad validitatem*. Il a pu être jugé en jurisprudence qu'une licence « non formelle », à savoir une licence qui n'a pas été (validée par décision du Comité administratif des Marques) et enregistrée au Livre des marques était valable comme un contrat d'autorisation d'utilisation de signe distinctif [*άτυπη άδεια χρήσης*] (et non pas de marque). En ce sens, voir par exemple, EfThes 2331/2006, *EpiskED* D/2006, p. 1180 et s., obs. K. Pampoukis ; EfAth 4312/2001, *DEE*, 1/2202, p. 60 s., obs. N. Kyprouli ; Ch. CHRYSANTHIS, « Remarques sur le projet de loi sur les marques », disponible sur : <www.syneemp.gr/?pgtp=1&aid=1305793351> et les références citées ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 705, p. 563 et s. En revanche, selon une autre opinion, en l'absence d'enregistrement du contrat de licence, l'utilisation de la marque serait interdite et le contrat serait nul. En ce sens, voir L. KOTSIRIS, « Licence d'utilisation et location de marque », *DEE*, 12/2002, p. 1189 et s. Comp. Ch. CHRYSANTHIS, « Remarques sur le projet de loi sur les marques », disponible sur : <www.syneemp.gr/?pgtp=1&aid=1305793351>, se référant à la disposition de l'art. 22 par 1 du projet de loi sur les marques, selon laquelle l'enregistrement de la licence était le préalable nécessaire à l'opposabilité du contrat face aux tiers : « C'est pourquoi il est juste que l'enregistrement de la licence soit exigé uniquement lorsque le licencié lui-même veut agir en contrefaçon et non le titulaire de la marque. C'est-à-dire que l'enregistrement devrait être exigé uniquement pour légitimer le licencié à agir devant les tribunaux. »

[572] Comp. N. ROKAS (avec I. VENIERIS), *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Nomiki Vivliothiki, 2011, n° 16, p. 151, parlant de licence générale et partielle.

[573] Sur ce point, sous l'ancien régime, M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, pp. 242-243, n° 524 s. ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 687, p. 558 ; N. ROKAS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2004, p. 144, n° 16.

de l'article 132§2 permet de dégager implicitement d'autres types de limitations envisageables au sein d'une licence d'utilisation. Plus précisément, il s'agit de la limitation temporelle (art. 132§2 a)[574]) et de la limitation portant sur la forme de la marque qui pourra être utilisée par le licencié (art. 132§2 b)). De même, des limitations concernant la qualité des produits ou services produits ou offerts par le licencié peuvent être valablement introduites sur toute licence (art. 132§2 e).

Toutes les limitations susmentionnées ont un effet absolu (*erga omnes*)[575]. C'est, d'ailleurs la raison pour laquelle l'article 132§2 de la loi 4072/2012 permet au concédant de la licence d'agir en contrefaçon à l'encontre du licencié qui enfreint une des limitations en question[576]. La possibilité de diviser le droit de marque par voie de licence d'utilisation partielle n'est certes pas discrétionnaire. Elle reste soumise à l'exigence d'autonomie économique du droit transmis et obéit à l'impératif d'éviter le risque de confusion des consommateurs[577]. Ajoutons que les parties peuvent prévoir d'autres types de limitations relatives aux modalités de l'exploitation de la marque non couvertes par le droit exclusif sur la marque. Ces limitations auront un effet uniquement inter partes[578].

La nouvelle loi ne précise pas si une licence d'utilisation partielle peut comprendre également des limitations quant aux prérogatives du droit exclusif du titulaire de la marque (modes d'exploitation) transmises au licencié[579]. Sous l'ancien régime, une partie (minoritaire) de la doctrine s'était prononcée en faveur de telles limitations[580]. De même, la loi ne prévoit pas de règles spéciales

---

[574] Par ailleurs, il est possible d'aboutir à la même conclusion en lisant l'article 132§6 et 7 qui fait référence à l'*expiration* de la licence d'utilisation.

[575] M.-Th. MARINOS, « La délimitation contractuelle des prérogatives en droit des marques- en même temps quelques remarques sur l'interprétation de la licence d'utilisation d'une marque », *DEE*, 6/2005, p. 660 et s. et not. p. 662. Ce type de limitation est connu sous la dénomination « limitations inhérentes » [« *ενδογενείς περιορισμοί* »]

[576] Cet article transpose (enfin) l'article 8 § 1, 2e al. de la Directive 89/104 (2008/95/CE du 22 Octobre 2008) en droit grec. Voir rapport introductif de la loi, p. 33 ; M.-Th. MARINOS, « Le nouveau droit des marques (articles 121 et s., loi 4072/2012) : une première introduction, *EllDni*, n° 2, 2012, p. 339. Voir aussi la controverse sous l'ancien régime au sujet de l'effet des limitations concernant la qualité des produits ou services qui a été provoqué par l'absence de transposition de l'art. 8§2 de la Directive 89/104. Sur ce point v. M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 531, p. 242-24 et Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 374 (limitation simple) ; implicitement N. ROKAS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2004, n° 10, p. 143 (limitations inhérentes). Comp. V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 690, p. 559.

[577] Sur les limites de la divisibilité du droit concédé, voir M.-Th. MARINOS, « Les raisons d'irrecevabilité relative (art. 4 loi 2239/1994)- En même temps quelques remarques sur le principe de l'autonomie privée en droit des marques », *ChrID*, 2005, p. 7.

[578] M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, pp. 242-243, n° 531.

[579] V. l'article 125 loi 4072/2012. Une telle limitation mènerait à l'octroi d'une licence de production/apposition, licence de distribution, licence d'exportation des produits marqués etc.

[580] Voir M.-Th. MARINOS, « La délimitation contractuelle des prérogatives en droit des marques- en même temps quelques remarques sur l'interprétation de la licence d'utilisation d'une marque », *DEE*, 6/2005, p. 660 et s. et not. p. 662. Voir cependant, M.-Th. MARINOS, « Le nouveau droit des marques (articles 121 et s., loi 4072/2012) : une première introduction, *EllDni*, n° 2, 2012, pp. 327-347 et not. p. 339, pour qui l'énumération des articles 132§2 est limitative. Ceci dit, dans l'hypothèse où l'on accepte la possibilité de stipuler des limitations portant sur le contenu du droit exclusif transmis par la licence d'utilisation aurait un effet *inter partes*. V. la note suivante.

d'interprétation concernant la délimitation de la portée d'une licence d'utilisation[581]. Par ailleurs, il a été soutenu sous l'ancien régime que le principe de la transmission finalisée telle qu'en vigueur en droit d'auteur grec ne pourrait pas s'appliquer par analogie en matière de marques[582].

- ***Licence exclusive et non-exclusive (simple).***

97.- La loi consacre expressément la distinction entre licence d'utilisation de marque exclusive et non exclusive (art. 132§1 loi 4072/2012). Toutefois, la nouvelle loi n'offre pas de définition légale de ces deux formes de licence[583].

Sous l'ancien régime, la question de la définition de la licence exclusive était controversée en doctrine. Ainsi, pour une partie de la doctrine, la licence exclusive permettait au licencié l'exploitation/utilisation de la marque selon les conditions posées par le contrat, à l'exclusion de toute autre personne, y compris du titulaire de la marque[584]. A l'opposé, pour une autre partie de la doctrine, la licence exclusive correspondait à une *sole licence*[585]. La licence non exclusive a été toutefois définie de manière plus homogène en doctrine. Ainsi, il est généralement admis que le licencié non exclusif est autorisé à exploiter la marque concurremment avec d'autres licenciés et/ou le titulaire de la marque[586].

En l'absence de règle d'interprétation spéciale et en cas de doute, l'interprétation *ad hoc* des licences d'utilisation démontrera s'il agit d'une licence exclusive ou non exclusive[587].

---

[581] Voir sous l'ancien régime M.-Th. MARINOS, « La délimitation contractuelle des prérogatives en droit des marques- en même temps quelques remarques sur l'interprétation de la licence d'utilisation d'une marque », *DEE*, 6/2005, p. 660 et s. et not. p. 662.

[582] En ce sens, M.-Th. MARINOS, « La délimitation contractuelle des prérogatives en droit des marques- en même temps quelques remarques sur l'interprétation de la licence d'utilisation d'une marque », *DEE*, 6/2005, p. 660 et s. et not. pp. 664-665 ; *idem*, *Droit du brevet d'invention*, Sakkoulas, 2013, n° 7.11, pp. 177-178.

[583] Tel était également le cas de l'ancienne loi, voir M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 533, p. 246.

[584] En ce sens, V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 688, p. 643 ; A. PSARRAS, « Article 16 » *in* N. ROKAS, *Droit des marques*, Nomiki Viviliothiki, 1996, n° 33, p. 166 ; plus ambigu M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 533, p. 246, pour l'exclusivité dans le cadre d'une licence d'utilisation exclusive et « complète » et *ibid.* n° 548, p. 252. Voir aussi, plus ambigu, Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 374.

[585] En faveur d'une exclusivité partielle (*sole licence*) D. ANASTASOPOULOS, G. MICHAILOPOULOS, *Contrats du commerce moderne*, Sakkoulas, 2011, p. 32, sauf clause contraire ; N. ROKAS (avec I. VENIERIS), *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Nomiki Vivliothiki, 2011, n° 11, p. 150. Comp. M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 533, p. 246.

[586] En ce sens, V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 688, p. 558, se référant expressément à la réserve du titulaire d'exploiter la marque ; D. ANASTASOPOULOS, G. MICHAILOPOULOS, *Contrats du commerce moderne*, Sakkoulas, 2011, p. 32 ; N. ROKAS (avec I. VENIERIS), *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Nomiki Vivliothiki, 2011, n° 11, p. 150.

[587] En ce sens, Th. LIAKOPOULOS, *Propriété industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 373 ; implicitement M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 578, p. 263, à propos du caractère exclusif ou non exclusif de la licence et *ibid.* n° 533, p. 246. Il a pu, toutefois, être admis qu'en cas de doute, la licence sera exclusive. En ce sens, V V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 688, p. 558. *Contra* M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 557, p. 263.

- ***La concession des sous-licences.***

98.- La loi hellénique 4072/2012 comprend une règle spéciale afférente à la question de la concession des sous-licences par un licencié. Plus précisément, selon l'article 132§3 « les parties peuvent convenir que le licencié de la marque aura le droit de concéder des sous licences selon la procédure et les conditions du paragraphe 1 ». Ceci étant, la loi reconnaît expressément la possibilité de concession de sous-licences[588] et laisse aux parties le soin d'attribuer au licencié, simple ou exclusif[589], la possibilité de concéder des sous-licences. Par défaut, il y a donc besoin d'une clause spéciale des parties afin d'attribuer la possibilité de conclure des sous-licences au licencié[590]. Ajoutons que les sous-licences sont soumises aux mêmes formalités que les licences[591].

- ***L'effet erga omnes du contrat de licence d'utilisation de marque.***

99.- La question de l'opposabilité du contrat de licence d'utilisation de marque n'est pas réglée de manière claire par les dispositions de la loi 4072/2012. D'une part, comme nous l'avons vu, la nature et les effets de l'inscription de la licence d'utilisation ne sont pas clairement précisés par le texte légal. Plus précisément, il n'est pas sûr que l'inscription de la licence au Registre des marques prévue par les art. 132§§1 al. 2[e] et 6[592] a le même effet d'opposabilité que celui prévu par l'article 131§3 al. 2 à propos de la cession de marque[593]. En cas de réponse affirmative, la licence d'utilisation sera opposable aux tiers « uniquement après son enregistrement au registre des marques. » D'autre part, la question de l'opposabilité du droit du licencié pourrait être résolue par référence à la nature du droit du licencié[594]. Sur cette base, il semble logique d'admettre qu'un droit

---

[588] Pour une analyse sous l'ancien régime, voir par exemple Th. LIAKOPOULOS, « Évolutions et perspectives du droit de la propriété industrielle », *in Questions du droit des affaires,* Ed. Sakkoulas, vol. III, 1996, pp. 16-17.

[589] En ce sens, M.-Th. MARINOS, « Le nouveau droit des marques (articles 121 et s., loi 4072/2012) : une première introduction, *EllDni*, n° 2, 2012, p. 339.

[590] Voir M.-Th. MARINOS, « Le nouveau droit des marques (articles 121 et s., loi 4072/2012) : une première introduction, *EllDni*, n° 2, 2012, p. 339. Comp. Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle,* Sakkoulas, 2000, p. 377.

[591] Sur ce point, A. MASOULAS, « Remarques sur la loi 4072/2012, 3[e] partie, Marques. D'un point de vue de la sécurité des échanges et d'un jugement judiciaire juste », 24.05.2012, disponible sur : <www.syneemp.gr/?pgtp=1&aid=1338188413>, n° 4 ; A. MASOULAS, « Remarques sur la loi 4072/2012, 3[e] partie, Marques. D'un point de vue de la sécurité des échanges et d'un jugement judiciaire juste », *EllDni*, n° 54, 2013, p. 694 et s. et not. p. 697. Pour ces formalités voir *supra* n° 95.

[592] V. *supra* n° 95.

[593] Selon le texte de l'article en question, « [le contrat de cession] est opposable aux tiers uniquement après son enregistrement au registre des marques. » Cette disposition établit, à l'instar de l'ancien régime, le principe de publicité en matière de cessions des marques. Sur ce point voir M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 472, p. 224.

[594] *Cf.* que sous l'ancien régime, les partisans de la thèse du caractère non absolu du droit du licencié ont suggéré l'application par analogie de la disposition de l'article 614 du Code civil qui s'applique en matière de bail des biens immeubles), en ce sens, notamment A. PSARRAS, « Article 16 » *in* N. ROKAS, *Droit des marques*, Nomiki Viviliothiki, 1996, n° 43, pp. 169-170 (comp. aussi l'application du même article en matière de licences de brevets d'invention, voir *infra* n° 227), *contra* M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, p. 252, note n° 91.

d'utilisation absolu sera *ipso facto*[595] opposable à tout tiers, et notamment aux ayants cause du titulaire de la marque, à partir de la conclusion du contrat de licence, et ceci, même en l'absence de mécanisme d'enregistrement. Or, comme nous l'avons vu plus haut, la question de la nature du droit du licencié reste ambigüe, car il n'est pas certain que l'effet « absolu » prévu par le Rapport introductif concerne aussi bien les licences exclusives que non exclusives[596].

- ***Le droit d'agir du licencié.***

100.- La loi 4072/2012 traite de la question du droit d'agir du licencié de manière particulière. Plus précisément, selon l'article 132§4 al. 1er, « les moyens d'agir en cas de contrefaçon de la marque peuvent être exercés par le licencié à titre autonome, à condition que le titulaire donne son consentement. » Cette disposition de portée générale permet à tout licencié (simple ou exclusif) d'agir en contrefaçon *ex jure proprio*[597] à condition que celui-ci ait obtenu le consentement du titulaire de la marque.[598] Notons que la disposition en question reprend presque à l'identique la disposition de l'ancien article 16§4 de la loi 2239/1994.

La nouvelle loi introduit aussi une règle supplémentaire relative au droit d'agir d'un licencié exclusif. Plus précisément, selon l'article 132§4 al. 2e, « en absence d'accord contraire, le licencié exclusif peut, même sans le consentement du titulaire, agir à titre autonome en contrefaçon lorsque ce dernier n'agit pas dans un délai raisonnable alors qu'il a été avisé de la contrefaçon de la marque ». Cette disposition renforce la position du licencié exclusif de manière significative par rapport à la position d'un licencié non exclusif[599]. En effet, le licencié exclusif aura le droit d'agir en contrefaçon même en l'absence de consentement préalable du titulaire de la marque, lorsque ce dernier reste inerte. De cette façon, le licencié exclusif qui n'a pas obtenu le consentement du

---

[595] Voir sous l'ancien régime M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 547, pp. 251-252, qui, alors qu'il reconnaît le caractère absolu du droit du licencié (simple, n° 541 et exclusif n° 543 *sq*.), procède à une distinction entre l'effet *erga omnes* de deux droits. Ainsi, selon cet auteur, seul le licencié exclusif jouit d'un droit absolu à effet *erga omnes* qui constitue une charge de la marque.

[596] Voir *supra* n° 96.

[597] Sur ce point, voir Rapport Introductif de la loi 4072/2012, p. 33 ; texte repris par E. ASIMAKOPOULOU, « Les dispositions de la loi n° 4072/2012 relatives à l'enregistrement et la protection des marques commerciales nationales », *DEE*, 4/2012, p. 424. Sous l'ancien droit, voir par exemple, Th. LIAKOPOULOS, « Évolutions et perspectives du droit de la propriété industrielle », *in Questions du droit des affaires*, Ed. Sakkoulas, vol. III, 1996, p. 15. *Contra* M.-Th. MARINOS, « Le nouveau droit des marques (articles 121 et s., loi 4072/2012) : une première introduction, *EllDni*, n° 2, 2012, pour qui la disposition ne concerne que la licence exclusive. Or, la lettre de l'art. 132§4 al. 2e comprend une référence générale au « licencié d'utilisation de marque ».

[598] *Cf.* Th. LIAKOPOULOS, « Évolutions et perspectives du droit de la propriété industrielle », *in Questions du droit des affaires*, Ed. Sakkoulas, vol. III, 1996, p. 15, qui est contre le choix législatif de faire dépendre le droit d'agir du licencié du consentement du titulaire.

[599] V. M.-Th. MARINOS, « Le nouveau droit des marques (articles 121 et s., loi 4072/2012) : une première introduction, *EllDni*, n° 2, 2012, p. 338.

titulaire de la marque pour agir en vertu de l'article 132 par 4 al. 1er, ne sera pas laissé sans protection en cas d'inertie de ce dernier[600].

Ajoutons qu'en vertu de l'art. 132§5 loi 4072/2012, tout licencié (exclusif ou non exclusif) est recevable à intervenir au procès mené par le titulaire de la marque et demander la réparation du dommage qui lui est propre.

B.- En France.

101.- Le cadre juridique spécial français des contrats d'exploitation des marques est consacré par le 7e livre du Code de la propriété intellectuelle (ci-après CPI)[601]. La possibilité de conclure des contrats d'exploitation en droit des marques français repose sur la *libre aliénabilité* de la marque, indépendamment du fonds de commerce dont elle constitue un élément[602]. Effectivement, selon l'art L. 714-1 al. 1er du CPI, « les droit attachés à une marque sont transmissibles […] indépendamment de l'entreprise qui les exploite ou les fait exploiter. » Le CPI consacre un type spécial de contrat d'exploitation, à savoir, le contrat de licence d'exploitation de marque[603] (1°) et y attache un régime particulier (2°).

1°. La licence d'exploitation de marque.

102.- Selon l'article L. 714- 1 al. 2e du CPI, « les droits attachés à une marque peuvent faire l'objet […] d'une concession de licence d'exploitation […] ». En l'absence de définition légale, la doctrine définit le contrat de licence d'exploitation de marque comme le contrat par lequel le titulaire d'une marque autorise une personne à utiliser sa marque, tout en retenant la propriété de la marque[604]. Sur

---

[600] Voir aussi Rapport Introductif p. 33. Comp. M.-Th. MARINOS, « Le nouveau droit des marques (articles 121 et s., loi 4072/2012) : une première introduction, *EllDni*, n° 2, 2012, p. 338, pour qui la disposition en question renforce la protection du licencié grec.

[601] Plus précisément : 4e chapitre du premier titre du 7e livre du Code, intitulé « Transmission et perte du droit sur la marque », art. L. 714-1 et s.

[602] Sur cette question voir par exemple, J. PASSA, *Traité de la propriété industrielle*, 2e édition, Tome 1, L.G.D.J., 2009, n° 395, p. 559 s. ; E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit de marque et du fonds de commerce », *in* J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL, (sous dir. de), *Propriété Intellectuelle et droit commun*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 293 et s.

[603] Le contrat de licence de marque est aussi appelé *concession d'exploitation* de droit de marque. Voir sur ce point C. GUTHMANN, « Licence de marque - Formules. Conseils pratiques », *JurisClasseur Marques et dessins et modèles*, Fasc. 7402, n° 1 ; G. BLANC-JOUVAN, *Droit de la propriété intellectuelle*, Vuibert, 2011, n° 434, p. 195.

[604] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, Economica, 2010, n° 1609, p. 934. Comp. J. PASSA, *Traité de la propriété industrielle*, 2e édition, Tome 1, L.G.D.J., 2009, n° 400, p. 565, parlant d' « autorisation

cette base, le licencié n'obtient qu'un droit personnel (une créance) contre le titulaire de la marque[605]. La licence n'emporte pas le transfert du droit sur la marque et se distingue, ainsi, en principe de la cession de celle-ci.

2°.- Le régime spécial du contrat de licence d'exploitation des marques.

103.- Le CPI comprend une série des règles spéciales[606] concernant tant la forme et l'objet du contrat que d'autres aspects des contrats de licence d'exploitation de marque.

- ***Règles de forme.***

104.- Selon l'art. L. 714-1 dern. al. du CPI (*a contrario*), la licence ne doit pas nécessairement être constatée par écrit[607]. Comme l'absence d'écrit n'entraîne pas la nullité du contrat[608], une licence orale est valable. Par contre, la loi prévoit la formalité d'inscription du contrat de licence au Registre national des marques. Plus précisément, selon l'art. L. 714-7 al. 1er du CPI, « toute transmission[609] ou modification des droits attachés à une marque doit, pour être opposable aux tiers, être inscrite au registre national des marques »[610]. Ajoutons que la mention de l'inscription au Registre est publiée au Bulletin officiel de la propriété industrielle (art. R. 714-8 CPI). L'inscription au Registre national des marques n'est pas une condition de validité du contrat de licence. En revanche, l'accomplissement de cette formalité rend le contrat de la licence d'exploitation

---

d'exploitation » ; E. TARDIEU-GUIGUES, *Le contrat de licence de marque*, thèse, Montpellier, 1991, p. 21, parlant de concession de la jouissance du monopole d'exploitation.

[605] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, Economica, 2010, n° 1593, p. 927 et n° 1609, p. 934 : « [les licences] confèrent un droit de jouissance, droit de créance du licencié contre le propriétaire. » ; G. BLANC-JOUVAN, *Droit de la propriété intellectuelle*, Vuibert, 2011, n° 434, p. 195 : « Le licencié se voit simplement accorder le droit d'utiliser la marque qui continue à appartenir au titulaire du signe. »

[606] Il est vrai que les dispositions du CPI relatives à ces contrats sont rares, voir en ce sens, J. PASSA, *Traité de la propriété industrielle*, 2e édition, Tome 1, L.G.D.J., 2009, n° 404, p. 568 : « Les rapports des parties au contrat de licence ne sont guère envisagés par la loi sur les marques. »

[607] « Le transfert de propriété, ou la mise en gage, est constaté par écrit, à peine de nullité. » : le contrat de licence d'exploitation n'est pas expressément mentionné. Sur ce point, voir J. PASSA, *Traité de la propriété industrielle*, 2e édition, Tome 1, L.G.D.J., 2009, n° 401, p. 566 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, Montchrestien, 1999, n° 1611, p. 936 ; C. GUTHMANN, « Licence de marque - Formules. Conseils pratiques », *JurisClasseur Marques et dessins et modèles*, Fasc. 7402, n° 4. En jurisprudence, voir CA Versailles, 14 sept. 2000, *PIBD*, 2000, n° 708, III, p. 579 (la règle de l'écrit ne s'applique qu'au transfert de propriété ou à la mise en gage de la marque à l'exclusion du contrat de licence ou de l'autorisation d'usage de la marque dont la preuve est libre. » Comp. l'article L. 714-1 al. 3e CPI : « La concession non exclusive peut résulter d'un règlement d'usage. »

[608] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 1611, p. 936.

[609] La concession d'un droit d'exploitation (licence d'exploitation) est couverte par le terme « transmission ». Voir l'art. 26 du décret d'application n° 92-100 du 30 janvier 1992, JO 31 janv. 1992, cité par E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 111.

[610] Sur ce point voir notamment, E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 125 ; J. PASSA, *Traité de la propriété industrielle*, 2e édition, Tome 1, L.G.D.J., 2009, n° 401, p. 566. En jurisprudence, voir par exemple, Cass. com., 26 avr. 1967, *Ann. Propr. Ind.*, 1968, p. 132.

opposable aux tiers[611]. Certes, même en l'absence d'inscription au Registre national des marques, le contrat de licence est toujours valable inter partes[612] et est opposable aux tiers « qui ont acquis des droits après la date de cet acte dont ils avaient connaissance lors de l'acquisition de ces droits » (art. L. 714-7 al. 2e CPI)[613]. De même, en l'absence d'inscription du contrat de licence au registre des marques, le licencié exclusif ne pourra pas agir en contrefaçon[614]. C'est la raison pour laquelle « les parties à l'acte ont tout intérêt à publier le plus rapidement possible leurs droits. »[615] Or, « le licencié partie à un contrat de licence non inscrit sur le registre national ou international des marques est également recevable à intervenir dans l'instance en contrefaçon engagée par le propriétaire de la marque afin d'obtenir la réparation du préjudice qui lui est propre. » (art. L. 714-7 al. 3e CPI).

En somme, en droit français des marques, le contrat de licence de marque n'est soumis à aucun formalisme ad validitatem. Cependant, compte tenu de l'importance de l'inscription du contrat au registre des marques et de la fonction probatoire de l'écrit, ce dernier sera pratiquement indispensable pour la conclusion d'une licence d'exploitation de marque[616].

- ***La divisibilité du droit transmis : licence de marque totale ou partielle.***

105.- L'article L. 714-1 al. 2e du CPI énonce que « les droits attachés à une marque peuvent faire l'objet en tout ou partie d'une concession de licence d'exploitation […] ». D'après cette disposition, la licence d'exploitation de marque peut être totale ou partielle[617]. La loi ne définit pas

---

[611] Sur ce point, voir par exemple, E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 120 *sq*. et not. n° 25 et les arrêts cités ; J. PASSA, *Traité de la propriété industrielle*, 2e édition, Tome 1, L.G.D.J., 2009, n° 401, p. 566. Notons que l'inscription de la licence au registre n'a pas d'effet rétroactif. Elle produit ses effets à compter du jour de l'accomplissement des formalités d'inscription et non pas à compter de la date de la signature du contrat. Voir C. GUTHMANN, « Licence de marque - Formules. Conseils pratiques », *JurisClasseur Marques et dessins et modèles*, Fasc. 7402, n° 5.

[612] Comp. F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 1600, p. 931 et J. PASSA, *Traité de la propriété industrielle*, 2e édition, Tome 1, L.G.D.J., 2009, n° 396, p. 561, à propos des cessions non enregistrées. Voir aussi E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 124, sur la notion du tiers au contrat de licence.

[613] Sur ce point F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 1600, p. 931 (à propos des cessions des marques) ; E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 124.

[614] J. PASSA, *Traité de la propriété industrielle*, 2e édition, Tome 1, L.G.D.J., 2009, n° 401, p. 566. En jurisprudence TGI Lyon, 13 mars 1973, *RTD civ*., 1973, p. 543, n° 5. Sur le droit d'agir du licencié en droit français des marques, voir *infra* 108.

[615] E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 120.

[616] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 1611, p. 936 ; G. BLANC-JOUVAN, *Droit de la propriété intellectuelle*, Vuibert, 2011, n° 434, p. 196 ; C. GUTHMANN, « Licence de marque - Formules. Conseils pratiques », *JurisClasseur Marques et dessins et modèles*, Fasc. 7402, n° 4 : « En pratique, il est toujours fortement conseillé de recourir à un écrit afin de fixer clairement les modalités contractuelles et de faciliter la preuve de l'accord. »

[617] E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 59.

expressément ces types de licence d'exploitation. Il est généralement admis qu'une licence totale confère au licencié le droit d'utiliser la marque de manière illimitée, à savoir, pour toutes les classes de produits ou services dans lesquelles la marque a été déposée et enregistrée, dans l'ensemble du territoire de protection et pour toute la durée de la protection légale[618]. De son côté, la licence partielle est la licence conférant au licencié un droit d'exploitation de la marque limité. Selon l'article L. 714-1 3e al. du CPI[619], les limitations d'une licence partielle peuvent concerner les produits ou services désignés par la marque[620], la forme sous laquelle la marque peut être utilisée, la durée et le territoire d'exploitation[621]. De même, il a pu être admis que les limitations peuvent porter également sur la quantité des produits fabriqués par le licencié[622]. Les limitations susvisées ont un effet absolu. En effet, selon l'article L. 714-1 3e al. du CPI, « les droits conférés par […] la marque peuvent être invoqués à l'encontre d'un licencié qui enfreint l'une des limites de sa licence en ce qui concerne sa durée[623], la forme couverte par l'enregistrement sous laquelle la marque peut être utilisée, la nature des produits ou des services pour lesquels la licence est octroyée, le territoire sur lequel la marque peut être apposée ou la qualité des produits fabriqués ou des services fournis par le licencié »[624]. Sur ce fondement, le non respect des limitations de la licence d'exploitation par le licencié constitue non seulement une faute contractuelle mais aussi un acte de contrefaçon[625].

Ajoutons que la loi française n'offre pas de règles d'interprétation particulières relatives à la détermination de la portée du contrat en cas de doute ou d'absence de clause spécifique prévue par

---

[618] Voir E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 60 : « Lorsque le concédant accorde la jouissance de son droit sans limitation, cela signifie que le licencié peut utiliser la marque sur tout le territoire français, pour toutes les classes dans lesquelles la marque a été déposée et enregistrée. »

[619] *A contrario*.

[620] J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007, n° 663, p 286. Il convient de noter sur ce point que la possibilité de prévoir des limitations relatives au contenu proprement dit du droit exclusif attaché à la marque enregistrée n'est pas discutée en doctrine.

[621] Sur ce point, voir par exemple, J. PASSA, *Traité de la propriété industrielle*, 2e édition, Tome 1, L.G.D.J., 2009, n° 400, p. 565 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 1609, p. 935.

[622] E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 63.

[623] L'exploitation d'une marque malgré l'expiration de la licence temporellement limitée est un acte de contrefaçon, CA Versailles, 7 juillet 1986, *Ann. Propr. Ind.*, 1990, p. 304.

[624] Sur l'effet absolu des limitations imposées au licencié concernant la qualité des produits ou services commercialisés en vertu de la licence v. notamment J. PASSA, *Traité de la propriété industrielle*, 2e édition, Tome 1, L.G.D.J., 2009, n° 404, p. 569 et les arrêts *Copad*, CA Paris, 4e Ch., B, 7 avr. 2006, RG, n° 04/8684 et CJCE, 23 avr. 2009, *Copad*, *PIBD*, 2009, n° 897, III, 1086 ; E. TARDIEU GUIGUES, « Droit de marque et contrat de licence. Un élargissement du pouvoir des titulaires de marques de luxe à l'égard de leurs licenciés », *Propr. Intell.*, n° 32, juill. 2009, p. 251 et s.

[625] Sur ce point, voir E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques – Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 64 : « Le licencié encourt donc la sanction de la contrefaçon s'il enfreint les limites de sa licence. » Certes cet effet absolu est restreint aux seules limitations soumises au droit exclusif du titulaire de la marque. D'autres types de limitations sont certainement envisageables mais le non respect de celles-ci constituera simplement une faute contractuelle.

les parties[626]. Il a pu être admis, toutefois, qu'en l'absence de précision de la durée du contrat de licence, la licence doit être considérée comme temporellement illimitée[627].

- ***Licence exclusive et non-exclusive (simple).***

106.- Selon l'article L. 714-1 al. 2e du CPI, la licence d'exploitation de marque peut être exclusive ou non exclusive[628]. La loi ne contient pas de définition des deux types de licence d'exploitation. Il est généralement admis que la licence exclusive de marque confère en principe[629] au licencié le droit d'exploiter/utiliser la marque à l'exclusion de toute autre personne, y compris du titulaire de la marque (exclusivité totale)[630]. Notons que l'exclusivité dans le cadre d'une licence d'exploitation de marque peut être réciproque, en ce sens qu'il est possible pour le licencié exclusif d'être tenu de ne pas conclure un contrat de licence avec un autre titulaire de marque[631]. Par contre, dans le cadre d'une licence non exclusive, le licencié a le droit d'exploiter la marque concurremment avec le titulaire de la marque et/ou d'autres licenciés (non exclusifs).

La loi ne fournit pas de règles d'interprétation particulières afin de déterminer la nature du contrat de licence en cas de doute ou à défaut de clause expresse dans le contrat. Toutefois, il a pu être soutenu que le caractère exclusif de la licence ne se présume pas[632] et qu'il doit, par contre, résulter des clauses contractuelles particulières[633].

---

[626] C'est pourquoi il est important que les parties au contrat précisent autant que possible la nature et l'étendue des droits concédés, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 1609, p. 934.

[627] E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 61.

[628] « Les droits attachés à une marque peuvent faire l'objet en tout ou partie d'une concession de licence d'exploitation exclusive ou non exclusive […]. »

[629] Voir, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, Montchrestien, 1999, n° 1343 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 1613, p. 937 : « sauf clause contraire, le titulaire de la marque s'interdit donc aussi d'exploiter lui-même la marque pendant la durée du contrat de licence. »

[630] E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 61 ; J. PASSA, *Traité de la propriété industrielle*, 2e édition, Tome 1, L.G.D.J., 2009, n° 403, p. 568 ; G. BLANC-JOUVAN, *Droit de la propriété intellectuelle*, Vuibert, 2011, n° 434, p. 196 : « Dans [l'hypothèse d'une licence exclusive] non seulement la concurrence provenant des tiers est exclue, mais celle du titulaire de la marque lui-même qui, dans le cas où il ne respecterait pas cette exclusivité, se retrouverait contrefacteur de sa propre marque ». En jurisprudence, Cass. com., 10 janv. 1995, *Bull. civ.*, IV, n° 12, p. 10, *RIPIA*, 1995, p. 61 ; *RJDA*, 1995/4, n° 519 ; CA Paris, 19 juin 1984, *D.*, 1985, inf. rap., p. 83.

[631] Dans cette hypothèse, l'article L. 330-3 du Code de commerce, qui établit une obligation (rigoureuse) d'information pré-contractuelle, s'appliquera. En ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 1614, p. 937 ; J. PASSA, *Traité de la propriété industrielle*, 2e édition, Tome 1, L.G.D.J., 2009, n° 403, p. 568 : « si l'exclusivité est consentie, non plus par le titulaire, mais par le licencié, le premier est tenu à une obligation pré-contractuelle d'information. »

[632] Comp. F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 1613, p. 937 : « La clause d'exclusivité peut être expresse ou non mais ne se déduit pas de la seule existence d'une clause territoriale. » ; E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 61.

[633] C'est pourquoi il est important que les parties au contrat précisent autant que possible la nature et l'étendue des droits concédés, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 1609, p. 934.

- ***L'effet erga omnes des licences d'exploitation***.

107.- Le CPI ne contient pas de règle spéciale (comme en matière des brevets) afin de régler notamment la question de l'opposabilité du droit du licencié face aux ayants cause du concédant. Il semble que le mécanisme général d'opposabilité devrait déployer ses effets également face aux ayants cause du concédant. Ceci étant, l'opposabilité du contrat de licence dépend de l'accomplissement de la formalité d'inscription prévue par l'article L. 714-7 1er al. du CPI[634]. En présence d'un contrat de licence opposable aux tiers, le nouvel acquéreur de la marque substituera le concédant dans toutes ses obligations face au licencié[635].

- ***Le droit d'agir du licencié.***

108.- Le CPI français comprend une réglementation particulière afférente à la question du droit d'agir du licencié. Plus précisément, selon l'article L. 716-5 al. 1er du CPI, « le bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation peut agir en contrefaçon, sauf stipulation contraire du contrat si, après mise en demeure, le titulaire n'exerce pas ce droit. » Ceci étant, le licencié exclusif peut agir *ex jure proprio* en contrefaçon[636], à condition que le titulaire, après mise en demeure, reste inerte[637] et à condition, comme nous l'avons déjà vu[638], que le licencié exclusif ait enregistré son droit.

Notons qu'il a pu également être soutenu que la règle de l'art. L. 716-5 al 1er est supplétive. Sur cette base les parties peuvent par accord exprès interdire ou autoriser au licencié le droit d'agir en contrefaçon[639]. En tout cas, selon l'art. L. 716-5 al. 2e du CPI « toute partie à un contrat de licence est recevable à intervenir dans l'instance en contrefaçon engagée par une autre partie afin d'obtenir la réparation du préjudice qui lui est propre » et ceci même en l'absence d'inscription du contrat de licence au Registre National de Marque (article L. 714-7 al. 3e CPI)[640].

---

[634] Voir *supra* n° 104.
[635] Voir E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 87.
[636] De même, il peut faire procéder à une saisie-contrefaçon (art. L. 716-7 al. 2e du CPI) :« À cet effet, toute personne ayant qualité pour agir en contrefaçon est en droit de faire procéder en tout lieu et par tous huissiers, assistés d'experts désignés par le demandeur, en vertu d'une ordonnance rendue sur requête par la juridiction civile compétente, soit à la description détaillée, avec ou sans prélèvement d'échantillons, soit à la saisie réelle des produits ou services prétendus contrefaisants ainsi que de tout document s'y rapportant. »
[637] En ce sens, voir par exemple, E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 86.
[638] Voir *supra* n° 104.
[639] En ce sens, E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 86.
[640] Voir *supra* n° 104.

C.- En Allemagne.

109.- Le cadre juridique spécial allemand des contrats d'exploitation des marques est consacré par la « loi sur la protection des marques de commerce et autre signes distinctifs » du 25 octobre 1994 (ci-après MarkenG)[641], telle qu'actuellement en vigueur, suite à sa dernière modification par la loi du 24 novembre 2011[642]. La conclusion des contrats d'exploitation repose sur le principe selon lequel la marque est aliénable et librement commercialisable[643].

La MarkenG consacre un type spécial de contrat d'exploitation, à savoir, le contrat de licence de marque (*Markenlizenz*) (1°) et y attache un régime particulier (2°).

1°.- La licence de marque (*Markenlizenz*).

110.- Selon l'art. 30 MarkenG, le droit des marques peut faire l'objet d'une licence. La loi ne définit pas le contrat de licence. A l'heure actuelle, la nature du contrat de licence, plus précisément la question de savoir si la licence (surtout partielle) est d'une nature purement contractuelle ou si elle entraîne un transfert partiel du droit de marque, est controversée[644].

---

[641] BGBl. I p. 3082. Titre de la loi en allemand : « Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz) ».

[642] BGBl. I, p. 2302. La version consolidée de la loi allemande sur les marques est disponible (en allemand), sur : <www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/markeng/gesamt.pdf>. Par contre, la traduction en anglais n'est disponible que pour la version historique de la loi, suite à sa modification par la loi du 31 July 2009, voir le site : <www.gesetze-im-internet.de/englisch_markeng/act_on_the_protection_of_trade_marks_and_other_symbols_trade_mark_act.pdf>. De manière similaire, la traduction en français n'est disponible que pour la version historique de la loi, suite à sa modification par la loi du 16 juillet et celle de 1998, voir la base des données de l'OMPI « WIPO Lex », <www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=126237>, ci-après : Traduction disponible sur la base de données WIPO lex. Sur cette loi voir « Germany : Reform of Trademark Law », *IIC* 1995, p. 142.

[643] Depuis la réforme de 1992, la marque n'est plus considérée comme inséparable de l'entreprise du titulaire. Ainsi, elle peut faire l'objet d'une cession indépendamment de la cession de l'entreprise. Sur ce point v. S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 14 ; F.-K. BEIER, « Introduction », *in* F.-K. BEIER, (sous dir. de), *German Industrial Property, Copyright and Antitrust Laws*, 3e éd., VCH, 1996, p. I/A/14 : « The traditional rule of German trademark law that the transfer of a trademark is only permitted in connection with the transfer of the business, has been abandoned, so that the trademark or trade name may be transferred freely. » *Cf.* aussi art. §27(2) MarkenG ; déjà G. METAXAS-MARANGHIDIS (sous dir. de), *Intellectual Property Laws of Europe*, John Wiley & Sons, 1995, Germany, n° 8.3.9 : « Trademarks are, thus, fully mercantible (sic). […] « Subsequently, trade marks have become and *independent marketable commodity*. »

[644] Sur cette controverse v. J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 16-02, p. 388 ; P. LANGE, *International Trade Mark and Signs Protection*, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2010, n° 2094, p. 473, qui se limite à une simple juxtaposition des différents types des droits du licencié (licence *in rem* et licence non translative). En faveur de la

2°.- Le régime spécial de la licence de marque.

111.- La MarkenG est très succincte quant à la réglementation des licences de marques[645]. Elle comprend une série de règles spéciales concernant tant la forme et l'objet du contrat que d'autres aspects des contrats de licence.

- ***Règles de forme.***

112.- La loi allemande des marques ne prévoit aucune formalité ou procédure d'enregistrement pour les licences de marque[646]. La licence de marque peut valablement être conclue oralement ou tacitement[647] même s'il est recommandé de constater les licences par écrit pour des raisons de preuve[648].

- ***La divisibilité du droit transmis : licence totale ou partielle.***

113.- Selon l'art. 30§1 MarkenG, la licence d'une marque peut être totale ou partielle. La loi ne définit pas ces types de licences de marque. Il est toutefois admis qu'une licence totale est celle par laquelle le licencié est autorisé à exploiter l'invention brevetée de manière illimitée. Par contre, dans le cadre d'une licence partielle, le licencié acquiert un droit d'exploitation limité par rapport au droit du concédant. Deux types de limitations sont expressément prévus par la loi. D'un côté, une licence partielle peut être limitée à l'égard des produits et des services couverts par l'enregistrement

---

deuxième opinion, voir S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 16 et les références citées ; J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 16-12, p. 396, pour qui, « it is the current position under German jurisprudence that a trade mark licence is a form of partial transfer of proprietary rights in the mark. » ; N. WILKOF, « Trademark licensing : the once and future narrative », *in* J. De WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 196 s. et not. p. 217 : « Even after the enactement of s. 30§2, debate continues over whether or not a license confers a partial transfer of the proprietary rights of the licensor to the licensee. »

[645] *Contra* « Germany : Reform of Trademark Law », *IIC* 1995, p. 142, not. p. 144 : « Trademark licenses are regulated comprehensively. »

[646] Sur ce point, v. A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008, p. 107 : « There are no form requirements for licenses to trademark rights either under German law or under Community trademark law. » ; M. AUFENAGER, G. BARTH, A. FRANKE, *The German Trademark Act*, Beck 2006, p. 35 : « The German Trademark Act does not provide for the recordal of licenses. » et *ibid.*, glossary, p. 383 : « The GPTO does not record licenses with the German Trademark register. »

[647] V. J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 16-09, p. 394 et note n° 36.

[648] A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008, p. 107 : « For purposes of proof it is advisable, however, to put such agreements in writing ».

de la marque[649]. De l'autre côté, la licence peut comprendre des limitations territoriales et donc conférer au licencié un droit d'exploitation de la marque uniquement sur une partie du territoire allemand[650]. De même, il est possible de dégager par interprétation a contrario de l'article 30§2 n° 1 et 2 et 5 MarkenG qu'une licence de marque peut comprendre des limitations relatives à la forme sous laquelle la marque peut être utilisée, à sa durée ainsi que des limitations afférentes à la qualité des produits fabriqués ou des services fournis par le preneur de licence[651]. Ajoutons que la MarkenG reconnait un effet absolu aux limitations susvisées. Plus précisément, selon l'art. 30§2 MarkenG, la violation par le licencié des limitations énumérées de façon exhaustive [652] n'est pas uniquement une faute contractuelle mais également un acte de contrefaçon[653].

- ***Licence exclusive et non-exclusive (simple).***

114.- Selon l'art. 30§1 MarkenG, une licence de marque peut être exclusive ou non exclusive[654]. Toutefois, la loi ne définit pas ces types de licences. Il a pu être admis qu'une licence exclusive

---

[649] Appelée « substantive limitation » par S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 35 ; M. AUFENAGER, G. BARTH, A. FRANKE, *The German Trademark Act*, Beck 2006, glossary, p. 383.

[650] A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008, p. 107 ; S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, pp. 16-17 ; M. AUFENAGER, G. BARTH, A. FRANKE, *The German Trademark Act*, Beck 2006, glossary, p. 383 : « The licence may cover the whole territory of the Federal Republic of Germany […] or part of the Federal Republic of Germany […] ».

[651] En ce sens, S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 35 : « §30(1),(2) MarkenG allows for substantive, temporal and territorial limitations of trade mark licenses […] ».

[652] En ce sens, N. WILKOF, « Trademark licensing : the once and future narrative », *in* J. De WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 196 s. et not. p. 217 : « Any other claim by the licensor against the licensee, such as a delay in convention to the terms of the license agreement, can be brought only as an action for breach of contract. »

[653] Voir A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008, p. 107, pour qui, de manière générale, « The proprietor of a mark may invoke his absolute rights to the mark against a violation of the license agreement by a licensee. » ; lapidaire, M. AUFENAGER, G. BARTH, A. FRANKE, *The German Trademark Act*, Beck 2006, p. 33 : « [T]he proprietor of a trademark is *also* permitted to invoke his rights conferred by that trademark against a licensee if the licensee contravenes provisions in the licensing contract which are specified in detail, Section 30, Subsection 2 German Trademark Act. » *Cf.* l'art. 8§2 de la Directive d'harmonisation des marques. *Cf.* S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 16 : « this provision is inspired by art. 17 of the community trade mark regulation ».

[654] Voir M. AUFENAGER, G. BARTH, A. FRANKE, *The German Trademark Act*, Beck 2006, glossary, p. 383 : « The right to a trademark may be the subject matter of an exclusive license or non-exclusive licences. »

permet au licencié l'utilisation de la marque à l'exclusion de toute autre personne, y compris le titulaire de la marque[655].

- ***L'effet erga omnes du contrat.***

La MarkenG, à l'instar de la PatG[656], contient une disposition particulière concernant l'opposabilité des licences de marque. Plus précisément, selon l'article 30§5 MarkenG « le transfert de la marque selon l'art. 27 ou la concession d'une licence est sans effet sur les licences accordées antérieurement à des tiers. » [657].

- ***Droit d'agir du licencié.***

115.- La MarkenG régit de manière expresse à la question du droit d'agir du licencié. Plus précisément, selon l'article 30§§3 et 4 MarkenG, le licencié (exclusif[658] ou non exclusif) ne peut agir en contrefaçon qu'avec le consentement du concédant[659] mais il a toujours le droit d'intervenir dans une procédure engagée par le titulaire, en cas d'atteinte à la marque, afin d'obtenir réparation de son propre préjudice.

Notons que la doctrine comme la jurisprudence soutiennent que la règle de l'article 30§3 MarkenG n'est que supplétive. Ceci dit, les parties peuvent prévoir dans leur contrat que le licencié aura le droit d'agir en contrefaçon même en l'absence de consentement préalable du titulaire de la marque[660]. De même, il a pu être soutenu que, par défaut, une licence de marque exclusive confère au licencié le droit d'agir en contrefaçon[661].

---

[655] En ce sens, J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 16-08, p. 393 et les références citées.

[656] Art. 15§3 PatG. Sur ce point v. M. AUFENAGER, G. BARTH, A. FRANKE, *The German Trademark Act*, Beck 2006, p. 33 « Analogous to Section 15, Subsection 3 of the Patent Act… ».

[657] Sur ce point voir notamment P. LANGE, *International Trade Mark and Signs Protection*, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2010, n° 2098, p. 474.

[658] Sur ce point A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008 : « Unlike the provisions under patent and *copyright* law, the Trademark Act provides that even an exclusive licensee may only bring an action for infringement if specific permission to do so has been granted. »

[659] En ce sens, M. AUFENAGER, G. BARTH, A. FRANKE, *The German Trademark Act*, Beck 2006, p. 383 : « Licensees may institute a legal action because of infringement only with the consent of the proprietor of the trademark. »

[660] Sur ce point, S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 17 et références sous note n° 84 et *ibid*. p. 18 ; A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008, p. 107 : « *Without prejudice to the provisions of the respective license agreement*, a licensee may bring an infringement action only with the consent of the proprietor of the trademark. »

[661] S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 18.

D.- Au Royaume Uni.

Le cadre juridique spécial britannique des contrats d'exploitation des marques est consacré par la Loi sur les Marques[662] du 21 juillet 1994 (ci-après TMA) telle qu'actuellement en vigueur[663]. La conclusion des contrats d'exploitation se fonde sur le principe selon lequel la marque en droit britannique est aliénable[664] et librement commercialisable[665]. La TMA consacre un type spécial de contrat d'exploitation, à savoir, le contrat de licence de marque (*trade mark licence*) (1°) et y attache un régime particulier (2°).

1°.- La licence de marque (*trade mark licence*).

116.- La TMA reconnait de manière implicite la possibilité de conclure des licences de marque[666]. Plus précisément, les articles 25§2 (b) et 28§1 TMA présupposent qu'une marque peut faire l'objet

---

[662] Titre de la loi en anglais : « Trade Marks Act 1994 (chapitre 26) ».

[663] La version consolidée la loi britannique sur les marques est disponible sur : <www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/26/data.pdf>. Voir aussi M. DOWIE-WHYBROW, *Core Statutes on Intellectual Property*, 3e éd., Palgrave Macmillan, 2011. Pour une traduction en français, voir la base des données de l'OMPI : <www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=127273>. Cette dernière traduction sert de fondement à l'analyse qui suit, sauf mention contraire.

[664] Sur ce point v. D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 764 : « Under the provisions of the Act, trade marks are easily alienable. »

[665] En effet, la marque n'est plus considérée inséparable de l'entreprise du titulaire. V. P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, p. 424 : « Although clearly a sensible provision and one that reflects commercial reality, the ease by which assignment is permitted clearly goes far towards breaking down the traditional link between the mark and its proprietor. ». Comp. art. 32§3 TMA : « La demande indique que la marque est utilisée, par le déposant *ou avec son autorisation*, pour ces produits ou services ou qu'il a de bonne foi l'intention de l'utiliser ainsi. » Sur cette base, la marque peut faire l'objet d'une cession indépendamment de la cession du fonds de commerce de l'entreprise. V. l'art. 24§1 al. 2 TMA. *Cf.* C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 204, p. 187, se référant à l'ancien régime établit par l'arrêt *Bowden Wire Ltd* c/. *Bowden Brake Co Ltd*, 1914, 31, RPC 385, qui interdisait la cession d'une marque indépendamment de l'entreprise du titulaire.

[666] Sur le caractère indirect de la reconnaissance des licences de marques par la TMA, voir S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 18, « The Trade Marks Act 1994 does not expressly allow the proprietor to grant licences, but recognizes such a right by listing the grant of a licence as a registrable transaction, s25(2)(b), and by making provisions about licences in s28 ff. » Certes, la reconnaissance de la possibilité de conclure des licences en droit britannique doit être vue sous le prisme de la législation européenne et notamment l'art. 8 de la Directive d'harmonisation du droit des marques. En ce sens, T. APLIN, J. DAVIS, *Intellectual Property Law. Text, Cases, and Materials*, 1re éd., Oxford University Press, 2009, p. 236 : « [A trade mark] may also be licensed (Article 8 of the TMD ; ss. 28-31 of the TMA) ; J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, 13.073, p. 427, se référant aux règles substantielles introduites au droit spécial britannique des licences de marques par application de l'article 8 de la Directive d'harmonisation. Voir toutefois G. MARIE, *Etude*

d'une licence « d'utilisation » (*licence to use*)[667]. La loi n'offre pas de définition du contrat de licence de marque. Il est toutefois généralement admis que la licence est un contrat par lequel une partie, le licencié, est autorisé à réaliser des actes normalement réservés à l'autre partie du contrat, à savoir, le concédant, sans encourir le risque d'être poursuivi en contrefaçon par ce dernier[668]. Sur cette base, selon l'approche dominante en droit britannique, la licence de marque n'entraîne pas un transfert de propriété mais, consiste en revanche en une autorisation purement contractuelle d'utiliser la marque[669]. Ceci dit, la licence de marque se distingue, en principe, de la cession de marque, puisque cette dernière entraîne le transfert de la marque.

---

comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 158, pour qui « le contrat de licence de droits de propriété industrielle est un contrat innommé », pour dire par la suite (p. 159) que « des lois spécifiques auxquelles il convient de se référer reconnaissent l'originalité du contrat y afférent, afin d'unifier le régime du contrat de licence. »

[667] Comp. le terme utilisé par la loi grecque (« *άδεια χρήσης*»).

[668] En ce sens, L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 963 : « A licence enables the licensee to use the trade mark for specified goods or services without infringing. So long as the use falls within the terms of the licence, the licensee is immune from an action by the trade mark owner. » ; W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, n° 18-14, p. 723 : « A licence to use a registered mark does not of itself confer any proprietary interest but amounts to permission to use which prevents any allegation of infringement. » ; P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, p. 424 : « [A] trade mark licence is traditionally seen as a right to use the trade mark, which remains owned by the licensor. » ; N. WILKOF, D. BURKITT, *Trade Mark Licensing*, 2e éd., Sweet & Maxwell, 2005, n° 1-37, p. 18 et n° 10-16, p. 228 et les références y citées : « It is a very well-established principle of English law that a licence does not confer proprietary rights, but merely makes lawful what would otherwise be unlwaful. » ; G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 160 s., se référant à la fois aux licences de brevet et de marque. Comp. la définition générale donnée par J. PHILLIPS, *Trade Mark Law. A practical anatomy*, Oxford University Press, 2003, n° 15.09, p. 516 : « A licence of a trade mark is a permission granted by its proprietor (the licencsor) to another party (the licencsee). » *Adde* N. WILKOF, « Trademark licensing : the once and future narrative », *in* J. De WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 196 s. et not. p. 212 : « A trademark license is the grant by the owner of a trademark to a third party for the use of the owner's mark on specified goods or services, usually in exchange for the payment of a royalty. »

Voir toutefois, J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13-983, p. 430 : « [the subsection 31(1) TMA] still seems to leave open the argument that the nature of the interest enjoyed by an exclusive licensee is *more that a bare permission* » et *ibid.* n° 10-16, p. 229: « This led some to question whether the rights of an exclusive licensee under s.31 of the 1994 Act could really be regarded as non-proprietary. »

En jurisprudence, v. l'arrêt *Northern & Shell* c/ *Conde Nast*, [1995], R.P.C., 117, cité par J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13-083, p. 430, à propos de la nature d'une licence exclusive : « The nature of a licence under the 1994 Act was held [...] to be a bare permission to use the mark, not conferring on the licensee any proprietary right. » ; sur le même arrêt, N. WILKOF, D. BURKITT, *Trade Mark Licensing*, 2e éd., Sweet & Maxwell, 2005, n° 10-16, p. 229.

[669] Voir N. WILKOF, D. BURKITT, *Trade Mark Licensing*, 2e éd., Sweet & Maxwell, 2005, n° 10-16, p. 228 : « It has been held that a licensee's rights under a trade mark licence are purely contractual. » ; W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, n° 18-14, p. 723. En jurisprudence, v. par exemple Crittal Windows c./ Stormseal [1991] R.P.C., 265. C'est sur cette base qu'un rapprochement a été fait entre la licence de marque et le contrat de bail, en ce sens, L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 963 : « In some ways it is the intangible property's equivalent to a lease ».

2°.- Le régime spécial du contrat de licence de marque.

117.- La TMA comprend une série des règles spéciales concernant tant la forme et l'objet du contrat que les droits et les obligations des parties d'un contrat de licence de marque[670]. En vérité, la loi anglaise fournit seulement certains indicateurs concernant le montage des contrats de cession ou de concession[671]. Les parties ont donc une grande liberté pour définir le contenu de leur contrat[672]. Il convient d'examiner les règles spéciales de la TMA qui s'appliquent aux contrats de licences.

- ***Règles de forme.***

118.- Selon l'art. 28§2 TMA, la licence doit être constatée par un écrit signé par ou au nom du concédant[673]. Cette règle a fait l'objet de différentes interprétations. Plus précisément, certains auteurs ont exclu le caractère *ad validitatem* de l'écrit exigé par la TMA[674] ; ils ont opté pour une lecture plus souple de la règle de l'art. 28§2 TMA selon laquelle l'écrit serait exigé seulement pour « activer » certaines dispositions de la TMA relatives aux licences, telles que l'enregistrement du

---

[670] *Cf.* G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 159, se référant à la fois aux licences de brevet et de marque : « En substance, ces textes de lois spécifiques ne traitent du contrat de licence que du point de vue de son étendue et des formalités qui l'accompagnent. »

[671] *Contra* D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 764 : « Unlike the 1938 Act, there are *detailed provisions* for licensing (exclusive, non-exclusive and sub-licences). » ; C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-05, p. 29 : « The TMA 1994 contains *detailed provisions* related to licensing of registered trade marks. »

[672] En ce sens, J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13-094, pp. 432-433 ; C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 205, p. 188 : « There are no provisions in the 1994 Act which relate to what components must be included in a licence, such as obligations on the licensee to maintain a particular quality of gods to be sold under the auspices of the registered trade mark. The trade mark proprietors and the licensees are free to look after their own interests in relation to the contents of the licences and the quality provisions that will adhere to the use of the registered mark. » ; H. McQUEEN, C. WAELDE, L. GRAEME, A. BROWN, *Intellectual Property Law and Policy*, 2e éd., Oxford University Press, 2011, n° 21.50, p. 948 : « The Trade Marks Act 1994 does not contain express provisions concerning licensing of a trade mark by the right holder to a third party. In other words, the trade mark owner is, subject to competition law, free to licence the mark in any way she likes. » Comp. L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 963 : « For the most part, the terms of a voluntary licence are up to the parties to determine and thus will depend on the needs, capacities, and wishes of the parties. »
Notons que l'ancien droit (Trade marks Act 1938) contenait des dispositions particulières sur le contenu d'une licence et, en particulier, l'obligation du licencié de maintenir un niveau de qualité des produits ou des services marqués adéquat, afin que la marque ne devienne pas trompeuse. Sur ce point, voir D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 765 ; J. DAVIS, *Intellectual Property Law*, 4e éd., Oxford University Press, 2012, n° 5.109, p. 254.

[673] « Une licence ne produit pas d'effet si elle n'est pas constatée par écrit dans un acte signé par le cédant ou en son nom. »

[674] En ce sens, G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 168.

contrat ou le droit d'agir du licencié[675]. Selon cette approche, les licences orales ou même tacites (*implied licences*) seraient envisageables[676]. Il a été soutenu en revanche par une autre partie de la doctrine que l'écrit était nécessaire pour que la licence de marque soit effective, même si les licences orales et tacites ne cesseront pas d'être acceptées par la loi[677]. D'autres auteurs se sont limités à répéter le texte de la loi[678] ou à faire référence à l'état de la pratique[679] mais sans s'exprimer clairement sur la question. Enfin, la règle de l'article 28§2 TMA a été considérée comme un dispositif destiné à inciter les parties à conclure leur contrat par écrit et le faire signer par le concédant, afin de jouir des avantages accordés aux licences écrites[680]. En somme, il semble que la portée de la règle de l'art. 28§2 TMA reste imprécise[681].

Selon l'article 25§2 (b) TMA, le contrat de licence est une transaction à inscrire au Registre des Marques[682]. Plus précisément, les détails[683] du contrat de licence sont enregistrés par les personnes indiquées dans l'article 25§1 TMA[684]. Comme en matière de licences des brevets, l'enregistrement

---

[675] En ce sens, N. WILKOF, D. BURKITT, *Trade Mark Licensing*, 2e éd., Sweet & Maxwell, 2005, n° 11-04, p. 244: « It is suggested that alternative (i) is the more plausible approach, because it ties the requirement of a written licence to those provisions in the Act that are directly addressed under the rubric of licence.»

[676] N. WILKOF, D. BURKITT, *Trade Mark Licensing*, 2e éd., Sweet & Maxwell, 2005, n° 11-04, p. 244 s. ; J. PHILLIPS, *Trade Mark Law. A practical anatomy*, Oxford University Press, 2003, n° 15.11, p. 516 s.

[677] Voir J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13-089 : « It should be noted that any licence must be in writing and signed by the granter : s.28(2). » ; L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 963 pour qui l'écrit est justifié par « the almost proprietary nature of a trade mark licence ». Voir aussi C. MORCOM, A. ROUGHTON, S. MANYNICZ, *The modern law of trade marks*, 3e éd., LexisNexis, 2008, n° 11.9, p. 298 pour qui la licence doit être constatée par écrit pour qu'elle soit effective (« the only formal requirement is that, in order to be effective, the licence must be in writing, signed by the grantor (the licensor) » et les accords oraux ou tacites devraient correspondre à des « simples consentements » du titulaire de la marque à un tiers.

[678] En ce sens, C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-05, p. 29.

[679] J. PHILLIPS, *Trade Mark Law. A practical anatomy*, Oxford University Press, 2003, n° 15.19, p. 516 : « In an ideal world, all trade mark licences would be recorded in writing so that there could be no doubt as to their terms. It is however the case that many trade mark licences are oral. »

[680] J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13-079 *sq*. p. 429 : « Accordingly, s. 28(2) provides a strong *incentive* to ensure that any licence of a registered trade mark is in written and signed by or on behalf of the grantor of the licence. »

[681] Voir not. N. WILKOF, D. BURKITT, *Trade Mark Licensing*, 2e éd., Sweet & Maxwell, 2005, n° 11-04, p. 244 ; J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13-076 *sq*. p. 428 s.

[682] « Les transactions ci-après sont susceptibles d'enregistrement : la concession d'une licence pour une marque enregistrée ». Voir J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 1387, p. 431. Sur cette formalité v. aussi N. WILKOF, « Trademark licensing : the once and future narrative », *in* J. De WERRA, (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 196 s. et not. p. 205.

[683] Voir l'article 25§1 TMA : « les indications prescrites relatives à la transaction … (The prescribed particulars of the transaction…) ».

[684] Article 25§1 : « Sur requête présentée au greffier du Registre par a) une personne qui prétend avoir un droit sur une marque enregistrée ou autre titre d'une telle marque en vertu d'une transaction susceptible d'enregistrement ou b) toute autre personne qui s'affirme affectée par une telle transaction, les indications prescrites relatives à la transaction sont inscrites dans le registre. »

de la licence de marque n'est pas obligatoire[685]. Toutefois, l'absence d'enregistrement de la licence de marque entraîne plusieurs conséquences négatives pour le licencié[686]. Plus précisément, selon l'article 25§3 (a) TMA, « tant qu'une requête d'enregistrement des indications prescrites relatives à une [licence] n'a pas été présentée, la [licence] est sans effet à l'égard d'une personne qui acquiert, sans avoir connaissance de celle-ci, un droit antagonique sur la marque enregistrée ou en vertu de celle-ci »[687]. Ensuite, selon l'art. 25§3 (b) TMA, l'absence d'enregistrement du contrat de licence prive le licencié de la protection prévue aux articles 30 et 31 TMA (dispositions réglant le droit d'agir des licenciés)[688]. De même, selon l'art. 25§4 TMA, le licencié doit demander l'enregistrement de la licence dans un délai de grâce de six mois[689] à partir de la date de conclusion du contrat afin d'avoir droit à des dommages-intérêts ou à une reddition de comptes pour une contrefaçon de la marque enregistrée intervenant après la date de la transaction et avant que les indications prescrites relatives à la licence soient enregistrées[690]. Par ailleurs, l'enregistrement du

---

[685] En ce sens, C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 206, p. 189 : « Although registration is not mandatory… » ; P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, p. 425 : « The process is voluntary in that it is up to, for example, an assignee or licensee to seek registration of the transaction in question […] » ; C. MORCOM, A. ROUGHTON, S. MANYNICZ, *The modern law of trade marks*, 3e éd., LexisNexis, 2008, p. 298, note n° 2 : « [the registration of the licence] while being voluntary, may generally be regarded as advisable. » Voir toutefois, D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 766 : « The following transactions affecting trade marks must be registered […] ».

[686] Pour une approche générale des conséquences négatives de l'absence d'enregistrement voir J. PHILLIPS, *Trade Mark Law. A practical anatomy*, Oxford University Press, 2003, n° 15.24, p. 520 ; T. HART, L. FAZZANI, S. CLARK, *Intellectual Property Law*, 5e éd., Palgrave macmillan, 2009, n° 10.8, pp. 120-121 ; C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-05, p. 29 ; C. MORCOM, A. ROUGHTON, S. MANYNICZ, *The modern law of trade marks*, 3e éd., LexisNexis, 2008, n° 11.21, p. 304. Pour une approche commune des effets négatifs de l'absence d'enregistrement à propos des licences de brevet et de marques, voir G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 170.

[687] Voir C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 206, p. 189. Pour une analyse approfondie sur les conditions et les effets de cette disposition, voir not. J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13-023 *sq*. p. 416 s. Pour la relation entre les dispositions 25§3(a) et 28§3 TMA voir J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13-085, p. 431 : « [S.] 25 has the effect that s.28 will only bite when an application for registration of the licence has been made (or when the successor has knowledge of the licence). »

[688] Article 25§3(b) : « Tant qu'une requête d'enregistrement des indications prescrites relatives à une transaction susceptible d'enregistrement n'a pas été présentée, une personne qui se prétend être titulaire d'une licence en vertu de la transaction ne bénéfice pas de la protection de l'article 30 ou 31 (droits et moyens de recours du titulaire d'une licence en cas de contrefaçon) ». Sur ce point voir C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 206, p. 189 ; J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13.028, p. 417.

[689] Sauf si le tribunal est convaincu qu'il n'était pas possible dans la pratique de présenter une telle requête avant l'expiration de ce délai et qu'une requête a été présentée dès que possible par la suite : article 25§4(b) TMA.

[690] Article 25§4 TMA : « Lorsqu'une personne devient […] titulaire d'une licence ayant pour objet une marque enregistrée en vertu d'une transaction susceptible d'enregistrement […] elle n'a pas droit à des dommages-intérêts ou à une reddition de comptes pour une contrefaçon de la marque enregistrée intervenant après la date de la transaction et avant que les indications prescrites relatives à la transaction soient enregistrées. » Sur cet avantage de l'existence d'un

contrat de licence de marque rend évidente *prima facie* la validité de la transaction et de la titularité lors des processus judiciaires[691]. C'est pourquoi, en réalité, toute licence (comme toute autre transaction enregistrable) devrait être enregistrée[692].

- ***La divisibilité du droit transmis : licence totale (general licence) ou partielle.***

119.- Selon l'art 28§1 TMA, une licence peut être totale[693] ou partielle[694]. Une lecture a contrario de l'article art. 28§1 (a) et (b) TMA permet de concevoir qu'une licence totale (à caractère général) correspond à une licence conférant au licencié le droit d'utiliser la marque pour la totalité des produits ou des services pour lesquels la marque est enregistrée et pour toutes les manières d'usage de la marque et les lieux d'utilisation envisageables[695]. Par contre, une licence limitée confère au licencié le droit d'utiliser la marque pour une partie des produits ou des services pour lesquels la marque est enregistrée, et/ou d'une manière particulière et/ou dans une partie du territoire

---

enregistrement du contrat de licence de marque voir J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13.030-13-031, pp. 417-418. *Cf.* l'art. 68 PA. Sur ce lien voir J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13.032, p. 418 : « Section 25(4) is very similar in its structure and expression to s. 68 of the Patents Act 1977, and it is suggested that authorities in relation to that provision will be relevant to the application of s. 25(4). »

[691] Article 72 TMA : « Dans toutes les procédures judiciaires concernant une marque enregistrée l'enregistrement d'une personne comme propriétaire d'une marque constitue un commencement de preuve de la validité de l'enregistrement original et de toutes les cessions ou autres transmissions ultérieures de cette marque. » En ce sens, S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 16 ; W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, *Intellectual property*, 6e éd., Sweet & Maxwell, 2007, p. 685, note n° 99 ; W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, p. 722, note n° 102 : « Registration of an assignment, as of a licence, creates a presumption of validity of the transaction ». La règle d'évidence ne s'applique pas dans l'hypothèse d'une transmission contractuelle de la marque. Ainsi, la marque ne pourra pas être acquise *bona fide* par un cédant enregistré mais *non domino*, en ce sens S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 16.

[692] P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, p. 425 : « [I]n reality, all affected transactions are likely to be formally registered. » Comp. C. MORCOM, A. ROUGHTON, S. MANYNICZ, *The modern law of trade marks*, 3e éd., LexisNexis, 2008, p. 298, note n° 2 : « [the registration of the licence] while being voluntary, may generally be regarded as advisable. »

[693] La loi utilise le terme « générale ».

[694] Art. 28§1 TMA : « Une licence autorisant l'usage d'une marque enregistrée peut avoir un caractère général ou limité. » Sur l'acceptation du caractère légal de cette distinction, voir J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13-080, p. 430.

[695] En ce sens, S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 18 ; W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, p. 723, qui fait un parallélisme avec la cession limitée. Comp. C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 205, p. 188 : « A general licence would be a licence which licensed the right to use the registered trade mark in connection with all the goods or services for which it was registered, and which covered the whole of the territory. »

britannique (art. 28§1 (a) et (b) TMA)[696]. Notons que des limitations temporelles sont également envisageables, même si la loi ne les mentionne pas expressément, car il est accepté que l'énumération de l'article 28§1 TMA n'est qu'indicative[697].

- ***Licence exclusive et non exclusive (simple).***

120.- L'article 29 TMA reconnait implicitement la distinction entre les licences exclusives et non exclusives[698]. Selon la définition légale de l'art. 29§1 TMA, une licence exclusive est la licence (totale ou partielle[699]) autorisant son titulaire, à l'exclusion de toute autre personne, y compris le donneur de la licence, à utiliser une marque enregistrée de la manière autorisée par les termes de la licence[700]. Notons que la TMA prévoit un traitement plus favorable pour le licencié exclusif[701].

---

[696] Art. 28§1 a et b : « Une licence limitée peut, en particulier, porter, a) sur une partie et non la totalité des produits ou des services pour lesquels la marque est enregistrée ou b) sur l'usage de la marque d'une manière particulière ou dans un lieu déterminé. » Voir sur ce point par exemple C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-05, p. 29 ; H. McQUEEN, C. WAELDE, L. GRAEME, A. BROWN, *Intellectual Property Law and Policy*, 2e éd., Oxford University Press, 2011, n° 21.8, p. 931.

[697] Voir le texte de l'article 28 TMA : « In particular… » Voir en ce sens, C. MORCOM, A. ROUGHTON, S. MANYNICZ, *The modern law of trade marks*, 3e éd., LexisNexis, 2008, n° 11.9, p.298, note n° 1 : « These words appear to be intended to have the same meaning as the Latin term 'inter alia', thus indicating that other kinds of limited licence are possible. » ; S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 34 ; L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 963.

[698] Sur cette distinction v. J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13-080, p. 430. La distinction entre licence exclusive et non exclusive est similaire à celle établie en matière de brevets, en ce sens, S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 18.

[699] J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13-081, p. 430 : « Section 29(1) also makes it clear that an exclusive licence may be partial in just the same manner(s) as a non-exclusive licence. » Dans l'hypothèse de plusieurs licences exclusives partielles, les licenciés doivent réciproquement respecter l'exclusivité de leur concurrent. Sur ce point voir G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 172.

[700] Art. 29§1 TMA : « Dans la présente loi, l'expression « licence exclusive » s'entend d'une licence (générale ou limitée) autorisant son titulaire, à l'exclusion de toute autre personne, y compris le donneur de la licence, à utiliser une marque enregistrée de la manière autorisée par les termes de la licence. » Sur ce point, voir à titre indicatif N. WILKOF, D. BURKITT, *Trade Mark Licensing*, 2e éd., Sweet & Maxwell, 2005, n° 10-24, p. 232 ; J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13-081, p. 430 ; J. PHILLIPS, *Trade Mark Law. A practical anatomy*, Oxford University Press, 2003, n° 15.27, p. 521. Voir toutefois G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 172.
Selon le deuxième alinéa de l'article 29§1 TMA, « les expressions « titulaire de la licence exclusive » et titulaire d'une licence exclusive » doivent être interprétées de manière correspondante. »

[701] Voir par exemple *infra* n° 123 sur l'art. 29§2 (effet *erga omnes* de la licence exclusive) et 30§7 et 31§1 al. 2e (droit d'agir du licencié exclusif) et notamment 31§1 : « Il peut être prévu dans le cadre d'une licence exclusive que le titulaire de la licence a les mêmes droits et peut prétendre aux mêmes réparations, dans la mesure prévue par les termes de la licence, quant aux questions survenant après la concession de la licence seulement si cette *licence avait été une cession.* ».
C'est notamment à cause de ce traitement privilégié que la nature purement contractuelle du droit du licencié exclusif a été contestée par plusieurs auteurs. Voir sur cette question not. N. WILKOF, D. BURKITT, *Trade Mark Licensing*, 2e

En revanche, la licence non exclusive n'est pas définie par la TMA. Par une lecture a contrario de l'article 29 TMA il est possible d'affirmer qu'une licence non exclusive est la licence conférant au licencié le droit d'utiliser la marque concurremment avec d'autres licenciés et/ou le titulaire de la marque. De manière inverse, le concédant d'une licence non exclusive peut aussi bien octroyer d'autres licences en des termes identiques à d'autres personnes[702], qu'exploiter la marque lui-même[703].

Ajoutons que comme en matière de licences de brevet, à côté du binôme légal des licences exclusives et non exclusives, les parties peuvent opter pour un type intermédiaire de licence, à savoir la sole licence[704]. La description faite plus haut à propos des soles licences des brevets d'invention vaut *mutatis mutandis*.

- ***Le transfert du contrat de licence de marque.***

121.- La TMA évoque la possibilité de transfert du contrat de licence. Selon l'article 25§2 a) TMA le transfert d'une licence est une transaction enregistrable[705]. Toutefois, il n'y a pas de disposition expresse au sein de la TMA qui traite des modalités de ce transfert[706]. Selon une approche, la question du transfert d'une *licence exclusive* pourrait être résolue par application de l'article 31§1 TMA, qui prévoit l'assimilation du licencié exclusif au cessionnaire. D'après cette approche, et

---

éd., Sweet & Maxwell, 2005, n° 10-17, p. 229, sous l'intitulé « Is the situation different under section 31 ? ». Sur l'ensemble de la question de la difficulté de la distinction entre cession et licence exclusive v. *infra* n° 179.

[702] En ce sens, J. PHILLIPS, *Trade Mark Law. A practical anatomy*, Oxford University Press, 2003, n° 15.30, p. 521 : « A non-exclusive licence permits any number of licensees to use the trade mark on the footing that what they are permitted to do may also be permitted to others. »

[703] En ce sens, C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 205, p. 188 : « A non-exclusive licence, however, would not limit the licence of the rights to one licensee, in other words the same rights could be licensed to any number of licensees. Nor would a non-exclusive licence prevent the owner of the registered trade mark from exercising the rights that had been licensed. »

[704] En ce sens, C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 205, p. 188 : « A licence may be exclusive, non-exclusive or sole. […] A sole licence, by contrast with an exclusive licence, would allow the licensor, in addition to the licensee, to exploit the registered trade mark. » Le terme *sole licence* est traduit en français comme licence exclusive ouverte. Voir G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 172.

Parfois les parties utilisent la formule *sole and exclusive licence*. Sur ce point, voir J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, p. 430, note n° 76 : « A 'sole and exclusive' licence is a licence by which the licence ore appoints an exclusive licensee but itself reserves the right to uses : in view of the definition of 'exclusive licence' in s. 29(1) such a licence must be treated as a non-exclusive licence. »; critique à cette formule, J. PHILLIPS, *Trade Mark Law. A practical anatomy*, Oxford University Press, 2003, n° 15.29, p. 521 : « Such usage should be avoided, because the term ' sole licence' is more properly used in contrast to an exclusive licence and permits *a single licensee*, in addition to the trade mark proprietor, to use the trade mark. »

[705] En ce sens, D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 766. De même, le transfert de la licence est régie par l'article 136 LPA.

[706] Voir en ce sens, S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 18 : « The Act contains no provisions on the assignement of licences. »

dans la mesure où les parties auraient prévu de stipuler une « clause d'assimilation » dans le contrat, le contrat de licence exclusive confèrerait au licencié tous les droits du concédant, y compris, le droit de céder, le droit de limiter ou de permettre le transfert de la licence[707]. Selon une autre approche, la question du transfert des licences devrait être régie par application (analogique) de l'article 28§4 TMA, qui traite la question d'octroi des sous-licences[708]. D'après cette approche, la transferabilité du contrat de licence serait en principe possible « lorsque les termes de la licence le prévoient ».

- ***Concession des sous-licences[709].***

122.- La TMA reconnait expressément la possibilité de concéder des sous-licences[710] et prévoit une règle spéciale à propos de la concession de celles-ci. Plus précisément, selon l'article 28§4 TMA « lorsque les termes de la licence le prévoient, une sous-licence peut être concédée par le titulaire de la licence »[711].

- ***L'effet erga omnes des contrats.***

123.- Selon la disposition de portée générale de l'art. 25§3 a)[712], la question de l'opposabilité des contrats d'exploitation des marques (cessions et licences) dépend, en principe, de l'enregistrement

---

[707] En ce sens S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 18 : « The same would follow from s31 according to which the licence « may » provide that the licensee shall have all the rights of the assignor, including the right to assign the respective interest in the trade mark. »

[708] S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 18: « This must apply in equal measure to an assignment of the licence : here, too, the proprietor must be allowed to retain the right to assess for himself the suitability of anyone who is to use the mark. » *Cf.* S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 35 qui fait référence à la réglementation de la question du transfert du contrat de licence en matière de brevets d'invention. Sur cette dernière voir *supra* n° 88.

[709] Comp. J. PHILLIPS, *Trade Mark Law. A practical anatomy*, Oxford University Press, 2003, n° 15.34, p. 523, pour qui les sous-licences sont une catégorie de licences à côté des licences exclusives, non exclusives et *sole licences*.

[710] En ce sens, D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 764 : « Sub-licences are recognised as possible […] ». *Cf.* art. 28§4 TMA : « dans la présente loi, les termes « licence » et « titulaire d'une licence » s'entendent aussi comme désignant une licence secondaire ou le titulaire d'une licence secondaire ».

[711] Art. 28§4 TMA : « Lorsque les termes de la licence le prévoient, une licence secondaire peut être concédée par le titulaire de la licence, et, dans la présente loi, les termes « licence » et « titulaire d'une licence » s'entendent aussi comme désignant une licence secondaire ou le titulaire d'une licence secondaire. » En ce sens, voir S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 18 : « [The TMA] allow the licensee to grant sub-licences (only) where the licence agreement so provides, s28(4). » ; L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 963, note n° 28.

[712] J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13-023, p. 416 : « Section 25(3)(a) of the 1994 Act is a general provision relating to all registrable transactions […] ».

de l'acte au Registre des marques[713]. La solution issue de l'application du régime d'opposabilité général[714] est similaire à celle donnée en matière de brevets. L'analyse vaut donc *mutatis mutandis*[715].

La TMA offre deux dispositions spéciales concernant la question de l'opposabilité des contrats de licences. D'une part, selon l'article 28§3 TMA, « sauf disposition contraire aux termes de la licence, celle-ci a force obligatoire à l'égard d'un ayant cause du concédant »[716].0 Cette disposition établit le principe d'opposabilité du contrat de licence face aux successeurs du concédant. Toutefois, cette disposition ne déploie ses effets que si la licence est inscrite au Registre des marques, selon l'article 25§3[717]. D'autre part, selon l'article 29§2 TMA, et sauf disposition contraire convenue par les parties[718], « le titulaire d'une licence exclusive a les mêmes droits à l'égard d'un ayant cause lié par la licence qu'à l'égard du donneur de la licence. » L'opportunité de cette disposition a été vivement critiquée, surtout lorsque son apport n'est pas identifiable, compte tenu de l'existence de la disposition de l'article 28§3, précédemment présentée[719].

- ***Droit d'agir du licencié.***

124.- La TMA contient certaines dispositions spécifiques sur la question du droit d'agir en contrefaçon du licencié (exclusif ou simple). Le droit d'agir du licencié est régi de manière générale par l'article 30 TMA[720]. Plus précisément, selon l'article 30§2 TMA, « le titulaire d'une licence est habilité, *sauf disposition contraire* dans le cadre de sa licence ou de toute licence dont son droit est

---

[713] Voir *supra* n° 88.

[714] Voir art. 25§2 (a) et (b) en combinaison avec l'art. 25§3(a) TMA : « Tant qu'une requête en enregistrement des indications précitées relatives à une transaction susceptible d'enregistrement n'a pas été présentée a) la transaction est sans effet à l'égard d'une personne qui acquiert un droit antagonique sur la marque enregistrée ou en vertu de celle-ci sans le savoir »

[715] Voir *supra* n° 90.

[716] J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13-085, p. 431 : « It is necessary that there should be such a provision, because there is of course usually no privity of contract between the grantee of the licence and the grantor's successor. ».

[717] En ce sens, voir J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13-084 *sq.*, p. 430 s. « Binding on successors (subject to s. 25). »

[718] En ce sens, D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 764 : « Unless otherwise provided for, a licence is binding on the grantor's successor in title. »

[719] Sur ce point v. not. J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, 13-086, p. 431. Comp. C. MORCOM, A. ROUGHTON, S. MANYNICZ, *The modern law of trade marks*, 3e éd., LexisNexis, 2008, n° 11.10, p. 299, pour qui « This would seem to follow from s. 28(3), whether the licence is exclusive or non-exclusive, but the provision is perhaps included to make it clear that the licence remains exclusive, after assignment of the registered trade mark, as against the new proprietor. »

[720] En ce sens, J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13-090, p. 432 ; C. MORCOM, A. ROUGHTON, S. MANYNICZ, *The modern law of trade marks*, 3e éd., LexisNexis, 2008, n° 11.13, p. 301. *Cf.* aussi la terminologie utilisée par la loi : « le présent article déploie ses effets en ce qui concerne les droits du titulaire d'une licence en cas de contrefaçon d'une marque enregistrée. »

dérivé, à demander au propriétaire de la marque enregistrée d'engager une procédure pour contrefaçon en ce qui concerne toute question qui a une incidence sur ses droits. » Ensuite, selon l'article 30§3 TMA, « si le propriétaire [de la marque] a) refuse d'engager une procédure ou b) n'engage pas de procédure dans les deux mois suivant la date à laquelle cela lui a été demandé, le titulaire de la licence peut engager la procédure *en son nom* comme s'il était lui-même le propriétaire. » Toutefois, lorsque le licencié engage une procédure en contrefaçon en son nom, le titulaire de la marque doit, sauf autorisation du tribunal, être appelé en qualité de codemandeur ou en tant que défendeur (art. 30§4 TMA)[721]. En somme, l'article 30 confère donc par défaut au licencié le droit de demander au concédant d'agir en contrefaçon et d'agir *ex jure proprio* lorsque certaines conditions sont remplies. La disposition en question, bien que supplétive[722], constitue un outil efficace pour la protection des intérêts des licenciés et s'applique *mutatis mutandis* aux sous-licences[723].

La TMA traite de la question du droit d'agir du licencié exclusif de manière spéciale. Selon l'article 31§1 al. 1er TMA, « il peut être prévu dans le cadre d'une licence exclusive que le titulaire de la licence aura les mêmes droits et pourra prétendre aux mêmes réparations, dans la mesure prévue aux termes de la licence, en ce qui concerne les questions survenant après la concession de la licence que si cette licence avait été une cession ». Ensuite, selon le deuxième alinéa de l'article 31§1TMA, « lorsque ou dans la mesure où il existe une telle disposition, le titulaire d'une licence est recevable, sous réserve des dispositions de la licence et des dispositions ci-après du présent article, à engager [en son nom[724]] une procédure pour contrefaçon, contre toute personne autre que le propriétaire »[725]. Sur cette base, le contrat de licence exclusive peut prévoir que le licencié aura le

---

[721] « Lorsqu'une procédure est engagée pour contrefaçon par le titulaire d'une licence en vertu du présent article, celui-ci n'est pas recevable, sauf autorisation du tribunal, à poursuivre l'action à moins que le propriétaire ne soit appelé en cause en qualité de codemandeur ou en tant que défendeur. » Sur ce point voir C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 205, pp. 188-189 ; D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 765.

[722] « unless his licence provides otherwise… », art. 30§2 TMA. Dans le meme sens, J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13-091, p. 432 : « In contrast with s. 31(1), the rights given under s. 30 arise *automatically*, unless the licence agreement(s) through which the licensee derives his rights excludes them. » ; G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 161 : « [l]e contrat de licence ne doit pas lui interdire une telle action ».

[723] En ce sens, C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 205, p. 188.

[724] S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 19.

[725] En ce sens, voir par exemple C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 205, p. 189. Comp. S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur :

droit d'agir en contrefaçon en son propre nom, sans avoir à persuader le titulaire de la marque d'engager une procédure, selon l'article 30§2 [726], ou sans devoir obtenir préalablement son consentement[727]. Certes, contrairement aux mesures prévues par l'article 30, en l'absence de clause expresse dans le contrat, le licencié exclusif n'aura pas le droit d'agir en contrefaçon[728]. La relation entre les articles 30 et 31 est déterminée par les articles 30§1 al. 2e [729] et 30§7 TMA[730], malgré leur contenu apparemment contradictoire[731].

Notons que les droits d'agir du titulaire et du licencié exclusif sont antagoniques (art. 31§2 TMA)[732]. C'est pourquoi le licencié exclusif, sauf autorisation du tribunal, n'est pas recevable à

<www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 19, pour qui « the licensee's powers are limited in that he cannot go after infringements of the licensee's rights by the proprietor himself and, by implication, by those who act by authority of the proprietor. » et *ibid eod loc* : « [A]n action by the licensee against the licensor would be an action against himself. Such an action is inadmissible. »

[726] J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13-089, p. 432 ; L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 964.

[727] V. A. KUR, « Harmonization of the Trademark Laws in Europe-An overview », *IIC*, 1997, p. 1 s., not p. 13 : « According to the UK and Irish laws, an exclusive licensee may have conferred on him by contract the same rights as an assignee, which includes the possibility to sue for infringement without needing the consent of the trademark owner. »

[728] En ce sens, J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13-089, p. 432 : « However, it is no way compulsory for an exclusive license to be given such a right, as is clear from the permissive words of s. 31(1), and indeed it is fairly clear from the wording of the section that if the agreement granting the licence is silent, then the exclusive licensee will not have his own right of action. » ; C. MORCOM, A. ROUGHTON, S. MANYNICZ, *The modern law of trade marks*, 3e éd., LexisNexis, 2008, n° 11.12, p. 300 : « The TMA 1994 creates greater possibility for exclusive licensees to take their own action to protect their interests in the licensed trade marks, but the extent of their right sis dependent upon the terms of their licences. »

[729] « Les dispositions du présent article ne sont pas applicables lorsque, dans la mesure où, en vertu de l'article 31.1) ci-dessous (le titulaire d'une licence exclusive a les mêmes droits et moyens de recours qu'un cessionnaire), le titulaire d'une licence a le droit d'engager une procédure en son nom. »

[730] « Les dispositions du présent article s'appliquent à l'égard du titulaire d'une licence exclusive si, ou dans la mesure où celui-ci jouit, en vertu de l'article 31.1), des droits et des moyens de recours d'un cessionnaire comme s'il était propriétaire de la marque enregistrée. »

[731] Sur ce point voir D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 765.

[732] « Tous ces droits et prétentions d'un titulaire d'une licence exclusive s'exercent concurremment avec ceux du propriétaire de la marque enregistrée ; en outre, toute mention du propriétaire d'une marque enregistrée dans les dispositions de la présente loi relative à une contrefaçon doit être interprétée de manière correspondante. » Sur ce point, v. S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 19 ; J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13-089, p. 432 ; W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, p. 723 : « [C]oncurrently with the rights of the registered proprietor, an exclusive licensee is given rights and remedies as though he were the assignee ». Bien que la loi (art. 31§1 TMA) reconnaisse au licencié exclusif les mêmes droits à agir en contrefaçon comme si la licence était une cession, dans l'hypothèse d'une cession, les droits du cédant et du cessionnaire ne sont pas en concurrence car le cédant n'a plus de droits sur la marque cédée. En ce sens voir C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 205, p. 189 : « This is in contrast with an assignment where the assignor would have no further rights once the assignment was complete. » ; S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 19 : « Regardless of the rights of the

poursuivre l'action à moins que le titulaire de la marque ne soit appelé en qualité de codemandeur ou en tant que défendeur et *vice versa* (art. 31§4 TMA)[733]. De même, le licencié ne peut pas utiliser son droit d'agir contre le concédant (art. 31§1 al. 2e TMA)[734].

Comme il a été déjà signalé[735], d'après l'article 25§3 (b) TMA, l'effectivité du droit d'agir du licencié dépend de l'enregistrement du contrat de licence. De même, le dispositif légal relatif à la possibilité pour les licenciés d'agir en contrefaçon est largement supplétif[736]. En pratique, le plus souvent, le contrat de licence contiendra des clauses relatives au droit d'agir du licencié[737].

---

licensee, the licensor may therefore continue to exercise his rights as before. » Par ailleurs, le cessionnaire peut en principe agir contre le cédant. En ce sens, N. WILKOF, D. BURKITT, *Trade Mark Licensing*, 2e éd., Sweet & Maxwell, 2005, n° 10-17, p. 229 : « It is true that an exclusive licensee cannot be in the same position as an assignee, since the exclusive licensee cannot sue the proprietor for infringement and since his rights run concurrently with those of the proprietor. »

[733] « Lorsqu'une procédure pour contrefaçon d'une marque enregistrée engagée par le propriétaire ou le titulaire d'une licence exclusive a trait en tout ou en partie à une contrefaçon à l'égard de laquelle ils ont concurremment le droit d'exercer une action en justice, le propriétaire ou, selon le cas, le titulaire de la licence exclusive n'est pas recevable, sauf autorisation du tribunal, à poursuivre l'action à moins que l'autre partie ne soit appelée en cause en qualité de codemandeur ou en tant que défendeur. » Sur ce point voir D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 765 : « Under s31(4), if either the proprietor or the exclusive licensee brings an infringement action, he must join the other except by leave of the court […] » ; C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 205, p. 189.

[734] Voir aussi G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 161.

[735] Voir *supra* n° 118.

[736] En ce sens, S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, pp. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 19 : « The Act leaves this to the parties to determine » ; D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 765 : « The trade marks act contemplates exclusive licensees and non-exclusive licenses commencing legal proceedings against infringers, although the right of a licensee to do this can be affected by the terms of the licence agreement. » Comp. l'utilisation à maintes fois des formules « sauf disposition contraire », « sous réserve des dispositions de la licence » au sein des articles 30 et 31, par exemple 30§2, 31§1, 31§8 TMA.

[737] En ce sens, D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 765.

Conclusion de la Section 2.

125.- L'analyse précédente pourrait être synthétisée de manière suivante :

En ce qui concerne le droit des contrats d'exploitation des brevets d'invention :

- le droit grec consacre la « licence d'exploitation de brevet » qui peut être exclusive ou non exclusive. La réglementation qui accompagne cette catégorie contractuelle consiste d'une règle de forme (exigence d'écrit *ad validitatem*) ainsi que des règles qui s'appliquent par défaut et qui régissent la question du transfert de la licence et du droit d'agir du licencié.
- le droit français consacre la « licence d'exploitation de brevet » qui, selon les dispositions de la loi, peut être exclusive ou non exclusive et complète ou partielle. La catégorie contractuelle en question est accompagnée des règles de forme (exigence d'un écrit *ad validitatem* et inscription au Registre national des brevets), une disposition qui établit l'effet *erga omnes* du droit du licencié ainsi qu'une règle qui régit par défaut le droit d'agir du licencié.
- le droit allemand consacre la « licence de brevet » qui, selon les dispositions de la loi, peut être exclusive ou non exclusive et complète ou partielle. La loi accompagne cette catégorie contractuelle d'une règle qui attribut au droit du licencié un effet *erga omnes*.
- le droit britannique consacre la « licence d'exploitation » qui, selon les dispositions de la loi, peut être exclusive ou non exclusive et complète ou partielle. La réglementation spécifique de ce contrat comprend une règle de forme (enregistrement au Registre des brevets) ainsi que des dispositions afférentes à la question du transfert de la licence, à la concession de sous-licences, à l'effet *erga omnes* du droit du licencié ainsi qu'au droit d'agir de ce dernier.

En ce qui concerne le droit des contrats d'exploitation des marques :

- le droit grec consacre la « licence d'utilisation de marque » qui, selon les dispositions de la loi, peut être exclusive ou non exclusive et complète ou partielle. La catégorie contractuelle en question est accompagnée des règles de forme (exigence d'un écrit et notification au Registre des marques) ainsi que des dispositions qui régissent par défaut la concession de sous-licences par le licencié et le droit d'agir du licencié.
- le droit français consacre la « licence d'exploitation de marque » qui, selon les dispositions de la loi, peut être exclusive ou non exclusive et complète ou partielle. La catégorie contractuelle en question est accompagnée d'une règle de forme (formalité de publicité-inscription au Registre national des marques) ainsi qu'une règle qui régit par défaut le droit d'agir du licencié.

- le droit allemand consacre la « licence de marque » qui, selon les dispositions de la loi, peut être exclusive ou non exclusive et complète ou partielle. La loi accompagne cette catégorie contractuelle d'une règle qui régit la question du droit d'agir du licencié.
- le droit britannique consacre la « licence de marque » qui, selon les dispositions de la loi, peut être exclusive ou non exclusive et complète ou partielle. La réglementation spécifique de ce contrat comprend des règles de forme (exigence d'écrit et enregistrement au Registre des marques) ainsi que des dispositions afférentes à la possibilité du transfert de la licence, à la concession de sous-licences ainsi qu'au droit d'agir de ce dernier.

L'examen précédent démontre que les droits nationaux retenus s'intéressent à l'encadrement spécial des contrats d'exploitation en droit des brevets et des marques. De même, l'ensemble des droits nationaux retenus prévoit une réglementation spéciale *de minimis* qui privilégie la liberté contractuelle des parties et, au-delà de certaines règles de forme, s'abstient d'un encadrement impératif de l'exploitation contractuelle des brevets et des marques.

Conclusion du Chapitre I.

126.- L'examen du *statu quo* du droit des contrats d'exploitation au niveau national a démontré que les contrats d'exploitation font l'objet d'un encadrement spécifique dans tous les droits nationaux examinés. Cet encadrement, présent tant en droit d'auteur qu'en droit de la propriété industrielle, consacre des catégories contractuelles spéciales variables, propres aux contrats d'exploitation : des « contrats d'exploitation », « licences d'exploitation », des « cessions », des « autorisations », des « licences d'utilisation ». De même, la liberté des parties est généralement privilégiée au sein des droits nationaux examinés, à l'exception surtout du droit contractuel d'auteur des pays de l'Europe continentale, qui comprend des règles impératives afin de protéger les intérêts de l'auteur-partie faible du contrat. De plus, les lois nationales prévoient une réglementation spéciale plus ou moins développée, qui comprend notamment des règles de forme ainsi que des règles substantielles, relatives à différentes questions propres aux contrats d'exploitation, tels que le droit d'agir du licencié ou la transmissibilité du contrat. En somme, à l'heure actuelle, le droit des contrats d'exploitation prend la forme d'un cadre juridique contractuel spécial qui accompagne la réglementation de toute branche de propriété intellectuelle au sein de tous les droits nationaux examinés et qui prévoit un système de règles spéciales plus ou moins développé. En d'autres termes, le droit des contrats d'exploitation au niveau national est une construction qui présente une géométrie variable, selon le droit national examiné et la branche de propriété intellectuelle concernée.

L'examen du droit spécial des contrats d'exploitation au niveau national étant achevé, il convient désormais d'étudier le *statu quo* du droit des contrats d'exploitation au niveau européen (Chapitre II), et plus précisément, le cadre juridique des contrats d'exploitation élaboré par le législateur européen.

CHAPITRE II.- LE CADRE JURIDIQUE DES CONTRATS D'EXPLOITATION AU NIVEAU EUROPÉEN.

127.- L'acquis communautaire traite des contrats d'exploitation[738]. Avant de procéder à son étude, il apparaît pertinent de faire deux remarques introductives. D'une part, l'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation est composé de textes qui proviennent de sources différentes[739]. Plus précisément, l'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation est essentiellement contenu dans des Directives d'harmonisation[740] et des Règlements[741]. De plus, les contrats d'exploitation font l'objet également d'instruments non contraignants issus de la Commission Européenne, tels que les livres verts, recommandations ou projets de directive[742]. Au-delà du « grand droit européen des contrats d'exploitation » contenu au sein des instruments juridiques (contraignants et non contraignants) précités, les décisions de la CJUE, rendues à l'occasion de la « rencontre souvent fortuite entre le droit de l'Union européenne et l'institution contractuelle »[743], complètent l'image de l'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation.

---

[738] Pour une présentation v. P. STIEL, *Leistungstörungen bei Lizenzverträgen aus Sicht des europäischen Rechts*, Herbert Hutz Verlag, Munich, 2009, p. 5 s.

[739] En ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 123, p. 75 : « Outre les apports de la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes et des décisions de la Commission, les autorités européennes ont entamé l'élaboration d'un droit européen de la propriété industrielle et artistique, à travers des règlements et des directives. »

[740] Il est bien sûr connu que les règles véhiculées par les premières doivent être transposées au sein des droits nationaux. Sur l'ensemble de la question en droit d'auteur, voir C. ZOLYNSKI, *Méthode de transposition des directives communautaires. Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 2007, *passim*. C'est pourquoi il a pu être soutenu que le droit européen comprend également la pratique d'incorporation des règles d'origine européenne au sein des États membres. Sur ce point voir G. DANNEMANN, « The Working Method of the Acquis Group- A Model ? » *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 15 s. et not. p. 15 : « The Acquis group began drafting contract law rules based on the acquis communautaire, which consists of regulations, directives, ECJ decisions and also *the incorporation practice of the member states*. »

[741] Il est connu que les règles comprises aux seconds sont uniformes et s'appliquent directement à l'ensemble de l'UE, sans que leur transposition au sein des droits nationaux soit nécessaire.

[742] *Cf.* à propos du caractère non contraignant des recommandations, J. HUET, « Les sources communautaires du droit des contrats », *in Le renouvellement des sources du droit des obligations*, coll. Assoc. H. Capitant, Lilli, LGDJ, 1996, pp. 11-27, not. p. 14 : « On peut en discuter pour ce qui est des *recommandations* qui n'ont pas la même force obligatoire. Toutefois il faut se méfier des apparences car la menace de la part des autorités communautaires d'adopter éventuellement une directive, contraignante, peut amener à un respect spontané de la norme posée sous cette forme plus souple. »

[743] J.-S. BERGE, « À propos du « petit droit européen des contrats » : de quelques exemples récents en droit de la propriété intellectuelle », *RDC*, 01 avril 2010, n° 2, p. 725. En effet, le droit jurisprudentiel de la CJUE a pu être qualifié de « petit droit européen des contrats d'exploitation ». La distinction est propre à J.-S. BERGE, « A propos du « petit droit européen des contrats » : de quelques exemples récents en droit de la propriété intellectuelle », *RDC*, 01 avril 2010, n° 2, p. 725 s.

D'autre part, l'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation présente une particularité par rapport aux droits nationaux à l'égard des titres de propriété intellectuelle concernés. Plus précisément, le droit européen des contrats d'exploitation porte soit sur des titres de propriété intellectuelle nationaux, soit sur des titres unitaires établis au niveau européen, tels que, pour ce qui nous intéresse, les marques communautaires[744] et le brevet à effet unitaire[745].

- ***Intermède : La réglementation des contrats d'exploitation par l'acquis communautaire en matière de droit de la concurrence.***

128.- Les contrats d'exploitation présentent plusieurs interférences avec le droit de la concurrence au niveau européen[746]. En vérité, les contrats d'exploitation peuvent être à l'origine de pratiques anticoncurrentielles. Sur ce fondement, les règles impératives du droit de la concurrence sont susceptibles d'être appliquées aux contrats d'exploitation afférents à n'importe quel droit de propriété intellectuelle. Ainsi, au niveau européen, au-delà des dispositions de droit contractuel (substantiel) le régime des contrats d'exploitation est complété par les règles du droit (européen) de la concurrence[747]. Même si la portée de la présente étude est limitée au droit contractuel pur des

---

[744] Règlement n° 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire (version codifiée, remplaçant le Règl. 90/1994), JOUE n° L 78, du 24.03.2009, p. 1. Ci-après, RMC. Selon la Proposition de Règlement du Parlement et du Conseil, du 27.3.2013 modifiant le règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire, COM(2013) 161 final, 2013/0088 (COD), le terme « marque européenne » devrait remplacer le terme marque communautaire. V. art. l'article 1§1 de la proposition : « Le règlement (CE) n° 207/2009 est modifié comme suit : (1)Dans le titre, le terme «marque communautaire» est remplacé par le terme «marque européenne» »

[745] L'Union européenne s'est lancée il y a longtemps dans la création de titres de propriété intellectuelle valables pour l'ensemble des États membres : marque communautaire (de l'Union européenne), dessein et modèle communautaire (de l'Union européenne (Règlement (CE) nº 6/2002 du Conseil, du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires, JO nº L 3 du 5.1.2002, p. 1.)), certificat d'obtention végétale communautaire (Règlement (CE) nº 2100/94 du Conseil du 27 juillet 1994 instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales, JO L 227 du 1.9.1994, p. 1), appellations d'origine protégées et indications géographiques protégées valables pour l'ensemble de l'Union européenne… Pour un inventaire, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, p. 75, n° 123.
Ces titres de l'Union européenne, à l'image des titres nationaux, sont des objets de « propriété », et par conséquent ils peuvent être exploités soit directement – par leur titulaire initial – soit indirectement, à travers la conclusion de contrats permettant leur mise en œuvre par des tiers. V. p.ex. l'intitulé de la Section 4 du RMC : *La marque communautaire comme objet de propriété*. *Cf.* G. BONET, « Questions sur la licence de marque communautaire », *Revue des affaires européennes*, janv. 1999, p. 44.

[746] Pour l'ensemble de la question, voir par exemple G. TRITTON, *Intellectual Property in Europe*, 2e éd., Sweet & Maxwell, 2002, pp. 563-708 ; B. HARRIS, *Intellectual Property Law in the European Union*, William S. Hein & Company, 2005, p. 84 s. *Adde* Notice de la Commission, orientations en vue de l'application de l'article 81 du Traité de la CE aux accords de transferts technologiques, J. O. C 101/2 du 27.4.2004, point 7, cité par F. GOTZEN, « Panel 1 : Les différentes possibilités de gestion du droit d'auteur : Gestion collective du droit d'auteur et octroi de licences communautaires. La législation sur le droit d'auteur et la concurrence revisitée », Conférence « Droit d'auteur et créativité dans l'Union européenne élargie », Dublin, 20-22.06.2004, disponible sur : <ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/conference/2004-dublin/gotzen_fr.pdf>, p. 9 s. : « les droits de propriété intellectuelle et les règles communautaires sur la concurrence […] partagent le même objectif fondamental, à savoir la promotion de l'intérêt du consommateur et l'affectation efficace des ressources. »

[747] Sur la complémentarité entre le droit des contrats et le droit de la concurrence au niveau européen voir par exemple M.-W. HESSELINK, « The Structure of the New European Private Law », *Electronic Journal Of Comparative Law*, (December 2002), vol. 6.4, disponible sur : <www.ejcl.org/64/art64-2.html>, p. 13 : « A part of private law would indeed be administrated on a European level but presumably not in the civil code. A first example is provided by

contrats d'exploitation[748], afin de compléter l'image du droit européen des contrats d'exploitation, il semble utile de présenter brièvement les textes européens principaux qui touchent aux contrats d'exploitation d'un point de vue du droit de la concurrence. En fait, ces textes prévoient des règles qui limitent la liberté contractuelle des parties et qui constituent ainsi une composante du régime applicable aux contrats d'exploitation[749].

En effet, les institutions européennes ont consacré, jusqu'à présent, une série de règlements d'exemption qui visent à éliminer les effets anticoncurrentiels et les restrictions de concurrence au sein du marché intérieur susceptibles d'être produites par la conclusion de contrats d'exploitation au sein du marché intérieur[750]. Les textes en question sont les suivants[751] :

European competition law. This branch of the law frequently has a *decisive influence on the contractual relationship* between private parties (distribution and franchise contracts are among the most typical examples) but it is unlikely that it will be transferred from art. 81 EC treaty into a European civil code. » ; J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., p. 92 note n° 4 : « it is worth noting that beyond intellectual property regulations as such, intellectual property licensing is also regulated under competition law, particularly under a technology transfer perspective […] » ; J. SCHMIDT, « Les contrats d'exploitation de brevets en droit privé », *in* INSTITUT DE FRANCE, *Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention*, Actes de colloque, Paris- 10 mars 2005, Lavoisier, 2006, p. 5 : « En réalité, les règles applicables aux contrats sur brevets doivent être recherchées ailleurs que dans le Code de la propriété intellectuelle : d'une part, dans le droit de la concurrence français et communautaire […]. » ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La marque communautaire », *JCP* E, n° 31, 1994, p. 369, à propos de l'application du droit européen de la concurrence aux licences de marques communautaires : « [Le contenu des contrats de licence] sera déterminé par les parties, conforment à la loi applicable à leur contrat et au droit communautaire de la concurrence. » Comp. F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, Economica, 1999, n° 107, p. 49 : « [Le Règlement d'exemption par catégorie d'accords de transfert de technologie […] régit de façon très détaillée le contenu des licences de brevet ou de savoir-faire et constitue quasiment un contrat-type. » Cette affirmation n'est pas reprise au sein de la nouvelle édition (2010). *Adde* d'un point de vue plus général E. TERRYN, P. NAEYAERT, « An optional instrument for commercial agency, franchise and distribution contracts ? », *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 189 s. et not. p. 190 : « The block exemptions, first for specific types of contracts with commercial intermediaries, later for vertical agreements in general, have had and continue to have an important influence in shaping the content of these contracts. » *Adde* S. GHOSH, « What the Treatment of Covenants Not to Compete Teaches About Intellectual Property and Competition Norms », *in* T. TAKENAKA (sous dir. de), *Intellectual Property In Common Law And Civil Law*, Edwad Elgar, 2014, p. 349 et s.

Notons que cette complémentarité démontre également qu'en droit européen la division traditionnelle entre droit privé et droit public est largement relativisée.

[748] Par ailleurs, les études spéciales sur l'intersection entre droit de la concurrence et contrats d'exploitation sont nombreuses. Voir, par exemple, en matière de contrats d'exploitation des marques, U. KADOR, J. CLAYTON-CHEN, *Trademark Licensing and selective distribution-Strategies for valid agreements under European Law*, International Trademark Association, 1998 ; pour un commentaire sur cet ouvrage P. CHROCZIEL, « Trademark Licensing and selective distribution-Stratégies for valid agreements under European Law », *IIC*, 2000, p. 473 ; I. ROURARD, *Droit européen des licences exclusives de brevets. Droit communautaire, droit français, droit allemand*, Levallois, 1989 ; pour un commentaire sur cet ouvrage J. PAGENBERG, « Droit européen des licences exclusives de brevets. Droit communautaire, droit français, droit allemand », [Recension de livre], *IIC*, 1991, p. 432 ; N. GRIGORIADIS, *Licence d'utilisation de marque et restrictions de la concurrence*, Sakkoulas, 2006.

[749] Par ailleurs, ce régime devrait être pris en compte lors de la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation, v. *infra* n° 499, 568, 589.

[750] Il est significatif que ces Règlements couvrent très souvent les contrats d'exploitation de manière transversale. Comp. N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle » *in Droits de propriété intellectuelle, Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI, n° 36, Litec, 2010, p. 51 et s., not. p. 60. Une approche similaire est aussi adoptée par le Règlement (CE) n° 1906/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre

- ***Le Règlement n° 330/2010.***

129.- Le Règlement (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées[752] touche, entre autres, les contrats d'exploitation. En effet, le considérant n° 3 du Règlement fait référence aux « accords contenant des dispositions accessoires sur la cession ou l'utilisation de droits de propriété intellectuelle. »

- ***Le Règlement n° 1217/2010.***

130.- Le Règlement (UE) n° 1217/2010 de la Commission 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement[753], prévoit une exemption pour certaines catégories d'accords de recherche et de développement et, ce faisant, vise à assurer une protection efficace de la concurrence et à garantir une sécurité juridique suffisante pour les parties aux accords de recherche et de développement. L'article 1 par. 1, (g) du Règlement en question se réfère expressément à la « concession de licences sur de tels droits ».

- ***Le Règlement (CE) n° 316/2004.***

131.- Le Règlement (CE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie[754] touche les contrats d'exploitation. En fait, selon l'article 1 (c) du Règlement, la notion d'« accord de transfert de technologie » corresponde, parmi d'autres, à

2006, définissant les règles de participation des entreprises, des centres de recherche et des universités pour la mise en œuvre du septième programme-cadre de la Communauté européenne et fixant les règles de diffusion des résultats de la recherche (2007-2013) (JO n° L 391, du 30.12.2006, p. 1). Ce règlement se réfère aux « connaissances nouvelles et préexistantes », qui correspondent aux résultats d'une activité de recherche protégés par plusieurs droits de propriété intellectuelle (art. 2, 4). Les droits de propriété intellectuelle qui appréhendent ces « connaissances » peuvent faire l'objet de transferts (art. 42 du Règl.) ou d'accords transmettant des « droits d'accès » à ces connaissances (art. 47 et s. du Règl.). Ainsi, le Règlement 1906/2006 officialise deux modèles de « gestion » des droits de propriété intellectuelle, à savoir le modèle du contrat de « transfert des connaissances nouvelles » et le modèle du « contrat de concession des droits d'accès aux connaissances nouvelles ou préexistantes ». Le Règlement 1906/2006 prévoit certaines règles de forme et de fond afférentes au transfert des connaissances nouvelles et de la concession des droits d'accès aux connaissances nouvelles ou préexistantes. V. ainsi l'art. 48§1 établissant l'exigence de la forme écrite pour les contrats de concession des droits d'accès, ainsi que l'art. 48§2 se référant aux modalités de concessions exclusives.

[751] *Cf.* la référence faite par J. de WERRA, « An essential Brick in the Building of European Copyright : Regulation of Copyright Transactions », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 259 s. et not. p. 267 note n° 34 ; J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European Perspective », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 450 s. et not. p. 452, note n° 5.

[752] JO UE L 102, du 23.4.2010, p. 1.

[753] JO n° L 335, du 18.12.2010, p. 36.

[754] JO n° L 93 du 28 mars 2014, p. 17. Pour un commentaire voir par exemple, E. DIENY, « Licences de technologies : premier aperçu du nouveau règlement d'exemption européen- le règlement des opportunités manquées ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 40, juill. 2014, pp. 17-23.

un « accord de concession de licence de droits sur technologie »[755]. Une telle définition large couvre une série de contrats d'exploitation particuliers, tels que les licences de brevets les licences de marques et les licences de droit d'auteur[756]. De même, selon l'article 1 (p) du Règlement, une licence exclusive est une « licence en vertu de laquelle le donneur de licence lui-même n'est pas autorisé à produire sur la base des droits sur technologie concédés et n'est pas autorisé à concéder les droits sur technologie concédés à des tiers, en général, pour un usage déterminé ou sur un territoire déterminé ». Le Règlement en question comprend des règles qui régissent certains aspects du caractère exclusif et des limitations territoriales des accords de licence en question avec le droit européen du point de vue du droit de la concurrence et apporte des adaptations mineures au regard du texte antérieur[757].

132.- La jurisprudence de la CJUE à l'intersection du droit de la concurrence et des contrats d'exploitation. Au-delà des instruments juridiques d'origine législative, la CJUE rend fréquemment des décisions touchant au droit des contrats d'exploitation des propriétés intellectuelles d'un point de vue du droit de la concurrence. Plus précisément, plusieurs décisions relatives à la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle au sein du marché unique[758] ou même à la question de l'abus de position dominante[759] touchent à la matière des

---

[755] *Cf.* sur ce point, à propos du type de catégorisation des contrats envisagé par l'ancien Règlement n° 772/2004, v. M. CHAGNY, « Catégories juridiques contractuelles et droit européen de la concurrence », *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 89 s. et not. p. 96 s.

[756] Art. 1c et 1h. *Cf.* en ce sens, à propos de l'ancien Règlement n° 772/2004, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 123, p. 76 : « [Le Règlement d'exemption] ne recouvre pas seulement les licences de brevet et de savoir-faire comme dans les précédents règlements, mais concerne aussi les licences sur modèles d'utilité, topographies de semi-conducteurs, certificats complémentaires de protection notamment pour les produits pharmaceutiques et certificats d'obtention végétale, et même le droit d'auteur sur les logiciels, ainsi que les accords mixtes qui portent sur plusieurs de ces droits ou qui portent à la fois sur l'un deux et accessoirement sur d'autres types de propriétés intellectuelles comme les marques. »

[757] En ce sens, N. BINCTIN, « Généralité sur la propriété industrielle », *JCP E*, n° 48, 27/11/2014, pp. 41-42.

[758] V. par exemple l'arrêt CJUE, 23 avril 2009, aff. C-59/08, *Copad SA* c./ *Christian Dior couture SA, Sté industrielle lingerie (SIL)* et l'analyse faite par J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Reserach Handbook on Intellectual Property Licensing Law*, Edward Elgar, 2013, p. 450 s. et not. pp. 452-455. La CJUE s'est également prononcée sur la question de l'épuisement du droit du titulaire d'un logiciel après la première distribution des copies immatérielles digitales au sein du marché intérieur. Voir la décision de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), grande Chambre, 3 juillet 2012, affaire numéro C-128/11, *UsedSoft GmbH* c./ *Oracle International Corp*. Selon cette décision, la vente d'une copie immatérielle de programme vaut épuisement du droit. Ceci dit, la cession ultérieure (revente) de la licence d'utilisation avec la revente d'une copie du logiciel sera licite, à condition que le premier ou le précédent utilisateur « a effacé sa copie ou ne l'utilise plus. » Par ailleurs, peu importe si au sein de la licence première il y a la stipulation d'une clause d'usage personnel. Pour des commentaires, voir J. DALEAU, « Protection des programmes d'ordinateurs : revente de licences d'occasion », *D.* 2012, Actu. 1817, p. 2142 ; A. MENDOZA-CAMINADE, « Vers une libéralisation du commerce du logiciel en Europe ?, *Rec. Dalloz*, 2012, p. 2142 ; J. HUET, « Le marché des logiciels d'occasion et la libre circulation des produits culturels », *Rec. Dalloz*, 2012, p. 2101 ; Ch. CARON, « Le programme d'ordinateur selon la Cour de justice (II) : la vente d'une copie immatérielle de programme vaut épuisement du droit ! », *Comm. Comm. Electr.*, n° 10, octobre 2012, comm. 106. Pour une vue d'ensemble, S. CARRE, « Le rôle de la Cour de Justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union », *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, Litec Lexis Nexis, Coll. du CEIPI, n° 60, 2013, p. 1 s.

contrats d'exploitation. De manière similaire, les stipulations d'exclusivité ou les limitations territoriales, très souvent prévues au sein des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle ont été parfois condamnées par la Cour en tant que pratique anticoncurrentielle[760].

À l'instar de l'examen du cadre juridique actuel au niveau national, nous allons examiner l'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation en analysant, d'abord, l'acquis existant en matière de droit d'auteur (Section 1), avant de procéder à l'étude de l'acquis en matière de propriété industrielle (Section 2).

---

[759] Sur ce point, à titre purement indicatif v. Th. DREIER, B. HUGENHOLTZ, « Introduction », *in* Th. DREIER, B. HUGENHOLTZ, *Concise European Copyright Law*, 1e éd., Kluwer Law International, 2006, p. 1 et s.et not. p. 3.

[760] Voir par exemple l'arrêt CJUE, 4 oct. 2011, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League Ltd, NetMed Hellas SA, Multichoice Hellas SA* c/ *QC Leisure, David Richardson, AV Station plc, et a. et Karen Murphy c/ Media Protection Services Ltd* ; F. BUY, J.-C. RODA, « Sport et droits TV : les exclusivités territoriales absolues sont contraires au droit de l'Union », *JCP*, G., n° 47, 21 novembre 2011, p. 1296 ; E. ROSATI, « The Hargreaves Report and Copyright Licensing : Can National Initiatives Work Per Se ? », *EIPR*, n° 11, 2011, p. 673 et s. et not. p. 675, pour qui « the implications of this decision promise to be dramatic, as far as *copyright* licensing is concerned. Indeed, right holders may no longer be able to segment the market on a territorial basis and be compelled to exploit their works differently in each territory. » Déjà V.-L. BENABOU *in* Chronique, *Propr. Intell.*, avril 2011, n° 39, p. 213 et s., commentant les conclusions de l'Avocat général J. Kokott, 3 février 2011 à propos de l'affaire en question Pour l'ensemble de la question, voir par exemple M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 9, « The last frontier: territoriality », p. 307 et s. et les arrêts cités en page 315 ; B. HARRIS, *Intellectual Property Law in the European Union*, William S. Hein & Company, 2005, n° 7-3, p. 84 : « In practice, however, what may give a licensing agreement its restrictive character is one or more clauses of the agreement creating more or less essential restrictions if the agreement is to have any value. The licensee's exclusivity is an obvious case in point. Closely related to, and often overlapping, the question of exclusivity is the territorial scope of the agreement. »

De manière similaire, la CJUE s'est récemment prononcée sur la question de la détermination du caractère approprié de la rémunération afférente au droit d'auteur, d'un point de vue du droit de la concurrence, dans l'arrêt *Premier League*. Sur ce point voir V.-L. BENABOU *in* Chronique, *Propr. Intell.*, janvier 2012, n° 42, p. 51 et s. et not. p. 53 : « En outre, la référence à la notion de « rémunération appropriée » sera sans nul doute la nouvelle machine de guerre des cocontractants des titulaires de droits toujours prompts à négocier le niveau des redevances à la baisse. »

Section 1.- L'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation d'auteur.

133.- L'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation d'auteur a la particularité d'être compris tant au sein d'instruments contraignants (des Directives) (§1) qu'au sein d'instruments non contraignants (§2).

§1.- L'acquis contraignant.

134.- L'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation de droit d'auteur présente une nature sectorielle[761]. Il en découle que les textes européens offrent des règles de portée spéciale : elles ne touchent pas la matière des contrats d'exploitation d'auteur dans son ensemble mais portent essentiellement sur certains contrats d'auteur spéciaux. De manière similaire, la contribution de la jurisprudence de la CJUE dans le domaine du droit d'auteur[762] n'est pas très significative sur ce point[763]. Malgré l'approche générale de notre étude, la présentation des règles relatives à certains d'auteur spéciaux semble utile afin d'établir l'état des lieux du droit européen des contrats d'exploitation en matière de droit d'auteur. Nous avons pu détecter cinq Directives qui font référence aux contrats d'exploitation.

- ***La Directive 93/83/CEE*.**

135.- La Directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble[764] évoque deux types de contrats d'exploitation[765]. Plus précisément, les articles 2[766] et 3§1[767] de la Directive reconnaissent la

---

[761] Sur les défauts qui sont dus à cette approche, v. *infra* n° 233 *sq*.

[762] Pour une présentation voir A. KUR, Th. DREIER, *European Intellectual Property Law. Texts, Cases and Materials*, Edward Elgar, 2013, n° 5.3.2.9 s., p. 311 s.

[763] En ce sens, voir A. KUR, Th. DREIER, *European Intellectual Property Law. Texts, Cases and Materials*, Edward Elgar, 2013, n° 5.3.2.9, p. 311 : « Since so far, there is little EU law concerning copyright contracts, the number of ECJ cases addressing this issue is also rather limited. »

[764] JO, n° L 248 du 06.10.1993 pp. 0015 – 0021.

[765] Par ailleurs, certains considérants mentionnent aussi les relations contractuelles, tels que le considérant n° 9 et 30. Sur ce point, voir L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. p. 520.

possibilité d'exploitation contractuelle des droits relatifs à la radiodiffusion des œuvres protégées par satellite[768] et évoquent le *contrat d'autorisation de communication au public par satellite d'œuvres protégées par le droit d'auteur* (contrat d'autorisation de radiodiffusion par satellite)[769]. De même, l'article 8§1[770] évoque l'*autorisation de retransmission par câble*[771] d'une émission de radiodiffusion provenant d'un autre État membre de l'UE.

En ce qui concerne le régime applicable à ces types de contrats, l'article 9 pose le principe de gestion collective obligatoire des droits d'auteur relatifs à la retransmission par câble. Ainsi, l'exploitation contractuelle de ces droits exclusifs ne peut être réalisée que par une Société de gestion collective[772], à l'exception des droits exercés par des organismes de radiodiffusion (art. 10)[773]. Enfin, selon l'article 12§1, « par recours aux règles du droit civil[774] ou administratif les États

---

[766] Article 2 : « Droit de radiodiffusion. Les États membres prévoient le droit exclusif de l'auteur d'autoriser la communication au public par satellite d'œuvres protégées par le droit d'auteur, sous réserve des dispositions du présent chapitre. »

Pour Prof. S. von LEWINSKI et M. WALTER, la disposition de l'article 3§1 exclut la possibilité des licences obligatoires ou légales et présuppose la transférabilité (contractuelle) des droits sur la radiodiffusion par satellite des œuvres protégées, voir M. WALTER, S. von LEWINSKI (sous dir. de), *European Copyright Law*, a commentary, Oxford University Press, 2010, n° 16.0.92, p. 1498. *Adde* B. HUGENHOLTZ, « Satellite and Cable Directive », *in* Th. DREIER, B. HUGENHOLTZ, *Concise European Copyright Law*, 1e éd., Kluwer Law International, 2006, p. 263 et s. et not. p. 275 : « The exclusive right of satellite broadcasting (art. 2) may not be made subject of statutory licensing […]. »

[767] Article 3§1 : « Acquisition de droits de radiodiffusion 1. Les États membres veillent à ce que l'autorisation visée à l'article 2 ne puisse être acquise que par contrat. »

[768] Notons que par renvoi de l'article 4§1 de la Directive à l'article 7§ (2) de la Directive 92/100/CEE, « [le droit sur la radiodiffusion par satellite] peut être transféré, cédé ou donné en licence contractuelle. » Dans la version codifiée, l'article 7 a été abrogé. Sur ce point voir M. WALTER, S. von LEWINSKI (sous dir. de), *European Copyright Law*, a commentary, Oxford University Press, 2010, n° 16.0.91, p. 1498.

[769] Pour une illustration d'autorisation de radiodiffusion par satellite, voir l'arrêt de la CJUE, 4 oct. 2011, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League Ltd, NetMed Hellas SA, Multichoice Hellas SA* c/ *QC Leisure, David Richardson, AV Station plc, et a. et Karen Murphy c/ Media Protection Services Ltd*. Sur ce point, voir à titre indicatif, V. MELERO, R. SOIRON, « Quels marchés pour les droits audiovisuels sportifs suite à l'arrêt Murphy ? (Commentaire CJUE, grande ch., 4 oct. 2011, affaires jointes C-403/08 et C-429/08, aff. Premier League), *Comm. Comm. Electr.*, n° 5, Mai 2012, étude 9 : « La Cour juge que, sur ce point précis, le diffuseur grec a obtenu, par l'effet du contrat de licence, l'accord du titulaire de droits. » ; Ch. CARON, « Les multiples apports de l'arrêt Premier League à la propriété intellectuelle, *Comm. Comm. Electr.*, n° 12, décembre 2011, comm. 110, n° 2.

[770] Article 8§1, Droit de retransmission par câble, : « Les États membres veillent à ce que les retransmissions par câble d'émissions provenant d'autres États membres se déroulent sur leur territoire dans le respect des droits d'auteur et droits visions en vigueur et sur la base *de contrats individuels* ou collectifs conclus entre les titulaires des droits d'auteur et de droits voisins et les distributeurs par câble. »

[771] Voir le considérant n° 27 de la Directive en cause : « [L]a retransmission par câble de programmes à partir d'autres États membres constitue un acte relevant du droit d'auteur et, le cas échéant, de droits voisins du droit d'auteur; qu'un distributeur par câble doit donc obtenir, pour chaque partie d'un programme retransmis, l'*autorisation* de tous les titulaires de droits; que, dans le cadre de la présente directive, ces autorisations doivent en principe être accordées par contrat, sauf si une exception temporaire a été prévue pour des régimes de licences légaux ayant déjà cours. »

[772] Article 9 : « Exercice du droit de retransmission par câble 1. Les États membres veillent à ce que le droit des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins d'accorder ou de refuser l'autorisation à un câblo-distributeur pour la retransmission par câble d'une émission ne puisse être exercé que par une société de gestion collective. »

[773]Article 10 : « Exercice du droit de retransmission par câble par les organismes de radiodiffusion. Les États membres veillent à ce que l'article 9 ne s'applique pas aux droits exercés par un organisme de radiodiffusion à l'égard de ses propres émissions, que les droits en question lui appartiennent ou qu'ils lui aient été transférés par d'autres titulaires de droits d'auteur et/ou de droits voisins. » Comp. le considérant n° 28 de la Directive en question : « considérant que, pour

membres veillent à ce que les parties engagent et mènent de *bonne foi* les négociations sur l'autorisation de retransmission par câble et ne les empêchent pas d'avoir lieu ou ne les entravent pas sans justification valable. »[775].

- ***La Directive 2001/29/CE « DADVSI ou Infosoc ».***

136.- 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[776] ne prévoit pas de dispositions relatives aux contrats d'exploitation. Toutefois, nous retrouvons des allusions aux contrats d'exploitation au sein des considérants qui précédent le texte de la Directive[777].

Plus précisément, selon le considérant n° 30 de la Directive 2001/29/CE « les droits visés dans la présente directive [à savoir l'ensemble des droits d'exploitation prévus en matière de droit d'auteur] peuvent être transférés, cédés ou donnés en licence contractuelle […] ». Le législateur européen reconnaît là la possibilité de conclure des contrats d'exploitation en matière de droit d'auteur et, plus précisément, des licences contractuelles en matière de droit d'auteur[778]. L'importance de cette

---

faire en sorte que des personnes extérieures détenant des droits sur certains éléments de programmes ne puissent mettre en cause, en faisant valoir leurs droits, le bon déroulement des arrangements contractuels, il convient, dans la mesure où les caractéristiques de la retransmission par câble l'exigent, de prévoir, avec l'obligation de recours à une société de gestion collective, *un exercice exclusivement collectif du droit d'autorisation* »

[774] Sur l'application du droit civil et de principes généraux des droits nationaux en matière de contrats d'exploitation, v. *infra* n° 208.

[775] Pour un commentaire, voir. B. HUGENHOLTZ, « Satellite and Cable Directive », *in* Th. DREIER, B. HUGENHOLTZ, *Concise European Copyright Law*, 1e éd., Kluwer Law International, 2006, p. 263 s. et not. art. 12, n° 1, p. 283 ; L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. pp. 520-521, pour qui cette disposition est la *seule disposition* concernant les contrats d'exploitation au sein de la Directive en question : « The only provision included in the text of the Directive regarding contractual agreement is article 12(1) […] »

[776] JO n° L 167, du 22.06.2001, p. 10.

[777] Comp. L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. p. 521 : « The Directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society contains a number of references to the conclusion of contractual arrangements as a means to determine the conditions of use of protected works. »

[778] Sur ce point voir Jurisclasseur communication, n° 22 ; B. MONTELS, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en France » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY, (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, « le droit des affaires », t. 29, Litec, 2007, p. 507 s. et not. p. 509 ; Ch. GEIGER, « Synthèse-Thèses dégagées. Les aspects contractuels du droit d'auteur » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, « le droit des affaires », t. 29, Litec, 2007, p. 521 s. et not. p. 522 ; B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 11 ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, p. 34 : « Les deux termes, cession et licence se retrouvent également dans le droit communautaire, tant dans la jurisprudence que dans les directives. ». Notons que la même formule de reconnaissance a aussi été utilisée, au sein d'autres instruments juridiques non contraignants ultérieurs en matière de droit d'auteur. V. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, la gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur, Bruxelles, le 16.04.2004, COM(2004) 261 final, p. 14 ; moins clairement, Recommandation

reconnaissance ne devrait pas être surestimée. En pratique, l'affirmation en question n'a pas de valeur normative. Par ailleurs, comme il est expressément précisé au sein du considérant n° 30, la mention en question ne porte « préjudice [aux] dispositions législatives nationales pertinentes sur le droit d'auteur et les droits voisins. ». Elle ne constitue toutefois qu'une simple clarification visant à rappeler la possibilité de mise en œuvre contractuelle des droits patrimoniaux en matière de droit d'auteur[779].

Ajoutons qu'au sein de la même Directive, nous retrouvons trois considérants qui font allusion à la question de la rémunération de l'auteur dans le cadre d'un contrat d'exploitation. Plus précisément, selon le considérant n° 10, « les auteurs ou les interprètes ou exécutants, pour pouvoir poursuivre leur travail créatif et artistique, doivent obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres, de même que les producteurs pour pouvoir financer ce travail. » De manière similaire, la référence du considérant n° 31 au « juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés » renvoie implicitement à la question de la rémunération de l'auteur dans le cadre d'un contrat d'exploitation. Enfin, le considérant n° 45 fait référence à la « définition des relations contractuelles visant à assurer une compensation équitable aux titulaires de droits dans la mesure où la législation nationale le permet. »[780]

Au-delà de ces formules plutôt énonciatives, la Directive ne prévoit pas de règles relatives à l'obligation de paiement d'un prix, et applicables au sein des droits d'auteur nationaux[781].

- ***La Directive 2006/115/CE***.

137.- La Directive 2006/115/CE du 12 décembre 2006, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle[782] (codifiant la

---

de la Commission du 18 mai 2005, relative à la gestion collective transfrontière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique en ligne, JO n° L 276, du 21.10.2005, p. 54, considérant n° 6.

[779] En ce sens, M. WALTER, S. von LEWINSKI (sous dir. de), *European Copyright Law*, a commentary, Oxford University Press, 2010, n° 16.0.90, p. 1498 : « The addition, as compared to the versions in the earlier Directives, of the clause 'without prejudice to the relevant national legislation on *copyright* and related rights' shows even more clearly that this *provision did not intend to regulate anything at the European level.* » ; S. von LEWINSKI, « Copyright Contracts », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 241 s. et not. p. 250.

[780] Ce considérant a posé des questions concernant l'interconnexion entre les exceptions et limitations du droit d'auteur et leur aménagement contractuel. Sur ce point voir L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. p. 529 : « The text of the Recital gives rise to interpretation. Some commentators believe that, according to Recital 45, the limitations of article 5(2) to 5(4) can be overridden by contractual agreements. Others consider that, pursuant to this Recital, the ability to perform legitimate uses that do not require the authorisation of rights holders is a factor that can be considered in the context of contractual agreements about the price. »

[781] Sur l'ensemble de la question, voir, M. WALTER, S. von LEWINSKI (sous dir. de), *European Copyright Law*, *a commentary*, Oxford University Press, 2010, n° 16.0.97, pp. 1500-1501.

[782] JO n° L 376, du 27.12.2006, p. 28.

Directive 92/100/CEE du Conseil du 19 novembre 1992) touche de manière marginale les contrats d'exploitation. Plus précisément, l'article 3§3 évoque les licences portant sur le droit de location et de prêt[783]. Au-delà de cet énoncé de principe, la Directive ne prévoit rien sur la manière dont les licences en question seront mise en œuvre au sein des droits d'auteur nationaux[784]. Ceci étant, les États-membres sont libres de transposer cette disposition de manière adaptée aux particularités de leur système juridique[785].

- ***La Directive 2009/24/CE.***

138.- La Directive 2009/24/CE du 23 avril 2009[786], relative à la protection juridique des programmes d'ordinateur (codifiant l'ancienne Directive 91/250/EEC[787]), aborde les contrats d'exploitation de manière accidentelle. Plus précisément, l'article 8§1 in fine énonce que « les dispositions de la présente directive n'affectent pas […] le droit des contrats. » Par dérogation à l'énoncé précédent[788], l'article 6§1 (a) de la Directive reconnait implicitement le contrat de licence d'utilisation de logiciel, conclu entre le titulaire du droit sur le logiciel et l'utilisateur (*end user licence*)[789]. De même, selon l'article 8§2 « toute disposition contractuelle contraire à l'article 6 ou aux exceptions prévues à l'article 5, paragraphes 2 et 3, est nulle et non avenue. »[790] Cette disposition a pour objectif de protéger l'utilisateur légitime d'un logiciel, en l'immunisant contre les

---

[783] « Les droits visés au paragraphe 1 [droit de location et de prêt] peuvent être transférés, *cédés ou donnés en licence contractuelle* ». Sur ce point voir, M. WALTER, S. von LEWINSKI (sous dir. de), *European Copyright Law*, a commentary, Oxford University Press, 2010, n° 16.0.90, p. 1498. Sur l'ancien art. 2§4 de la Directive 92/100/CEE, voir J. KRIKKE, « Rental and Lending Right Directive » *in* Th. DREIER, B. HUGENHOLTZ, *Concise European Copyright Law*, 1e éd., Kluwer Law International, 2006, p. 239 et s. et not. n° 4, p. 247.

[784] V. Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, la gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur, Bruxelles, le 16.04.2004, COM(2004) 261 final, p. 7 : « Pour ce qui est de la gestion individuelle des droits, les directives confirment généralement que les droits économiques exclusifs peuvent être transférés, cédés ou donnés en licence contractuelle, mais ne traitent pas des conditions de la gestion des droits en tant que telle. »

[785] Comp. J. KRIKKE, « Rental and Lending Right Directive », *in* Th. DREIER, B. HUGENHOLTZ, *Concise European Copyright Law*, 1e éd., Kluwer Law International, 2006, p. 239 et s. et not. art. 2.4, p. 247 : « The article clarifies that the first owners to whom rental and lending rights are granted pursuant to art. 2(1) are free to dispose of their rights by way of transfer, assignment or license. It is left up to the Member States to implement these possibilities into their national laws in a way that fits the respective legal systems. »

[786] JO UE L.111 du 5.5.2009, p. 16.

[787] Pour une présentation de l'ancienne Directive et des règles relatives aux contrats d'exploitation y comprises, voir M. LEHMANN, « The New Software Contract under European and German Copyright Law-Sale and Licensing of Computer Programs », *IIC*, 1994, p. 39 et s.

[788] En ce sens, L. BENTLY, « Computer Programs Directive », *in* Th. DREIER, B. HUGENHOLTZ, *Concise European Copyright Law*, 1e éd., Kluwer Law International, 2006, p. 211 et s. et not. art. 9.1, p. 237.

[789] « ces actes sont accomplis par le licencié ou par une autre personne jouissant du droit d'utiliser une copie d'un programme […] ».

[790] Comp. le considérant n° 16 : « La protection des programmes d'ordinateur par les législations en matière de droit d'auteur ne devrait pas faire obstacle, le cas échéant, à la mise en œuvre d'autres formes de protection. Toute disposition contractuelle contraire aux dispositions de la présente directive concernant la décompilation ou aux exceptions prévues par la présente directive concernant le fait de faire une copie de sauvegarde, d'observer, d'étudier ou de tester le fonctionnement d'un programme devrait toutefois être nulle et non avenue. »

clauses contractuelles susceptibles de compromettre la jouissance des exceptions au droit d'auteur sur le logiciel qui sont prévues par la Directive[791].

- ***La Directive 2012/28/UE.***

139.- La Directive 2012/28/UE du Parlement Européen et du Conseil, du 25 octobre 2012, sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines[792] ne fait qu'une allusion marginale aux contrats d'exploitation. Plus précisément, le considérant n° 11 de cette Directive évoque les licences d'utilisation des œuvres cinématographiques et le considérant n° 22 fait référence aux « accords contractuels » relatifs à la numérisation et mise à disposition du public des œuvres orphelines ». Pour le reste, selon l'article 7 « la présente directive n'affecte pas les dispositions concernant notamment […] le droit des contrats. » Par ailleurs, le considérant n° 24 énonce que « la présente directive ne porte pas atteinte aux dispositions des États membres en matière de gestion des droits ».

- ***La Directive 2014/26/UE.***

140.- La Directive 2014/26/UE sur la gestion collective des droits et l'octroi de licences multi-territoriales pour les utilisations des œuvres de musique en ligne[793] touche sans aucun doute les contrats d'exploitation. Plus précisément, la Directive en question fait allusion aux contrats d'exploitation, qualifiées de « licences », conclus entre les Sociétés de gestion collective et les utilisateurs pour un territoire précis (licences territoriales). De même, la Directive prévoit un type particulier de licence conclue entre une Société de gestion collective et un tiers, à savoir la licence multi-territoriale. Selon la définition de l'article 3(m), la licence multi-territoriale est une licence qui couvre le territoire de plus d'un État membre. L'élément commun spécifique aux deux types des licences consacrées par cette Directive est la qualité des parties contractantes (Société de gestion collective et utilisateur). Cependant, ces types de licence ont une portée matérielle différente. D'une part, les licences territoriales sont d'une portée générale, couvrant tout type d'objet protégé par le droit d'auteur, alors que, d'autre part, les licences multi-territoriales ne concernent qu'un type

---

[791] Pour un commentaire, voir parmi d'autres M. WALTER, S. von LEWINSKI (sous dir. de), *European Copyright Law, a commentary*, Oxford University Press, 2010, n° 16.0.98, p. 1501 et s. Sur la relation de cette disposition avec la Directive « DADVSI », S. BECHTOLD, « Commentary on the Directive 2001/29/EC on the Harmonization of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society », *in* Th. DREIER, B. HUGENHOLTZ, *Concise European Copyright Law*, 1e éd., Kluwer Law International, 2006, pp. 343-403 et not. art. 5, n° 1, pp. 370-371. Comp. art. 15 de la directive relative à la protection des bases de données.

[792] JO UE, du 27.10.2012, L 299, p. 5.

[793] JOUE, du 20.03.2014, L 84, p. 72. La Directive a été basée sur la proposition de Directive du 11 juillet 2012, sur la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et les licences multi-territoriales des droits sur des œuvres musicales pour l'utilisation en ligne au sein du marché intérieur 11.7.2012, COM(2012) 372 final, 2012/0180 (COD). Pour une présentation, v. par exemple, J.-P. QUINTAIS, « Proposal for a Directive on Collective Rights Management and (some) Multi-territorial licensing. (Part II) », 24 juillet 2012, Kluwer Copyright Blog, disponible sur <kluwer*copyright*blog.com/2012/07/24/proposal-for-a-directive-on-collective-rights-management-and-some-multi-territorial-licensing-part-ii/>.

d'œuvres protégées (les œuvres musicales) et un mode d'exploitation (l'exploitation en ligne de ces œuvres).

Les licences territoriales. La Directive prévoit certaines dispositions afférentes au régime applicable à ces types de contrats. En ce qui concerne les licences « territoriales », les articles 16 et 17 de la Directive offrent un cadre juridique qui détermine les obligations contractuelles des parties. Tout d'abord, selon l'art. 16 par. 1, « les organismes de gestion collective et les utilisateurs négocient de bonne foi l'octroi de licences de droits » et doivent échanger « toute information nécessaire » (à ces fins). Cette obligation d'information est complétée par des dispositions explicatives. D'une part, en ce qui concerne l'obligation d'information qui incombe sur la Société de gestion collective, le paragraphe 3 du de l'article 16 prévoit que « [l]es organismes de gestion collective répondent, sans retard indu, aux demandes des utilisateurs, en indiquant, entre autres, les informations nécessaires pour que l'organisme de gestion collective propose une licence. Dès réception de toutes les informations pertinentes, l'organisme de gestion collective, propose soit une licence, soit adresse à l'utilisateur une déclaration motivée expliquant les raisons pour lesquelles il n'entend pas octroyer de licence pour un service en particulier, ce sans retard indu. » De même, l'article 17 prévoit que « les utilisateurs [doivent fournir] à l'organisme de gestion collective, dans un format et un délai convenus ou préétablis, les informations pertinentes dont ils disposent concernant l'utilisation des droits représentés par l'organisme de gestion collective nécessaires à la perception des revenus provenant des droits et à la distribution et au versement des sommes dues aux titulaires de droits. Pour définir le format à respecter pour la communication de ces informations, les organismes de gestion collective et les utilisateurs prennent en considération, dans la mesure du possible, les normes sectorielles volontaires. » D'autre part, en ce qui concerne l'obligation d'information qui incombe sur la Société de gestion collective, le paragraphe 4 de l'article 16 de la Directive prévoit que selon laquelle « l'organisme de gestion collective permet aux utilisateurs de communiquer avec lui par voie électronique, y compris le cas échéant, pour rendre compte de l'utilisation des licences. »

Ensuite, selon le paragraphe 2 de l'article 16, « les conditions d'octroi de licences reposent sur des critères objectifs et non discriminatoires. Lorsqu'ils octroient des licences sur des droits, les organismes de gestion collective ne sont pas tenus de se fonder, pour d'autres services en ligne, sur les conditions d'octroi de licences convenues avec un utilisateur lorsque ce dernier fournit un nouveau type de service en ligne mis à la disposition du public de l'Union depuis moins de trois ans. » De même, le paragraphe 3 de l'article 16 établit le caractère onéreux du contrat, ce qui correspond à la reconnaissance d'une obligation de paiement incombant à l'utilisateur. Plus précisément, selon le texte de la Directive « les titulaires de droits *perçoivent* [nous soulignons] une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs droits. Les tarifs appliqués pour les droits

exclusifs et les droits à rémunération sont raisonnables, au regard, entre autres, de la valeur économique de l'utilisation des droits négociés, compte tenu de la nature et de l'ampleur de l'utilisation des œuvres et autres objets, ainsi qu'au regard de la valeur économique du service fourni par l'organisme de gestion collective. Les organismes de gestion collective informent l'utilisateur concerné des critères utilisés pour fixer ces tarifs. »

Les licences multi-territoriales. La Directive (Titre III, articles 23-32) prévoit une série des dispositions qui régissent le mécanisme d'octroi des licences multi-territoriales concernant l'exploitation en ligne des œuvres musicales. Toutefois, les dispositions en question traitent plutôt du mécanisme d'octroi d'une licence mutliterritoriale et ne se réfèrent pas au régime substantiel d'un tel contrat. Dès lors, elles ne méritent pas d'être étudiées au sein de notre étude[794].

§2.- Acquis non contraignant.

141.- Les contrats d'exploitation en matière de droit d'auteur ont fait l'objet de plusieurs instruments juridiques non contraignants issus de la Commission européenne, tels que communications, recommandations, livres verts et propositions de Directive. En pratique, la plupart de ces textes touchent aux licences du droit d'auteur, portant sur l'exploitation, individuelle ou collective, des œuvres de l'environnement numérique, qui présentent un caractère transfrontière[795]. Allons examiner brièvement les instruments juridiques non contraignants qui touchent les contrats d'exploitation.

En 2004, la Commission, à l'issu d'une communication[796], a démontré son intérêt pour la concession des licences d'exploitation hors ligne ou en ligne des œuvres de l'esprit présentant un caractère transfrontière.

---

[794] Nous renvoyons à des études spéciales. Voir par exemple L. GUIBAULT, « Collective Rights Management Directive » *in* I. STAMATOUDI, P. TORREMANS, *EU Copyright Law. A Commentary*, Edward Elgar, 2014, n° 14.01 et s. et not. 14.64 et s.

[795] En ce qui concerne les licences transfrontières, il est possible de distinguer entre, d'un côté, les « licences multi-territoriales », qui ont pour objet l'exploitation d'œuvres protégées dans le territoire des plusieurs États membres et, de l'autre côté, les « licences communautaires » d'exploitation en ligne, qui ont pour objet l'exploitation d'œuvres protégées dans toute l'Union européenne. Sur la question des licences multi-territoires d'un point de vue du droit de la concurrence, v. L. GUIBAULT, « A quand l'octroi de licences transfrontières pour l'utilisation de droits d'auteur et de droits voisins en Europe ? » *in* Mélanges Victor Nabhan, éd. Y. Blais, 2005, p. 189 et s. *Adde* KEA European Affairs, *Les licences multi-territoriales des œuvres audiovisuelles dans l'Union Européenne, Rapport final, élaboré pour la Commission Européenne, DG Société de l'Information et des médias*, disponible sur : < ec.europa.eu/avpoli=cy/docs/library/studies/multiterr/exec_sum_fr.pdf >.

[796] Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, *la gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur*, Bruxelles, le 16.04.2004, COM(2004) 261

Ensuite, en 2005, une recommandation de la Commission[797] traitait des licences multi-territoriales d'utilisation d'œuvres musicales en ligne, conclues entre « gestionnaires collectifs » et « utilisateurs commerciaux ». La Recommandation en question comprend une série de dispositions afférentes à la réglementation de la relation contractuelle entre la société de gestion collective et le tiers utilisateur[798].

En 2008, une nouvelle communication de la Commission sur les contenus créatifs en ligne dans le marché unique voit le jour[799]. Cette communication traite des « licences multi-territoriales d'exploitation des contenus créatifs en ligne » de manière générale. Depuis lors, l'intérêt de la Commission pour les licences transfrontières d'exploitation des œuvres de l'esprit en ligne est constant[800]. Plus précisément, en 2011, le Livre vert du 13 juillet 2011 sur « la distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne - Vers un marché unique du numérique : possibilités et obstacles[801] », (re)lance[802] la question de l'exploitation contractuelle des œuvres audiovisuelles en ligne. De même, la Communication de la Commission européenne du 27

---

final. Sur ce point voir par exemple, F. GOTZEN, « Panel 1 : Les différentes possibilités de gestion du droit d'auteur : Gestion collective du droit d'auteur et octroi de licences communautaires. La législation sur le droit d'auteur et la concurrence revisitée », Conférence « Droit d'auteur et créativité dans l'Union européenne élargie », Dublin, 20-22.06.2004, disponible sur : <ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/conference/2004-dublin/gotzen_fr.pdf>, p. 3 et s.

[797] Recommandation de la Commission, du 18 mai 2005, relative à la gestion collective transfrontière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique en ligne, JO n° 276, du 21.10.2005, p. 54. Sur ce point voir par exemple, T. LUEDER, « Working toward the next generation of copyright licenses », 14th Fordham Conference on Intellectual Property Law& Policy, 20-21 avril 2006, disponible sur : < http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/docs/lueder_fordham_2006.pdf> ; Ch. GEIGER, E. PY, « La législation communautaire en matière de propriété intellectuelle et le rôle du parlement européen, étude synthétique », Strasbourg, mai 2009. Disponible sur : <www.ceipi.edu>, p. 31.

[798] Voir les art. 6-9 de la Recommandation. Art. 6 : « Les gestionnaires collectifs de droits doivent informer les titulaires de droits et les utilisateurs commerciaux du répertoire qu'ils représentent, de tout accord de représentation réciproque existant, de la portée territoriale de leurs mandats pour ce répertoire et des tarifs applicables.

7) Les gestionnaires collectifs de droits doivent se donner entre eux, ainsi qu'aux utilisateurs commerciaux, un préavis raisonnable des changements dans le répertoire qu'ils représentent.

8) Les utilisateurs commerciaux doivent informer les gestionnaires collectifs de droits des différentes caractéristiques des services pour lesquels ils souhaitent acquérir des droits en ligne.

9) Les gestionnaires collectifs de droits doivent octroyer des licences aux utilisateurs commerciaux sur la base de critères objectifs et sans aucune discrimination entre les utilisateurs. »

[799] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité Économique et Social européen et au Comité des Régions, sur les contenus créatifs en ligne dans le marché unique, 03.01.2008, COM(2007) 836 final.

[800] V. la Communication de la commission au parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, L'Acte pour le marché unique, Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance, « Ensemble pour une nouvelle croissance », Bruxelles, le 13.4.2011, COM(2011) 206 final, not. p. 8 : « À l'ère de l'internet, la gestion collective doit pouvoir évoluer vers des *modèles européens* […] ». Plus récemment, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle. Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix, Bruxelles, le 24.5.2011, COM(2011) 287 final, not. p. 11-12 et p. 27, action n° 5 « Proposition d'instrument juridique créant un cadre européen pour l'octroi de *licences en ligne* afin de créer un cadre stable pour la gouvernance des droits d'auteur à l'échelon européen. »

[801] COM(2011) 427 final.

[802] V. la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen, au Comité Économique et social et au Comité des Régions, concernant certains aspects juridiques liés aux œuvres cinématographiques, 26.09.2001, COM(2001) 534 final, p. 14, faisant référence aux « contrats d'exploitation des films ».

septembre 2012, sur une stratégie intégrée de l'Union européenne en matière d'informatique en nuage[803], fait allusion aux licences de droit d'auteur relatives à l'exploitation des contenus protégés sur le nuage (*cloud based services*)[804]. En outre, la Communication de la Commission sur le contenu dans le marché unique numérique du 18.12.2012[805] introduit le projet « Licences for Europe »[806]. Ce projet a eu pour objectif de faciliter l'utilisation d'œuvres protégées dans l'environnement numérique[807], à travers l'institution d'un dialogue entre les parties prenantes. L'initiative en question s'est déroulée en plusieurs étapes[808] et a abouti à l'adoption de dix engagements visant à rendre accessibles plus de contenus en ligne[809]. Parmi ceux-ci, certains touchent directement la matière des contrats d'exploitation, comme notamment l'engagement n° 4, relatif à la facilitation de la conclusion des licences en matière de l'industrie musicale.

[803] Bruxelles, 27.9.2012, COM(2012) 529 final. Voir aussi Commission Staff Working Document, Accompanying the Document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Unleashing the Potential of Cloud Computing in Europe, Brussels, 27.9.2012, SWD(2012) 271 final, p. 21 : « As regards Cloud Computing based services, as with all on line services, there is a need to find solutions to make copyright licensing more efficient. Hence the rights clearance processes should be efficient and transparent, particularly with regard to collective rights management. […] The recent legislative proposal put forward by the Commission will improve the functioning of collective management across the board [sic] and ease the licensing of author's rights for the use of music on the Internet. »

[804] Sur la relation entre cette communication et le mécanisme d'octroi des licences multi-territoriales par les SGC pour l'exploitation des œuvres musicales en ligne, voir Th. CHIOU, « Music Licensing in the Cloud : The Greek Experience », *GRUR Int.*, 3/2014, p. 228 s. et not. p. 237.

[805] COM(2012) 789 final.

[806] *Cf.* T. FOGED, « Danish licences for Europe », *E.I.P.R.* 2015, n° 37(1), pp. 15-24.

[807] Communication de la Commission sur le contenu dans le marché unique numérique, préc., p. 3. ; J. De WERRA, « La création d'un droit européen des contrats de licence : quelques réflexions sur l'arrêt *Pie Optiek* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris (LexisNexis) 2014, p. 801-811 et not. p. 811.

[808] Pour une présentation voir le site : http://ec.europa.eu/licences-for-europe-dialogue/en/content/about-site.

[809] Voir le document du 13 novembre 2013 « Ten pledges to bring more content online », disponible sur : <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/licensing-europe/index_en.htm>

Conclusion de la Section 1.

142.- L'analyse précédente a démontré que plusieurs instruments juridiques de l'Union européenne traitent des contrats d'exploitation en matière de droit d'auteur. L'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation d'auteur à l'heure actuelle est composé de six Directives, cinq Communications, une Recommandation et un Livre Vert. Plus fondamentalement, les Directives d'harmonisation en question consacrent différents types (le plus souvent très particuliers) des contrats d'exploitation :

- la Directive 93/83/CEE évoque le contrat d'autorisation de radiodiffusion par satellite d'œuvres protégées par le droit d'auteur et le contrat d'autorisation de retransmission par câble d'une émission de radiodiffusion provenant d'un autre État membre de l'UE.
- la Directive 2001/29/CE évoque les licences contractuelles du droit d'auteur de manière générale.
- la Directive 2006/115/CE évoque les licences portant sur le droit de location et de prêt.
- la Directive 2009/24/CE évoque le contrat de licence d'utilisation de logiciel, conclu entre le titulaire du droit sur le logiciel et l'utilisateur.
- la Directive 2012/28/UE fait une référence générale aux accords contractuels relatifs à la numérisation et mise à disposition du public des œuvres orphelines.
- la Directive 2014/26/UE fait allusion aux licences territoriales, conclus entre les Sociétés de gestion collective et les utilisateurs ainsi qu'aux licences multi-territoriales conclus entre les Sociétés de gestion collective et les utilisateurs, relatives à l'exploitation en ligne des œuvres musicales.

Sur le fond, le régime qui accompagne les contrats d'exploitation consacrés par l'acquis européen contraignant semble assez épisodique et superficiel. En fait, les instruments juridiques européens ne comprennent que des règles sporadiques afférentes aux contrats d'exploitation ; un vrai droit européen des contrats d'exploitation en matière de droit d'auteur fait défaut.

Il convient désormais d'examiner l'acquis communautaire relatif aux contrats d'exploitation en matière de propriété industrielle (Section 2).

Section 2.- Propriété industrielle.

143.- Nous allons à présent étudier l'acquis communautaire relatif aux contrats d'exploitation en matière de propriété industrielle, en examinant d'abord l'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation brevets d'invention (§1) avant d'analyser l'acquis communautaire des contrats d'exploitation en matière de marques (§2).

§1.- Brevets d'invention.

144.- À l'heure actuelle, l'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation de brevets d'invention est peu développé[810]. En effet, il n'y a aucune réglementation substantielle relative au droit des contrats d'exploitation de brevets d'invention au niveau européen[811].

Par contre, concernant les titres de l'Union européenne, le Règlement (UE) n° 1257/2012 du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet[812], comprend certaines dispositions qui touchent aux contrats d'exploitation afférents à ce nouveau titre à effet unitaire. En pratique, le Règlement en question reconnait implicitement la possibilité de concéder des licences contractuelles ayant pour objet le brevet à effet unitaire et y attache certaines règles applicables[813]. Plus précisément, selon l'article 2 e) toute licence s'enregistre au « registre de la protection unitaire conférée par un

---

[810] Comp. S. DUSSOLIER, « Pruning the European Intellectual Property Tree – In Search of Common Principles and Roots », Disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=2127737>, p. 5 : « Patent has been the *parent pauvre* of the EU legislative efforts. »

[811] Les licences de brevets sont évoquées et réglementées du point de vue du droit de la concurrence par le Règlement n° 772/2004, voir *supra* n° 129. De même, la Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil et au Comité Économique et Social Européen, Une stratégie dans le domaine des droits de propriété industrielle pour l'Europe (Bruxelles, le 16.7.2008, COM(2008) 465 final) fait référence aux *concessions des droits de propriété industrielle,* ce qui inclut évidement les concessions des brevets d'invention. Comp. art. 20§§1 et 2 et art. 21§1 de la Convention Européenne des Brevets relatifs à la question des conditions et des effets de l'enregistrement des licences portant sur les brevets « européens ». Sur ce point voir L. DYBDAHL, « Transfer of rights and their registration in the European Patent and Community Patent Registers », *IIC*, 1998, p. 387 s. et not. p. 398.

[812] JO UE du 31.12.2012, L. 361, p. 1. Le Règlement sera applicable à partir du 1er janvier 2014 (art. 18 par. 2).

[813] Notons que la proposition de Règlement du Conseil sur le brevet communautaire de 2000 (art. 15 et 19) comprenait un ensemble de dispositions afférentes aux contrats d'exploitation plus développé, qui était inspiré par les dispositions du RMC. Il est à regretter qu'il n'y ait pas de dispositions similaires au sein de dernier Règlement pour le brevet européen. Voir en ce sens, R.-M. HILTY, Th. JAEGER, M. LAMPING, H. ULLRICH, « The Unitary Patent Package : Twelve Reasons for Concern », Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, disponible sur : <www.ip.mpg.de/files/pdf2/MPI-IP_Twelve-Reasons_2012-10-17_final3.pdf>, p. 2.

brevet », qui fait partie du registre européen des brevets[814]. Toutefois, le Règlement ne précise pas si l'inscription en question est une condition de validité du contrat ou si elle assure l'opposabilité du contrat aux tiers. Ensuite, selon l'article 3§2, al. 2 et 3 du Règlement « [le brevet européen à effet unitaire] peut faire l'objet d'un contrat de licence pour tout ou partie des territoires des États membres participants. »[815] Il est ainsi possible de déduire à partir de cette disposition la reconnaissance des licences partielles limitées territorialement[816]. De même, l'article 8 du Règlement introduit le mécanisme des « licences de droit ». Plus précisément, selon cette disposition, le titulaire du brevet est invité à déclarer qu'il autorise de façon générale toute personne à exploiter le brevet sous licence et contre paiement d'une redevance adéquate[817]. Selon l'article 8§2 du Règlement, « une licence délivrée en vertu du présent règlement est assimilée à une licence contractuelle ».

Nous pourrions aussi mentionner ici que l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet pour le règlement des litiges liés aux brevets européens et aux brevets européens à effet unitaire[818] fait référence aux contrats de licence[819].

---

[814] Article 2 e) : « Aux fins du présent règlement, on entend par « registre de la protection unitaire conférée par un brevet», le registre faisant partie du registre européen des brevets dans lequel sont *enregistrés* l'effet unitaire ainsi que toute limitation, *toute licence*, tout transfert, toute révocation ou extinction des brevets européens à effet unitaire. »

[815] L'art. 3§2 de la proposition de Règlement (Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection par brevet unitaire, Bruxelles, le 13.4.2011, COM(2011) 215 final), qui a précédé le Règlement comprenait une disposition différente : « Sans préjudice de l'article 5, un brevet européen à effet unitaire ne peut être limité, faire l'objet d'un contrat de licence, être transféré, révoqué ou s'éteindre que pour tous les États membres participants à la fois. Sur ce point, critique N. BINCTIN, « Le projet de brevet européen à effet unitaire : en attendant un brevet de l'Union ? », *Propr. Intell.*, juillet 2011, n° 40, p. 270 et s., p. 274 : « Cette solution semble contre-productive, et ne correspond pas à l'économie des brevets où il est d'usage de territorialiser les concessions. […] Il est à craindre que cette restriction contractuelle écarte une partie des agents économiques de ce titre de propriété. »

[816] Sur ce point voir not. A. KAISI, « Finally a single European right for the EU? An analysis of the substantive provisions of the European patent with unitary effect », *EIPR*, 2014, 36(3), pp. 170-180 et not. p. 176.

[817] Considérant n° 14 : « En tant qu'objet de propriété, un brevet européen à effet unitaire devrait être assimilé dans son intégralité, et dans tous les États membres participants, à un brevet national de l'État membre participant déterminé conformément à des critères spécifiques tels que, le domicile, le principal établissement ou l'établissement du demandeur. » Sur ce point, v. N. BINCTIN, « Le projet de brevet européen à effet unitaire : en attendant un brevet de l'Union ? », *Propr. Intell.*, juillet 2011, n° 40, p. 270 et s. et not. p. 273.

[818] 2013/C 175/01, disponible sur : < http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/A1080B83447CB9DDC1257B36005AAAB8/$File/upc_agreement_fr.pdf>.

[819] Voir l'article 32 par. 1 a) selon lequel « la Juridiction a une compétence exclusive pour : a) […] les demandes reconventionnnes concernant les licences » et surtout l'article 47 par. 2-3 qui régit l'habilitation des licenciés à former une action devant la Juridiction : « 2. Sauf si l'accord de licence en dispose autrement, le titulaire d'une licence exclusive sur un brevet est habilité à former une action devant la Juridiction dans les mêmes conditions que le titulaire du brevet, à condition que le titulaire du brevet soit informé au préalable. 3. Le titulaire d'une licence non-exclusive n'est pas habilité à former une action devant la Juridiction, sauf si le titulaire du brevet est informé au préalable et dans la mesure où cela est expressément autorisé par l'accord de licence. » Sur ce point voir J. De WERRA, « La création d'un droit européen des contrats de licence : quelques réflexions sur l'arrêt *Pie Optiek* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris (LexisNexis) 2014, p. 801-811 et not. p. 801.

§2.- Marques.

145.- La présentation de l'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation des marques peut être divisée en deux parties : une relative à l'acquis afférent aux contrats portant sur les marques nationales (A) et une autre relative à l'acquis afférent aux contrats d'exploitation portant sur les marques communautaires (B).

A.- L'acquis communautaire en matière des contrats d'exploitation des marques nationales.

146.- La Directive 2008/95/CE du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques[820] (ci-après Directive d'harmonisation) consacre le type spécial de la licence d'exploitation de marque (nationale) (1°) et y attache un régime spécial (2°).

1°.- La licence de marque (nationale).

147.- Selon l'article 8§1 de la Directive d'harmonisation « [l]a marque peut faire l'objet de licences […] ». Au-delà de cette disposition « énonciative », la Directive ne définit pas ce contrat. En l'absence de définition légale[821], la CJUE a contribué à la détermination des contours de cette catégorie contractuelle spéciale, à travers deux décisions.

Plus précisément, dans l'affaire *Pie Optiek SPRL* c/ *Bureau Gevers SA et European Registry for Internet Domains ASBL* du 19 juillet 2012[822], la Cour a jugé[823] que « les termes « licenciés de droits

---

[820] JO n° L 299, du 8.11.2008, p. 25, codifiant la Directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques, JO n° L 040, 11.02.1989 pp. 0001 – 0007. Pour ce qui nous intéresse, la nouvelle directive n'a pas apporté de modifications à l'article 8 qui est relatif à la licence de marque. Pour un état des lieux v. A. BOUVEL, « Quinze années d'étude du droit des signes distinctifs. Essai d'appréciation critique de l'évolution d'une matière » *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 75-87 ; A. KUR, « Fundamental concerns in the harmonisation of (European) trademark law », *in* G. DINWOODIE, M. JANIS, *Trademark Law and Theory. Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar, 2010, p. 151 s.

[821] A. MENDOZA-CAMINADE, « Les fonctions de la marque à la rescousse de la qualification du contrat de licence : l'apport de la CJUE à la construction du régime juridique de la marque. », *JCP* E, 2012, n° 44, p. 1664 : « la Cour devait définir l'objet d'une licence de marque en l'absence de définition légale. La directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques ne prévoit pas en son article 8 relatif à la licence de marque l'objet précis de ce contrat […] ».

[822] CJUE, 2e ch., 19 juill. 2012, aff. C-376/11, *Pie Optiek SPRL c/ Bureau Gevers SA et European Registry for Internet Domains ASBL*. Pour un commentaire de cette décision voir J. De WERRA, « La création d'un droit européen des contrats de licence : quelques réflexions sur l'arrêt *Pie Optiek* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris (LexisNexis) 2014, pp. 801-811 ; L. IDOT, « Internet et nom

antérieurs » ne visent pas une personne qui a uniquement été autorisée par le titulaire de la marque concernée à enregistrer, en son nom propre mais pour le compte de ce titulaire, un nom de domaine identique ou similaire à ladite marque, sans pour autant que cette personne soit autorisée à utiliser commercialement celle-ci en conformité avec ses fonctions propres. » Ceci dit, selon la CJUE, la licence ne peut pas être réduite à un contrat par lequel le titulaire d'une marque autorise simplement un tiers à enregistrer en son nom mais pour le compte du titulaire un nom de domaine identique ou similaire à la marque en question[824]. Par contre, selon la décision de la Cour, une licence de marque suppose la concession d'un droit permettant à un tiers une utilisation commerciale de la marque en conformité avec ses fonctions spécifiques. Sur cette base, les fonctions du droit sur la marque déterminent les contours de la définition du contrat de licence de marque[825].

De manière similaire, la Cour, dans son arrêt *Falco* du 23 avril 2009[826], a également procédé à la détermination de certains éléments essentiels du contrat de licence[827], en vue de le distinguer du contrat de service. Plus précisément, d'après les conclusions de l'avocat général dans cette

---

de domaine.eu », *Europe*, n° 10, Octobre 2012, comm. 403 ; A. FARACHE, « Notion de « licencié de droits antérieurs » : exclusion du licencié autorisé uniquement à enregistrer un nom de domaine « .eu » pour le titulaire d'une marque », *Revue Lamy droit des affaires*, 2012, n° 75, p. 23 ; A. MENDOZA-CAMINADE, « Les fonctions de la marque à la rescousse de la qualification du contrat de licence : l'apport de la CJUE à la construction du régime juridique de la marque », *JCP* E, 2012, n° 44, p. 1664 ; N. TISSOT, « Arrêt de la 2e chambre de la Cour de justice européenne du 19 juillet 2012, C-376/11, *Rev. suisse du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence*, 2013, p. 474 et s.

[823] Par interprétation de la notion du « licencié de droits antérieurs » de l'article 12 paragraphe 2 du Règlement CE n° 874/2004JO UE n° L 162, 30 avr. 2004, p. 40, précisant le Règlement (CE) n° 773/2002 sur la mise en œuvre du domaine de premier niveau.eu (JOUE n° L 113, 30 avr. 2002, p. 1).

[824] Ce contrat devrait être qualifié de contrat de service. Voir en ce sens, L. IDOT, « Internet et nom de domaine.eu », *Europe*, n° 10, Octobre 2012, comm. 403 : « en l'espèce, le contrat passé par l'entreprise américaine avec le Bureau Gevers s'apparente davantage à un contrat de services, d'autant plus que le contractant n'a aucun droit d'utiliser commercialement la marque correspondant au nom de domaine. […] Contrats de services et contrats de licences ont des objets différents et il serait choquant que les conditions requises par les textes soient détournées via de tels contrats de services. » Par contre, le « licencié » en l'espèce « alléguait quant à lui que l'objet du contrat de licence de marque pouvait porter sur tout ou partie des prérogatives du titulaire de la marque en cause, y compris l'autorisation d'enregistrer un nom de domaine. Sur ce point voir A. FARACHE, « Notion de « licencié de droits antérieurs » : exclusion du licencié autorisé uniquement à enregistrer un nom de domaine « .eu » pour le titulaire d'une marque », *Revue Lamy droit des affaires*, 2012, n° 75, p. 23 : « les fonctions de la marque permettent en l'espèce de définir le contrat de licence de marque et d'exclure de cette qualification certains contrats. »

[825] Voir A. MENDOZA-CAMINADE, « Les fonctions de la marque à la rescousse de la qualification du contrat de licence : l'apport de la CJUE à la construction du régime juridique de la marque. », *JCP* E, 2012, n° 44, p. 1664.

[826] CJUE, 23 avril 2009, aff. C533/07, *Falco Privatstiftung et Thomas Rabitsch contre Gisela Weller-Lindhorst.* Pour une présentation détaillée v. not B. UBERTAZZI, « Licence agreements relating to IP rights and the EC Regulation on Jurisdiction », *IIC*, 2009, p. 912 s. ; J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s. ; J. de WERRA, « An essential Brick in the Building of European Copyright : Regulation of Copyright Transactions », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 259 s. ; E. TREPPOZ, « Droit des contrats internationaux, Le contrat de fourniture de services et le droit international privé communautaire », *RDC*, 2009, p. 1558 et s. Pour les inconvénients de cette décision v. *infra* n° 255.

[827] Certes, la décision en question couvrait les contrats de licence de manière générale.

affaire[828], dans le cadre d'un contrat de licence, le comportement actif du concédant de la licence consiste en la signature du contrat ainsi qu'en la mise à disposition au licencié de l'objet auquel la marque s'attache physiquement afin qu'elle puisse être utilisée par celui-ci. Sur cette base, la concession d'une licence ne peut pas être considérée comme un contrat de service au sens de l'article 5§1b du Règlement n° 44/2001[829]. La Cour a décidé de manière similaire que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle qui offre à son cocontractant par le biais d'un contrat de licence le droit d'utiliser l'objet protégé, n'assume que « l'obligation de ne pas contester l'utilisation de ce droit par celui-ci », et, de cette façon, n'accomplit pas une activité particulière, comme celle accomplie par un prestataire de services[830].

2°.- Le régime spécial du contrat de licence de marque (nationale).

148.- À l'heure actuelle[831], la Directive d'harmonisation comprend certaines[832] règles substantielles applicables aux contrats de licence, qui ont pu être éclaircies par des décisions de la CJUE.

---

[828] Conclusions de M[me] Verica Trstenjak, présentées le 27 janvier 2009. Disponibles sur : <curia.europa.eu/common/recdoc/convention/gemdoc2009/html/05-a-fr-09.htm>.

[829] Voir J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., p. 105 : « The Advocate General held in this respect that the licensor "authorises the licensee to exploit the intellectual property right that is the subject of the licence » and that « the active conduct required of the licensor consists in signing the licence agreement and in making the object to which the licence relates physically available so that it can be used », whereby those « actions cannot, in [her] opinion, be defined as a 'service' ». As a consequence, the Advocate General concluded that the granting of a licence cannot be regarded as a 'service' within the meaning of the second indent of Article 5(1)(b) of Regulation No 44/2001. »

[830] Para. 31 de la décision. Sur ce point voir B. UBERTAZZI, « Licence agreements relating to IP rights and the EC Regulation on Jurisdiction », *IIC*, 2009, p. 912 s. et not. p. 924.

[831] Notons qu'une refonte de la Directive en question est en cours. Une modification de l'article 8 (devenu art. 26) est suggérée. V. Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil rapprochant les législations des états membres sur les marques, (Refonte) Bruxelles, le 27.3.2013, COM(2013) 162 final, 2013/0089 (COD). Le contenu du nouvel art. 26 proposé est le suivant : « Licence 1. La marque peut faire l'objet de licences pour tout ou partie des produits ou des services pour lesquels elle est enregistrée et pour tout ou partie du territoire d'un État membre. Les licences peuvent être exclusives ou non exclusives. 2. Le titulaire de la marque peut invoquer les droits conférés par cette marque à l'encontre d'un licencié qui enfreint l'une des clauses du contrat de licence en ce qui concerne: a) sa durée ; b) la forme couverte par l'enregistrement sous laquelle la marque peut être utilisée ; c) la nature des produits ou des services pour lesquels la licence est octroyée ; d) le territoire sur lequel la marque peut être apposée; ou e) la qualité des produits fabriqués ou des services fournis par le licencié. 3. Sans préjudice des stipulations du contrat de licence, le licencié ne peut engager une procédure relative à la contrefaçon d'une marque qu'avec le consentement du titulaire de celle-ci. Toutefois, le titulaire d'une licence exclusive peut engager une telle procédure si, après mise en demeure, le titulaire de la marque n'agit pas lui-même en contrefaçon dans un délai approprié. 4. Tout licencié est recevable à intervenir dans la procédure en contrefaçon engagée par le titulaire de la marque afin d'obtenir réparation du préjudice qui lui est propre. 5. Sur requête d'une des parties, l'octroi ou le transfert d'une licence de marque est inscrit au registre et publié. »

[832] La Directive n'a pas pour objet de réglementer de manière générale les contrats en la matière. En ce sens, J.-S. BERGE, « A propos du « petit droit européen des contrats » : de quelques exemples récents en droit de la propriété intellectuelle », *RDC*, 01 avril 2010, n° 2, p. 725 s. et not. p. 725. C'est pourquoi le régime y consacré est minimal. Sur ce point voir G. TRITTON, *Intellectual Property in Europe*, 3e éd., Sweet & Maxwell, 2008, n° 3-054, p. 262 ; U.

- ***La divisibilité des droits transmis.***

149.- La Directive reconnait expressément la possibilité de conclure des licences totales ou partielles. Plus précisément, l'article 8§1, al. 1er prévoit que « la marque peut faire l'objet de licences pour tout ou partie des produits ou des services pour lesquels elle est enregistrée et pour tout ou partie du territoire d'un État membre. » Il en résulte *a contrario* qu'une licence est totale lorsqu'elle porte sur la totalité des produits ou des services pour lesquels la marque est enregistrée et sur l'ensemble du territoire d'un État membre. De manière similaire, une licence est partielle lorsqu'elle a pour objet une partie des produits ou des services pour lesquels elle est enregistrée et/ou qu'elle porte sur une partie du territoire d'un État membre. Certes, l'art. 8§2 de la Directive reconnait implicitement deux autres types de limitations envisageables dans le cadre d'une licence partielle. Plus précisément, l'art. 8§2 a) reconnait implicitement les limitations temporelles alors que l'art. 8§2 b) reconnait les limitations qui portent sur la forme sous laquelle la marque peut être utilisée par le licencié[833]. L'énumération des limitations susvisées est exhaustive[834] et elles ont un effet absolu. Selon l'art. 8§2 « le titulaire de la marque peut invoquer les droits conférés par cette marque à l'encontre d'un licencié qui enfreint l'une des clauses du contrat de licence en ce qui concerne: a) sa durée, b) la forme couverte par l'enregistrement sous laquelle la marque peut être utilisée c) la nature des produits ou des services pour lesquels la licence est octroyée d) le territoire sur lequel la marque peut être apposée e) la qualité des produits fabriqués ou des services fournis par le licencié. » Cette disposition, qui fait écho au contenu et aux fonctions du droit sur la marque, confère aux limitations prévues par une licence partielle un effet absolu[835]. Le non respect de ces limitations par le licencié ne constituera pas uniquement une faute contractuelle mais également un acte de contrefaçon[836].

HILDEBRANDT, *Harmonisiertes Marekenrecht in Europa*, Carl Heymanns Verlag, 2008, art. 8, p. 209 et les arrêts y cités. Comp. A. KUR, « Harmonization of the Trademark Laws in Europe-An overview », *IIC*, 1997, p. 1 s. et not. p. 7, parlant de « basic principles of licences (Art. 8) ».

[833] En ce sens, T. COHEN-JEHORAM, C. van NISPEN, T. HUYDECOPER, *European Trademark Law*, Kluwer Law International, 2010, n° 16.9.2, p. 541.

[834] Arrêt Dior II, (ci-après), par. 49. Voir sur ce point J.-S. BERGE, « A propos du « petit droit européen des contrats » : de quelques exemples récents en droit de la propriété intellectuelle », *RDC*, 01 avril 2010, n° 2, p. 725 s. et not. p. 725, parlant d' « un certain nombre de cas énumérés de manière exhaustive par la directive. » ; J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Reserach Handbook on Intellectual Property Licensing Law*, Edward Elgar, 2013, p. 450 s. ; J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., p. 95.

[835] Comp. G. TRITTON, *Intellectual Property in Europe*, 3e éd., Sweet & Maxwell, 2008, n° 3-201, p. 392 : « The ability of a trade mark owner to invoke his rights against goods or services which do not comply with the provisions of a licence merely reflect the concept of a licence-that the proprietor agrees not to sue the licensee for trade mark infringement in relation to those goods which comply with the licence. »

[836] En ce sens, voir par exemple, J.-S. BERGE, « A propos du « petit droit européen des contrats » : de quelques exemples récents en droit de la propriété intellectuelle », *RDC*, 01 avril 2010, n° 2, p. 725 s. : « [La Directive] se contente de consacrer un article (art. 8) à la licence de marque en prévoyant notamment que le concédant peut agir en

La CJUE a eu l'occasion d'éclaircir la portée de la disposition de l'article 8§2 de la Directive d'harmonisation. Plus précisément, dans son arrêt « *Dior II* »[837], la Cour a jugé que « le titulaire de la marque peut invoquer les droits conférés par cette dernière à l'encontre d'un licencié interdisant pour des raisons de prestige de la marque, la vente à des soldeurs de produits tels que ceux en cause au principal, pour autant qu'il soit établi que cette violation, en raison des circonstances propres à l'affaire au principal, porte atteinte à l'allure et à l'image de prestige qui confèrent auxdits produits une sensation de luxe. »[838] Ceci étant, selon la Cour, la notion de qualité des produits au sens de l'art. 8§2 e) se réfère non seulement aux caractéristiques physiques des produits mais aussi à leur image de prestige[839]. Par conséquent, une clause comprenant une restriction contractuelle de revente par un licencié des produits de luxe en dehors d'un réseau de distribution sélective relève de l'article 8§2 e) de la Directive. La violation de ladite clause n'est pas uniquement une faute contractuelle de la part du licencié, mais constitue aussi un acte de contrefaçon[840].

- ***Licence exclusive et non-exclusive (simple).***

150.- Selon l'article 8§1 al. 2e, les licences peuvent être exclusives ou non exclusives. Le texte de la Directive ne définit pas ces types de licences.

B.- L'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation des marques communautaires.

151.- Le Règlement n° 207/2009 du 26 février 2009[841] sur la marque communautaire (ci-après RMC) prévoit un cadre juridique unitaire pour les contrats d'exploitation portant sur les marques

---

violation de ses droits (contrefaçon) contre le licencié qui ne respecterait pas ses engagement contractuels dans un certain nombre de cas énumérés de manière exhaustive par la directive. […] Si au sens où l'entend la directive, l'infraction à la licence est constatée, l'action en contrefaçon est ouverte avec toutes les conséquences de droit qui lui sont attachées (procédures spéciales en contrefaçon, retrait possible des marchandises du marché, sanctions civiles et pénales). » Notons que cette disposition devrait être obligatoirement transposée par les États membres. En ce sens, G. TRITTON, *Intellectual Property in Europe*, 3e éd., Sweet & Maxwell, 2008, n° 3-201, p. 392 : « It would seem that the absence of any reference to "any Member State may" in the Article means that the provision is mandatory and that all grounds must be included. »

[837] CJUE, 23 avr. 2009, aff. C-59/08, *Copad SA* c./ *Christian Dior couture SA, Sté industrielle lingerie (SIL), Lamy Droit de l'immatériel*, 2009, n° 52, p. 6, étude M. Georges-Picot ; J.-S. BERGE, « A propos du « petit droit européen des contrats » : de quelques exemples récents en droit de la propriété intellectuelle », *RDC*, 01 avril 2010, n° 2, p. 725.

[838] *Ibid.*, point 37. Certes, l'atteinte à l'allure d'une marque et « à la sensation de luxe des produits de prestige n'est pas un effet automatique de la revente hors un réseau de distribution sélective. Par contre, elle doit être caractérisée par les juridictions nationale, en « étudiant la nature des produits, le volume des ventes aux soldeurs, leur activité ainsi que les modes de commercialisation. Sur ce point voir, C. CARON, « Le luxe mis à l'honneur par la Cour de justice », *Comm. Comm. électr.*, n° 7, Juillet 2009, comm. 62.

[839] Sur ce point, voir J. AZEMA, « Restrictions contractuelles au droit de vente du licencié », *RTD Com.*, 2009 p. 706.

[840] Ch. CARON, « Le luxe mis à l'honneur par la Cour de justice », *Comm. Comm. électr.*, n° 7, Juillet 2009, comm. 62, n° 2.

[841] JOUE n° L78, 24 mars 2009. Ce Règlement codifie l'ancien Règlement (CE) n° 40/94 du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire.

communautaires[842]. La possibilité de conclure des contrats d'exploitation se base sur le principe selon lequel la marque communautaire est considérée comme un objet de propriété[843] autonome et aliénable[844]. Le Règlement consacre un type de contrat d'exploitation spécial, à savoir, la licence de marque communautaire (1°) et y attache un régime spécial (2°).

1°.- La licence de marque communautaire.

152.- L'article 22 du RMC consacre expressément le type contractuel de la licence de marque communautaire. Selon la première phrase de l'art. 22§1 al. 1er du RMC, « la marque communautaire peut faire l'objet de licences […] ». La licence de marque communautaire, malgré son importance dans la pratique[845], n'est pas définie au sein du Règlement. Il a pu être affirmé que la licence est le contrat autorisant la commercialisation de produits ou services sous la marque communautaire, à travers la transmission de la « simple détention » de la marque[846].

2°.- Le régime spécial du contrat de licence de marque communautaire.

153.- À l'heure actuelle[847], le RMC comprend certaines dispositions de base[848] afférentes tant à la forme qu'à la substance du contrat de licence.

---

[842] V. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La marque communautaire », *JCP* E, n° 31, 1994, I-379, p. 379 s. et not. p. 368 : « En raison de son caractère unitaire, la marque communautaire doit être soumise à un régime juridique unique, quel que soit le lieu de son exploitation ou de son transfert. »

[843] V. le considérant n° 11 et le titre de la section 4 du RMC. Comp. J. FOYER, « La marque communautaire ou le monstre du Belaimont », *in Mélanges Françon*, Dalloz, 1995, p. 149 s., et not. p. 153, parlant d' « expression vicieuse. » Voir aussi art. 16 s. du RMC.

[844] Comp. le considérant n° 11 du Règlement « La marque communautaire devrait être traitée comme un objet de propriété indépendant de l'entreprise dont elle désigne les produits ou les services. Elle devrait pouvoir être transférée, sous réserve de la nécessité supérieure de ne pas induire le public en erreur en raison du transfert. Elle devrait en outre pouvoir être donnée en gage à un tiers ou faire l'objet de licences. » La marque communautaire s'assimile à une marque nationale selon les règles de l'art. 16 RMC.

[845] G. BONET, « Questions sur la licence de marque communautaire », *Revue des affaires européennes*, janv. 1999, p. 44 s. et not. p. 45.

[846] En ce sens, G. BONET, « Questions sur la licence de marque communautaire », *Revue des affaires européennes*, janv. 1999, p. 44, et not. p. 45.

[847] Notons que le RMC est en cours de révision. V. la Proposition de Règlement du Parlement et du Conseil, du 27.3.2013 modifiant le règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire, COM(2013) 161 final, 2013/0088 (COD) {SWD(2013) 95 final}{SWD(2013)96 final}.

[848] G. BONET, « Questions sur la licence de marque communautaire », *Revue des affaires européennes*, janv. 1999, p. 44 s. et not. p. 44 : « [L]es dispositions des articles 17 à 24 fixent cependant quelques règles particulières concernant les contrats ayant la marque communautaire pour objet […] ».

- ***Les règles de forme.***

154.- Selon le RMC, le contrat de licence de marque communautaire n'est pas un contrat formel. Plus précisément, la licence ne doit pas être constatée par écrit pour être valable[849]. Les licences orales de marque communautaires sont donc en principe autorisées[850]. En revanche, le RMC prévoit une formalité de publicité. Plus précisément, selon l'article 22§5 RMC « sur requête d'une des parties, l'octroi ou le transfert d'une licence de marque communautaire est inscrit au registre et publié. »[851] De même, selon l'art. 23§1 al. 1er « les actes juridiques concernant la marque communautaire visés aux articles 17, 19 et 22 [licence] ne sont opposables aux tiers dans tous les États membres qu'après leur inscription au registre »[852]. D'après ces articles, l'inscription du contrat de licence au registre n'est pas une condition de validité du contrat[853]. En revanche, elle est une condition d'opposabilité du contrat aux tiers. Ajoutons que la même formalité de publicité s'applique également aux sous-licences de marque communautaire[854].

- ***La divisibilité du droit transmis.***

155.- Le RMC reconnaît expressément la possibilité de conclure des licences totales ou partielles. Plus précisément, selon l'article 22§1 al. 1er, « la marque communautaire peut faire l'objet de licences pour tout ou partie des produits ou des services pour lesquels elle est enregistrée et pour tout ou partie de la Communauté. » De même, selon l'art. 22§2, « le titulaire de la marque communautaire peut invoquer les droits conférés par cette marque à l'encontre d'un licencié qui enfreint l'une des clauses du contrat de licence en ce qui concerne : a) sa durée, b) la forme couverte par l'enregistrement sous laquelle la marque peut être utilisée c) la nature des produits ou des services pour lesquels la licence est octroyée d) le territoire sur lequel la marque peut être apposée e) la qualité des produits fabriqués ou des services fournis par le licencié. »[855] Il est évident que la

---

[849] Sur ce point voir par exemple J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La marque communautaire », *JCP* E, n° 31, 1994, p. 369 : « Le règlement n'exige pas la rédaction d'un écrit pour la validité de tels contrats. »

[850] En réalité, un écrit sera certainement nécessaire pour l'inscription du contrat au registre, selon les art. 22§5 et 23 RMC.

[851] Selon la Proposition de Règlement modifiant le RMC (préc.), le paragraphe 6 suivant est ajouté à l'article 22, selon lequel, « Une inscription au registre effectuée en vertu du paragraphe 5 est supprimée ou modifiée sur requête de l'une des parties. »

[852] Notons que les dispositions susvisées sont complétées par les articles 32-33 du Règlement n° 355/2009, portant modalités d'application du RMC, JO CE nº L 109 du 30.4.2009, p. 3. Ce Règlement codifie l'ancien Règlement n° 2868/95 du 13 décembre 1995, portant modalités d'application du Règlement (CE) nº 40/94 du Conseil sur la marque communautaire, JO CE n° L 303 du 15.12.1995, p. 1.

[853] Voir M. AUFENAGER, G. BARTH, A. FRANKE, *The German Trademark Act*, Beck 2006, p. 85 : « license may, but does not need to be registered with the Office. »

[854] En ce sens, G. BONET, « Questions sur la licence de marque communautaire », *Revue Des affaires européennes*, janv. 1999, p. 44, et not. p. 45.

[855] Il a pu être soutenu que l'article en question suggérait les dispositions devant obligatoirement figurer dans une licence de marque communautaire. En ce sens, A. FOLLIARD-MONGUIRAL, « La marque communautaire », *JurisClasseur Marques - Dessins et modèles*, Fasc. 7610, n° 464.

question de la divisibilité du droit transmis est traitée de la même façon que par les dispositions des articles 8§§1 et 2 de la Directive sur l'harmonisation en matière des marques[856]. L'analyse réalisée plus haut vaut donc *mutatis mutandis*.

- ***Licence exclusive et licence non exclusive.***

156.- Le RMC (art. 22§1, al. 2e) prévoit également, à l'instar de la Directive d'harmonisation du droit des marques, que la licence de marque communautaire peut être exclusive ou non exclusive. Le RMC n'offre aucune définition pour ces types de licence[857].

- ***Transfert de licence.***

157.- L'article 22§5 du RMC reconnait le « transfert d'une licence de marque communautaire ». Certes, la règle en question est une règle énonciative et ne précise pas les modalités de ce transfert[858]. Il a pu être soutenu que, *a priori*, le transfert du contrat de licence ainsi que l'octroi des sous-licences sont autorisées, sauf clause contraire évidemment[859] ». Selon une autre approche, il revient aux parties de déterminer ces questions par clause expresse[860].

- ***L'effet erga omnes du contrat de licence.***

158.- La question de l'opposabilité d'un contrat de licence communautaire est régie par l'article 23 RMC. Plus précisément, selon l'art. 23§1 « les actes juridiques concernant la marque communautaire visés aux articles 17, 19 et 22 ne sont opposables aux tiers dans tous les États

---

[856] *Cf.* B. HARRIS, *Intellectual Property Law in the European Union*, William S. Hein & Company, 2005, n° 5-15, p. 57 : « Under the Community Trade Mark Regulation, there are substantive rules which broadly match *mutatis mutandis* those contained in the Directive. »

[857] Ceci étant, il n'est pas certain si l'exclusivité en matière de licences de marques communautaires doit être considérée comme totale ou partielle. Certains auteurs se prononcent en faveur du caractère « total » de l'exclusivité. En ce sens, v. F. ASENDORF, « A piece of (the) cake-damages for proprietor and licensee due to infringements of Community trade marks », *GRUR Int.* 2011, p. 802 s., not. p. 805 : « [H]aving conceded an exclusive licence, the proprietor can no longer grant any additional licences to third parties. Generally, though dependant on the terms of the licence agreement, the right holder cannot use the trademark himself either. Instead, the licensee is the only person entitled to use the CTM. » ; *ibid*., p. 807 : « Unlike the non-exclusive licensee, the exclusive licence not only entitles the licensee to use the trademark, but also to use it *solely*. Just like the proprietor, who normally is the only person entitled to use the trademark, he enjoys a position of exclusivity. » Pour d'autres auteurs, il revient aux parties de préciser le type d'exclusivité accordée. En ce sens, G. BONET, « Questions sur la licence de marque communautaire », *Revue Des affaires européennes*, janv. 1999, p. 44, et not. p. 45 : « On constate tout d'abord que le titulaire de la marque est libre, en concédant une licence exclusive, de renoncer valablement à designer le cas échéant, à exploiter lui-même la marque communautaire. Cette solution est tout à fait admise par le droit communautaire. » ; A. FOLLIARD-MONGUIRAL, « La marque communautaire », *JurisClasseur Marques - Dessins et modèles*, Fasc. 7610, n° 465 : « Dans le silence du RMC, lorsque la licence est exclusive, il revient aux parties de convenir expressément si le concédant conserve le droit d'utiliser lui-même la marque communautaire, parallèlement au licencié. »

[858] Exception faite de l'inscription du transfert au registre des marques communautaires pour des raisons d'opposabilité : « sur requête d'une des parties, […] le transfert d'une licence de marque communautaire est inscrit au registre et publié ». Sur la formalité d'inscription v. *supra* n° 154.

[859] G. BONET, « Questions sur la licence de marque communautaire », *Revue Des affaires européennes*, janv. 1999, p. 44, et not. p. 45.

[860] En ce sens, A. FOLLIARD-MONGUIRAL, « La marque communautaire », *JurisClasseur Marques - Dessins et modèles*, Fasc. 7610, n° 465 : « le contrat de licence *devra* [nous soulignons] également préciser […] si la licence peut être cédée ou faire l'objet d'une sous-licence, si le licencié peut procéder au renouvellement de la marque. »

membres qu'après leur inscription au registre. Toutefois, avant son inscription, [la licence de maque communautaire] est opposable aux tiers qui ont acquis des droits sur la marque après la date de cet acte mais qui avaient connaissance de celui-ci lors de l'acquisition de ces droits. » La présente disposition a pour objectif, entre autres, de protéger les licenciés d'une marque communautaire face aux ayants cause du concédant. Ceci dit, si la licence est enregistrée[861], elle sera opposable, par exemple, aux acquéreurs de la marque communautaire[862]. De même, l'art. 23§2 prévoit que « le paragraphe 1 n'est pas applicable à l'égard d'une personne qui acquiert la marque communautaire ou un droit sur la marque communautaire par transfert de l'entreprise dans sa totalité ou par toute autre succession à titre universel. »

- ***Le droit d'agir du licencié.***

159.- Le RMC régit de manière expresse la question du droit pour un licencié d'une marque communautaire d'agir en contrefaçon[863]. Plus précisément, selon l'article 22§3, al 1er RMC, « sans préjudice des stipulations du contrat de licence, le licencié ne peut engager une procédure relative à la contrefaçon d'une marque communautaire qu'avec le consentement du titulaire de celle-ci. » La règle en question est supplétive. La question du droit d'agir du licencié peut ainsi faire l'objet d'un accord différent entre les parties. Quant à sa portée, il a pu être affirmé que cette règle régit la possibilité d'agir en justice de manière générale et qu'elle n'est pas limitée à l'exercice de certains types de prétentions[864].

De même, le RMC prévoit une règle particulière à propos du droit d'agir d'un licencié exclusif[865]. Selon l'art. 22§3 al. 2e « le titulaire d'une licence exclusive peut engager une telle procédure si,

---

[861] La licence sera opposable même à défaut d'inscription au registre, lorsque le tiers a connaissance du contrat de licence, art. 23§1 RMC.

[862] Sur ce point v. F. ASENDORF, « A piece of (the) cake-damages for proprietor and licensee due to infringements of Community trade marks », *GRUR Int*. 2011, p. 802 s. et not. p. 807 : « If the licence is registered, the proprietor cannot undermine the licence by transferring the trademark. The licence will remain valid in spite of the transfer. »

[863] En pratique, tant le titulaire de la marque (concédant) que le licencié subissent un préjudice de la contrefaçon de la marque. Sur cette base, tous les deux ont tout intérêt d'agir en justice et de demander des dommages et intérêts. Sur ce point voir F. ASENDORF, « A piece of (the) cake-damages for proprietor and licensee due to infringements of Community trade marks », *GRUR Int*. 2011, p. 802 s. et not. p. 806. Sur la relation entre les droits d'agir du licencié et du concédant d'une licence de marque communautaire ainsi que sur l'allocation des dommages-intérêts entre le, voir F. ASENDORF, « A piece of (the) cake-damages for proprietor and licensee due to infringements of Community trade marks », *GRUR Int*. 2011, p. 808 s.

[864] F. ASENDORF, « A piece of (the) cake-damages for proprietor and licensee due to infringements of Community trade marks », *GRUR Int*. 2011, p. 802 s., p. 806 : « Instead, para. 3 governs infringement proceedings in general, without limitation to specific claims. »

[865] L'objectif de cette règle est de renforcer la position du licencié exclusif. En ce sens, v. par exemple F. ASENDORF, « A piece of (the) cake-damages for proprietor and licensee due to infringements of Community trade marks », *GRUR Int*. 2011, p. 802 s. et not. p. 806 : « His position is therefore much stronger than the position of a non-exclusive licensee. »

après mise en demeure[866], le titulaire de la marque n'agit pas lui-même en contrefaçon dans un délai approprié »[867]. Par ailleurs, selon l'article 22§4, « tout licencié (exclusif ou non exclusif) est recevable à intervenir dans la procédure en contrefaçon engagée par le titulaire de la marque communautaire afin d'obtenir réparation du préjudice qui lui est propre. »

[866] *Cf.* F. ASENDORF, « A piece of (the) cake-damages for proprietor and licensee due to infringements of Community trade marks », *GRUR Int*. 2011, p. 802 s. et not. p. 808, pour qui cette disposition et celle de l'art. 22§4) constituent des règles de coordination procédurale entre les demandes formées par le concédant et le licencié.

[867] Notons que l'absence d'inscription du contrat de licence (exclusive) au registre (art. 23) n'a pas d'influence sur l'attribution d'un droit d'agir au licencié. V. sur ce point F. ASENDORF, « A piece of (the) cake-damages for proprietor and licensee due to infringements of Community trade marks », *GRUR Int*. 2011, p. 802 s. et not. p. 808 : « [E]ven if an exclusive licence is not registered, the licensee will be able to initiate infringement proceedings against the infringer. »

Conclusion de la Section 2.

160.- L'analyse précédente pourrait être synthétisée de manière suivante :

- en matière de brevets d'invention, le Règlement n° 1257/2012 établissant le brevet à effet unitaire ainsi que l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet pour le règlement des litiges liés aux brevets européens et aux brevets européens à effet unitaire reconnaissent indirectement la possibilité de concéder des licences contractuelles ayant pour objet le brevet à effet unitaire. Le régime y attaché est peu significatif et comprend essentiellement la prévision d'une formalité d'enregistrement de la licence au Registre.
- en matière de marques, la Directive 2008/95/CE consacre le contrat de licence d'exploitation de marque nationale qui peut être exclusive ou non exclusive et complète ou partielle. A défaut de détermination légale des contours de cette catégorie contractuelle, la CJUE a contribué à la définition dudit contrat par le biais de ces décisions.
- en matière de marques communautaires, le Règlement n° 207/2009 consacre le contrat de licence qui peut être exclusive ou non exclusive et complète ou partielle. La réglementation spécifique de la licence en question comprend une règle de forme (enregistrement au Registre), des dispositions afférentes au transfert de la licence et à l'opposabilité du droit du licencié ainsi qu'une règle supplétive relative au droit d'agir de ce dernier.

En somme, à l'heure actuelle, l'acquis communautaire reconnait la possibilité de conclure des contrats d'exploitation en matière de propriété industrielle à travers la consécration et la réglementation d'un type contractuel à portée générale, la licence d'exploitation (de brevet ou de marque). L'acquis en question touche les contrats portant aussi bien sur des titres nationaux que sur des titres européens. L'acquis en matière de marques est plus développé par rapport à celui relatif aux brevets. En effet, les instruments européens en matière de marques comprennent un cadre juridique comparable à celui des droits nationaux examinés. Cependant, le régime consacré par le RMC, relatif à l'exploitation contractuelle des marques communautaires est plus développé que celui consacré par la Directive d'harmonisation.

Conclusion du Chapitre II.

161.- L'acquis communautaire connait les contrats d'exploitation en matière de droit d'auteur comme en matière de propriété industrielle.

En droit d'auteur, l'acquis est consacré par plusieurs instruments juridiques européens à contenu et à nature variables. Plus fondamentalement, l'acquis communautaire en matière de droit d'auteur évoque le contrat de licence[868] et plusieurs déclinaisons particulières de celle-ci. Le régime qui accompagne les catégories contractuelles en question est peu significatif. En matière de propriété industrielle, l'acquis existant comprend autant l'exploitation contractuelle des titres nationaux que celle des titres européens. La catégorie consacrée par les différents instruments juridiques est celle de la licence (de brevet ou de marque). La licence de brevet n'est pas accompagnée d'un régime applicable significatif. Par contre, la licence de marque se voit être attribuée d'un ensemble de règles applicables comparable à celui des droits nationaux examinés et sensiblement plus développé en matière de licence de marque communautaire.

Dans son ensemble, l'acquis communautaire semble consacrer le contrat de licence dans toutes les branches du droit de propriété intellectuelle. Toutefois, la matière des contrats d'exploitation n'est pas encadrée ni de manière globale ni de manière complète[869]. Plus précisément, l'acquis communautaire en matière de droit d'auteur régit de manière superficielle certains cas particuliers d'exploitation contractuelle. En matière de brevets, l'exploitation contractuelle des brevets nationaux n'est pas du tout traitée au niveau européen alors que celle du brevet européen à effet unitaire est accompagnée d'un régime peu significatif. En revanche, en matière des marques, l'acquis communautaire est sensiblement plus développé, surtout à propos des marques communautaires.

En somme, le droit européen actuel des contrats d'exploitation est inachevé et se caractérise par une logique sectorielle. Ceci étant, l'acquis communautaire existant mène à une européanisation fragmentée de la matière.

---

[868] V. en ce sens B. MONTELS, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en France » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY, (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, *op. cit.*, p. 507 s. et not. p. 509. *Cf.* Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, la gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur, Bruxelles, le 16.04.2004, COM(2004) 261 final, p. 7 « Cette gestion individuelle *se fait généralement au moyen d'une licence contractuelle* qui peut être exclusive ou non exclusive et qui peut autoriser un seul type d'utilisation ou toutes les utilisations. »

[869] En ce sens, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement *Européen concernant le droit européen des contrats* du 11.07.2001, COM(2001) 398 final, p. 41 : « Le droit des contrats dans le domaine des droits de la propriété intellectuelle (DPI) a, dans une grande mesure, été laissé aux dispositions législatives nationales. »

Conclusion Titre I. Le *status quo* du droit (spécial) des contrats d'exploitation.

162.- L'état actuel du cadre juridique des contrats d'exploitation tant au niveau national[870] qu'au niveau européen a été examiné au sein du chapitre I. Plusieurs enseignements peuvent en être tirés. Les contrats d'exploitation font l'objet d'un encadrement spécial tant au niveau national qu'au niveau européen. Cependant, le droit spécial des contrats d'exploitation présente une géométrie variable selon le type de droit et le système juridique en question. Au niveau national, les législateurs ont consacré des catégories contractuelles propres aux contrats d'exploitation qui sont assortis d'un régime spécial, plus ou moins élaboré, selon l'ordre juridique et le type de propriété intellectuelle y afférent. Au niveau européen, l'acquis communautaire est inachevé et se caractérise par une logique sectorielle. Par ailleurs, le régime applicable y consacré présente un caractère sporadique et superficiel, surtout en matière de droit d'auteur.

Après l'étude descriptive de l'état actuel du cadre juridique des contrats d'exploitation, une étude critique s'impose. Nous allons ainsi démontrer l'insuffisance du cadre juridique actuel des contrats d'exploitation (Titre II).

[870] Grèce, France, Allemagne, Royaume-Uni.

Titre II.- L’insuffisance du cadre juridique actuel.

163.- L’étude réalisée au sein de la partie précédente nous a fourni les informations nécessaires relatives à l’état actuel du droit des contrats d’exploitation. Ces informations feront l’objet dans le titre II d’un examen critique.

Nous procéderons d’abord à l’appréciation de l’insuffisance du cadre juridique actuel, tant au niveau national qu’au niveau européen (Chapitre I), avant de conceptualiser le traitement de celle-ci (Chapitre II).

CHAPITRE I.- L'APPRÉCIATION DE L'INSUFFISANCE.

164.- Après la présentation de l'état actuel du droit spécial des contrats d'exploitation au niveau national et européen, il convient à présent de procéder à une étude critique de celui-ci, en vue d'identifier les défauts qui le caractérisent. À cette fin, nous allons recourir à une analyse synthétique de l'insuffisance du cadre juridique actuel, basée sur le type de défaut détecté (« *problem approach* »). Par la suite, nous allons apprécier l'état de l'insuffisance du droit des contrats d'exploitation au niveau national (Section 1) avant de procéder à l'appréciation de l'insuffisance au niveau européen (Section 2).

Section 1.- L'insuffisance au niveau national.

165.- Nous examinerons l'insuffisance du droit des contrats d'exploitation au niveau national en étudiant d'abord l'insuffisance qui caractérise la catégorisation des contrats d'exploitation au sein des législations spéciales (§1), avant de procéder à l'analyse de l'insuffisance caractérisant le régime attaché (§2).

§1.- L'insuffisance structurelle : L'insuffisance de la catégorisation actuelle des contrats d'exploitation.

166.- Au sein du présent paragraphe nous allons présenter les défauts du cadre juridique actuel des contrats d'exploitation au niveau national liés à la catégorisation choisie par les législateurs nationaux. Plus précisément, les catégories établies au sein des législations nationales sont très souvent non opératoires (A) alors que ses contours sont parfois imprécis (B).

A.- Des catégories non opératoires.

167.- Les catégories contractuelles sont dotées d'une dénomination particulière et se basent sur certains critères de catégorisation. L'intérêt de l'existence des catégories en matière contractuelle est d'organiser la matière concernée de façon efficace. Plus précisément, la dénomination de chaque catégorie devrait correspondre à une réalité contractuelle concrète alors que les critères de catégorisation devraient être à l'origine des distinctions pertinentes au sein de la matière concernée. L'examen des droits nationaux retenus démontre que, d'une part, les dénominations utilisées par le législateur à propos des catégories spéciales des contrats d'exploitation établies sont peu réussies (1°). D'autre part, les critères de catégorisation utilisés ne mènent pas toujours à des distinctions opératoires (2°).

1°.- Des dénominations peu réussies.

168.- La fonction des dénominations des catégories contractuelles. De manière générale, la dénomination d'une catégorie contractuelle consacrée par la loi constitue le *nomen* de celle-ci. Le *nomen* des catégories contractuelles a pour fonction la représentation conceptuelle du signifié, à savoir, de l'opération contractuelle concernée par la catégorisation. Dans ce sens, les dénominations des catégories contractuelles, ou, plus simplement, les dénominations des contrats spéciaux ont une fonction identitaire d'une relation contractuelle : prononcer le nom d'un contrat c'est subsumer l'opération contractuelle envisagée par les parties[871]. Par ailleurs, la dénomination de la catégorie contractuelle et l'opération contractuelle représentée se caractérisent par une relation d'influence réciproque[872]. C'est pourquoi, la dénomination reflète *a priori* les caractéristiques de l'opération représentée et, en même temps, la nature de l'opération représentée influence le choix du *nomen* pour la catégorie contractuelle en question. Qui plus est, en principe, il y a un lien direct et univoque entre une opération contractuelle et sa dénomination.

[871] Sur ce point v. not. D. GRILLET-PONTON, « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle », *D.* 2000, Chron. 331, n° 10 : « [L]e *nomen* ne suggère plus le concret mais l'abstrait, c'est-à-dire la représentation conceptuelle du signifié. Le temps a vulgarisé la dénomination des principaux contrats nommés en sorte que prononcer ces noms, c'est subsumer toute la complexité de la chose. »

[872] Sur ce point v. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 324, p. 280 : « c'est la spécificité de chaque opération qui lui confère un nom, lui permettant de se distinguer des autres. »

L'examen des cadres juridiques nationaux des contrats d'exploitation démontre que le choix[873] des dénominations des contrats d'exploitation par les législateurs n'est pas toujours réussi. De plus, l'usage qui en est fait au niveau réglementaire, mais aussi en pratique, n'est pas toujours consistant.

a.- La géométrie variable des dénominations des contrats d'exploitation choisies par le législateur.

169.- Les dénominations des contrats d'exploitation choisies par les législateurs sont incapables de satisfaire leur fonction d'identifiant. Car parfois, l'utilisation d'un *nomen* renvoie à une gamme d'opérations contractuelles présentant une géométrie variable. L'exemple du *nomen* de licence et l'exemple spécial du *nomen* de cession en droit contractuel d'auteur français illustrent très bien cette affirmation.

i.- Le caractère générique et peu discriminant du nomen de « licence ».

170.- Nous avons vu que le terme « licence » est très souvent choisi en tant que *nomen* de contrat d'exploitation par les législateurs nationaux[874]. Il constitue le *nomen* utilisé par excellence en pratique de l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles[875]. Étymologiquement, le mot « licence » (< du mot latin *licentia*) signifie permission ou autorisation[876]. Effectivement, le contrat de licence des propriétés intellectuelles repose sur le concept d'autorisation : par la licence, le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle autorise/permet (à) un tiers la réalisation d'un ou plusieurs actes couverts par le contenu du droit exclusif et dont la réalisation constituerait un acte de contrefaçon. Cependant, au-delà de ce point de départ commun, le *nomen* de licence est susceptible de recouvrir des opérations contractuelles à contenu assez variable[877].

---

[873] Ce choix relève souvent d'une « politique instrumentale du *nomen* », voir D. GRILLET-PONTON, « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle », *D.* 2000, Chron. 331, n° 9.

[874] Il est choisi en droit d'auteur hellénique et britannique et en droit de propriété industrielle grec, français, allemand, et britannique.

[875] V. sur ce point, d'un point de vue international, Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 155.

[876] M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 640, p. 537. *Cf.* également la Recommandation de la Commission, concernant la gestion de la propriété intellectuelle dans les activités de transfert de connaissances et un code de bonne pratique destiné aux universités et aux autres organismes de recherche publics, 10 avril 2008, JO n° L 146, du 5.06.2008, p. 19 et s., not. p. 14, note n° 12 : « Une licence est la permission de produire un acte […]. »

[877] En ce sens, Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 19 ; J. FOYER, M. VIVANT, *Le droit des brevets*, Presses Universitaires de France, 1991, p. 413 : « Mais ces deux formes de contrat n'épuisent pas le sujet et cela d'autant moins qu'un certain vague dans la terminologie autorise à couvrir soit du nom de cession soit du nom de licence des réalités trop fortement variées qu'on pourrait autrement dénommer. La géométrie du lieu est fortement variable. »

Plus précisément, il est possible qu'au sein du même système juridique, la licence renvoie à une simple autorisation, parfois gratuite, d'utilisation ou d'exploitation d'un objet protégé[878] comme à un contrat par lequel le licencié assume l'obligation d'exploiter l'objet en question. Ainsi, une licence peut être onéreuse, gratuite, avec ou sans charge d'exploitation à l'encontre du licencié. Tel est le cas du droit d'auteur anglais mais aussi des droits contractuels de propriété industrielle grec, français, allemand et britannique[879]. De manière similaire, le *nomen* de licence peut couvrir des contrats aux caractéristiques différentes. Par exemple si nous acceptons en droit grec le caractère in *rem* d'une licence exclusive[880], le *nomen* de licence peut renvoyer aussi bien à un contrat translatif qu'à un contrat non translatif. Bien entendu, la diversité des réalités couvertes par le même *nomen* signifie également que le régime juridique applicable sera divergent. Sur cette base, l'utilisation du *nomen* de licence ne règle pas la question de la qualification juridique du contrat en question[881].

D'après l'analyse précédente, il semble que le *nomen* de licence, malgré son utilisation très répandue, soit un *nomen* générique et peu discriminant. Ceci dit, la pertinence du choix se met en question et sa force identitaire en tant que dénomination d'une catégorie contractuelle parait faible[882]. Par ailleurs, le terme licence n'est pas un terme « monopolisé » par le droit de propriété intellectuelle et n'est pas propre à ce domaine[883]. En fait, des contrats de licence existent en dehors du droit de la propriété intellectuelle, et concernent surtout l'immatériel non protégé par un droit de

---

[878] Comp. les « licences libres » qui autorisent l'utilisation des œuvres de l'esprit surtout en ligne.

[879] Voir sur la polysémie du terme de licence de brevet d'invention en droit français, pouvant couvrir tant une licence onéreuse qu'une licence gratuite, Cass. Com., 5 janvier 1983, *Juris-Data* n° 001019, *Bull. civ.* IV, n° 1, *JCP* G, 1984.II.20182, obs. M. Vivant : « Et nous ne cacherons pas notre opinion qui est que la polysémie du mot est indiscutable (même si on doit la juger regrettable) ».

[880] Sur cette question voir *infra* n° 180 *sq.*

[881] V. en ce sens, Ch. GEIGER et *alii*, « Compte-rendu du colloque et clôture », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 571 s. et not. p. 602 : « Il a ensuite mis en doute l'utilité du terme licence, qu'il considère comme peu pertinent puisqu'il ne règle pas la question de la qualification juridique. »

[882] Notons qu'en droit grec le *nomen* de licence est nécessairement accompagné d'une précision quant à l'objet et surtout à l'acte sur lequel elle porte. C'est pourquoi on parle de « licence d'utilisation » [άδεια χρήσης] et de « licence d'exploitation » [*άδεια εκμετάλλευσης*]. Or, malgré l'adjonction de ces précisions, le *nomen* reste toujours assez générique et ne règle pas la question de la qualification juridique.

[883] En ce sens, D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 113 : « A licence is, in essence, a permission granted by the owner of a right or interest to another person allowing him to do something in respect of that right or interest. For example, it may be a licence to enter land for some purpose, such as for accommodation to take a short cut across a field. » *Contra* N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 304, p. 261 : « le terme de licence se révèle propre au domaine de la propriété intellectuelle ». La même affirmation s'applique également à d'autres *nomen* des contrats d'exploitation, telles que les cessions, autorisations ou concessions. Sur ces dernières v. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, p. 262, note n° 1 : « le terme de concession, synonyme, en droit de la propriété intellectuelle, du terme de licence, n'est pas cantonné à cette matière. »

propriété intellectuelle, tel que le savoir-faire[884], le secret commercial[885], les signes distinctifs non enregistrés[886], les manifestations sportives[887]…

ii.- Le caractère peu distinctif du nomen de « cession » en droit d'auteur français.

171.- Le choix par les législateurs nationaux d'une dénomination des contrats d'exploitation plus « originale » peut être également problématique. Tel est le cas du *nomen* de « cession » utilisé de manière quasi-exclusive par le législateur français en matière de droit d'auteur. En effet, le terme « cession » désigne aussi bien l'effet d'un contrat translatif, soit le transfert du droit proprement dit, que l'opération contractuelle à effet translatif, soit l'acte de cession ou le contrat de cession. Ceci signifie que la cession renvoie tantôt à l'effet du contrat tantôt au contrat en lui-même[888]. Plus essentiellement, le terme « cession » est susceptible de désigner tout contrat à effet translatif ayant pour objet le droit d'auteur. Ainsi, une cession peut correspondre à une donation, un apport en société, un contrat d'échange etc., selon les caractéristiques de chaque contrat en question. Il semble alors que si effectivement le *nomen* de cession couvre les contrats d'exploitation à effet translatif du droit d'auteur, il n'en reste pas moins qu'il appréhende également toute une série d'opérations contractuelles à effet translatif. Par conséquent, sa force identitaire est certainement faible.

---

[884] V. en ce sens, M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 822, p. 671 : « Si le terme licence signifie bien autorisation (ce qui peut justifier que l'on parle de licence de savoir-faire) […] » ; R. BONHOMME, « Distribution, Sous-Contrat et Co-Contrat- Adjonction et Conjonction de Contractants », *JurisClasseur Contrats*, Fasc. 105, n° 26. Comp. J. RAYNARD, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC*, 2/2006, p. 597 s., n° 3, critiquant l'utilisation du terme « licence de know-how ».

[885] En ce sens, R.-M HILTY, v° « Licence », *in* J. BASEDOW, K.HOPT, R. ZIMMERMANN (sous dir. de), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press, 2012, p. 1098.

[886] D'un point de vue allemand, v. J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 16-03, p 389.

[887] V. par exemple en droit français, S. MARIOTTE, Y. THIEC, « Premier League : vers la remise en cause des licences territoriales exclusives ? », *Comm. Comm. Electr.*, 1/4/2009, n° 4, p. 2, Focus 48. Cette licence se base sur le droit exclusif *sui generis* des associations sportives sur la transmission électronique des manifestations sportives ou compétitives qu'ils organisent (art. L. 333-1 Code du sport). Rappr. « les conventions portant cession exclusive du droit d'exploitation audiovisuelle » de l'art. 18-2 de la loi française n° 84-610 du 16 juillet 1984, relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives. (Loi AVICE). En droit grec, v. S. STAVRIDOU, « Droits de transmission télévisuelle exclusive des manifestations sportives », *DEE*, 1999, p. 144 et s. Ajoutons toutefois que pour certains ce droit exclusif rentre dans le giron du droit de propriété intellectuelle en tant que droit de propriété intellectuelle « incomplet », v. en ce sens, J.-Ch. GALLOUX, « Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ? », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, p. 199 et s., not. pp. 214-215 ; A. MEUNIER, « *Le droit d'exploitation de la compétition sportive : un droit de propriété intellectuelle ?* », Mémoire M1, Paris 2, 2009.

[888] *Cf.* S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 36 *sq.*, p. 38 s. : « il faut bien comprendre que le terme cession est avant tout utilisé pour désigner un effet de contrat et non le contrat lui-même. » et parlant aussi « d'une confusion entre le contrat de cession d'une part, l'effet translatif de l'autre part. »

b.- L'usage inconsistant des dénominations des contrats d'exploitation par le législateur et la jurisprudence : l'exemple du droit contractuel d'auteur français.

172.- Cessions, concessions, autorisations… L'examen des droits nationaux démontre qu'au-delà des choix peu réussis des législateurs nationaux concernant les dénominations des contrats d'exploitation, des problèmes apparaissent par l'utilisation inconstante de celles-ci au sein de la législation spéciale. Le droit contractuel d'auteur français en constitue une bonne illustration.

Comme nous l'avons déjà vu, au sein du Code de la propriété intellectuelle, le CPI utilise essentiellement la dénomination de cession pour les contrats d'auteur. De même, la dénomination d'« autorisation » n'est utilisée qu'à titre secondaire[889]. Or, le législateur français n'est pas resté fidèle à ses choix lors de la promulgation des textes législatifs ultérieurs touchant la matière des contrats d'exploitation d'auteur. Plus précisément, le nouveau Code du cinéma et de l'image animée (entré en vigueur en 2009) consacre dans les articles L. 123-1 L. 213-9 et s. les concessions des droits d'exploitation ou de représentation (à propos des œuvres audiovisuelles/cinématographiques)[890]. Ceci étant, la dénomination de concession constitue un *nomen* additionnel des contrats d'exploitation aux dénominations légales du Code (cession et autorisation). Cette multiplication terminologique d'origine législative concernant une même catégorie des contrats engendre certainement un flou terminologique gênant.

L'usage des dénominations des contrats d'exploitation est inconsistant également en jurisprudence française du droit d'auteur. Fréquemment la jurisprudence ne s'aligne pas sur les dénominations consacrées par le législateur telles que la cession, l'autorisation ou même la concession. Par contre, les juges ont recours à l'usage de dénominations plus ou moins originales par rapport aux dénominations législatives pour les contrats d'exploitation[891]. Ainsi, nous retrouvons des arrêts qui utilisent la dénomination de licence[892], de « simple autorisation »[893] ou de « concession temporaire

---

[889] Voir *supra* n° 31. Il faudrait noter cependant que la dénomination d' « autorisation » est employée au sein des articles L. 134-1 –L. 134-9 du CPI, introduites par la Loi n° 2012-287 du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle, JORF n°0053 du 2 mars 2012 page 3986 texte n° 1.

[890] Sur ce point v. B. MONTELS, « Chronique. Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique*, n° 6, Juin 2010, chron. 6, n° 19 et l'arrêt y cité.

[891] Sur cette question v. not. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 340, p. 296 ; B. MONTELS, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en France » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY, (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, *op. cit.*, p. 507 s. et not. p. 508.

[892] V. à titre indicatif p. ex. CA Paris, p. 5, ch. 1, 1er décembre 2010, *Sté Naïve* c/ *Ste V2 music Limited*, *Propr. Intell.*, n° 39, avril 2011, p. 188, obs. J.-M. Bruguière, se référant à une licence exclusive d'exploitation. Déjà, Cass. 1re civ., 18 oct. 1994, *RIDA*, 1995, n° 164, p. 265. Notons que l'accord ADPIC, ratifié par la France, se réfère expressément aux « licences *touchant aux droits de propriété intellectuelle* » et par conséquent, aux licences du droit d'auteur (art. 40).

[893] V. not. Cass. 1re civ., 22 janv. 2009, n° 07-21.498, *F-D, SARL Cédric Brochier Soieries* c/ *Carrasset-Marillier, JurisData* n° 2009-046658. Sur ce point, Ch. CARON, « Le bénéficiaire d'une simple autorisation d'exploitation ne peut pas agir en contrefaçon », *Communication Commerce électronique*, n° 4, avril 2009, comm. 32.

d'exploitation »[894]. En somme, les dénominations des catégories contractuelles en matière de droit d'auteur français se caractérisent par un flou significatif qui se reflète tant au niveau réglementaire qu'au niveau jurisprudentiel[895].

L'usage inconsistant des dénominations afférentes aux catégories spéciales des contrats d'exploitation menace la transparence de la catégorisation des contrats d'exploitation au sein du droit spécial des contrats d'exploitation. Plus précisément, il n'y a pas de lien direct et univoque entre une opération contractuelle et sa dénomination. Ceci permet de considérer que les dénominations des contrats d'exploitation sont approximatives et peu significatives. Comme nous le verrons par la suite, l'usage inconsistant des dénominations légales des contrats d'exploitation se reflète également dans la pratique.

c.- L'utilisation problématique des dénominations des contrats d'exploitation dans la pratique.

173.- Un bon indice pour vérifier l'opportunité du choix d'une dénomination pour une catégorie contractuelle est sa réception dans la pratique. En matière de contrats d'exploitation, l'utilisation des dénominations consacrées par la loi n'est pas encourageante : les dénominations légales des contrats d'exploitation ne sont pas utilisées de manière précise et significative. En effet, les parties utilisent des dénominations floues et parfois ambigües[896]. À titre d'exemple, les parties utilisent le terme de licence à propos des transactions où aucune licence n'est en réalité nécessaire[897]. De manière similaire, les termes de cession et de licence sont parfois interchangeables en pratique[898].

---

[894] V. par exemple, Cons. conc., 29 oct. 1991, *BOCC*, 1991, p. 321 ; T. corr. Paris, 22 déc. 1980, *Gazette du Palais*, 1981, 1, jurispr. p. 147, note J.-P. Marchi, arrêts cités par B. MONTELS, « Contrats de production et d'exploitation des œuvres audiovisuelles », *JurisClasseur Communication*, Fasc. 6085, n° 22.

[895] En ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 939, p. 576 : « […] il n'y a de prime abord pas d'obstacle à dépasser la terminologie *probablement maladroite et involontaire* de la loi […] ». ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, p. 265 : « Le flou règne en la matière. »

[896] En ce sens, J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, n° 21125, p. 697 : « La terminologie utilisée en pratique est souvent floue […] ».

[897] En ce sens, L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 964 : « commercial dealings are less precise in the way the term licence is used. Indeed it has been said that both business executives and lawyers use the word licence indiscriminately and conclude agreements they call licences when no licence is really necessary. From a commercial point of view, it is possible to characterize licences and similar arrangements in a more functional manner as product trade mark licences, franchise agreements and distributorship agreements. »

[898] D'un point de vue européen v. B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, préc., p. 29. Nous ne pouvons pas ignorer non plus le fait que, parfois, le texte de la loi est à l'origine du flou terminologique en matière des contrats d'exploitation. Voir par exemple l'article L. 132-36 du Code de la Propriété intellectuelle français qui fait allusion à une « cession à titre exclusif ». Voir sur ce point *infra* n° 192.

D'un point de vue britannique, v. C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 88, p. 89 : « Whether an agreement is an assignment or a licence is a matter of construction of the agreement » et les arrêts cités ; D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 116, citant l'arrêt Jonathan Cape Ltd. vs. Consolidated Press Ltd., 1954, 3, All ER 253 : « It was held that the question

Aussi, très souvent, les parties renoncent à utiliser expressément les dénominations légales[899] au profit de formules à caractère vague afin de dénommer l'opération contractuelle, comme par exemple « transmission du droit exclusif[900] » ou « octroi des prérogatives patrimoniales »[901]. De plus, les parties optent pour des dénominations autres que celles consacrées par le législateur. Une telle pratique est très commune en droit contractuel d'auteur français et allemand. En effet, très

---

of whether an agreement was an assignment or a licence was a matter of construction and, in this case, the words used implied that the agreement was a partial assignment of the copyright » ; W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, *Intellectual property*, 6e éd., Sweet & Maxwell, 2007, p. 507, note n° 31 ; P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, p. 299 : « [I]t is a matter of construction and the actual words used by the parties are not conclusive. » ; L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 266. *Adde* H. LADDIE, P. PRESCOTT, M. VITORIA, (sous dir. de), *The Modern Law of Copyright and Designs*, 4e éd., vol. 1, Lexis Nexis, 2011, n° 24.13, p. 1013 : « To determine whether a document is an assignment or merely confers a licence, regard must be had to the substance and not to the form of words used. »
Certes, l'utilisation inappropriée du terme de cession ou de licence peut résulter d'une erreur de qualification volontaire, afin de contourner éventuellement l'application des règles impératives du régime spécial attaché, v. en ce sens, en droit français, à titre indicatif, N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 100, p. 96 : « L'erreur de qualification peut être volontaire et avoir pour but de détourner des règles impératives. » ; J.-J. BARBIERI, « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », *RDC*, 01 avril 2006, n° 2, p. 261, parlant « des erreurs d'étiquettes, conscientes ou involontaires ».

[899] D'un point de vue européen, B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 30 : « To complicate the matter, the language used by the parties in their contractual agreements relating to the use of copyrights or related rights does not always clearly indicate whether the intent is to grant a licence or an assignment of right. » ; d'un point de vue grec, à propos des contrats d'auteur, I. NIKOLOPOULOS, *La cession du droit patrimonial du droit d'auteur*, Sakkoulas, 2005, p. 286.

[900] V. p. ex. M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2004, p. 242, note, n° 75 : « très souvent, les contrats stipulent qu'est transmis le « droit exclusif », sans toutefois préciser la nature dudit droit. *Comp.* Ef.Ath 143/2004, *DEE*, 2004 : « Par la deuxième clause du contrat il est convenu que la société se verra attribuer le droit exclusif de propriété et d'exploitation de l'enregistrement sonore [sic] ».

[901] Ceci étant, l'interprétation du contrat révèlera l'intention des parties concernant la catégorie des contrats d'exploitation voulue. En ce sens, en droit français, not. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 340, p. 297 : « Il appartient à l'interprète de restituer leur lisibilité à chacune de ces notions en procédant, le cas échéant, à une requalification des conventions sur la base de la distinction classique en droit civil entre contrats translatifs et non translatifs. » ; *ibid. eod. loc.* n° 318, p. 276 (à propos des licences exclusives illimitées) : « La requalification de la convention s'impose, quelle que soit la dénomination choisie par les parties ». Sur le pouvoir du juge de requalifier le contrat, v., à titre indicatif, en droit français, J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ, 3e éd., 2001, n° 124 *sq.*, pp. 148 et s. En jurisprudence grecque, v. p.ex. AP 23/2009, *EEmpD*, 2009, p. 891 : « Bien évidement, dans le cadre des contrats de « location de films », l'utilisation des films est qualifiée de diffusion télévisuelle et pas de location » et « la relation juridique en cause, constitue indubitablement un contrat d'exploitation commercial, indépendamment de sa qualification juridique. » Pour la doctrine grecque, v. par exemple Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 244, note n° 12 ; A. GEORGIADIS, « Droit de brevet, Nature juridique, Cession, Licence », *EEmpD*, 1986, p. 743 et s. et not. p. 747 ; G. MINTSIS, « La cession du droit du brevet d'invention », *Ep. epith. Armenopoulos*, 1995, n° 16, p. 77 et s. et not. p. 83, note n° 37, mettant l'accent sur l'interprétation du contrat afin de dissocier la cession limitée de la licence (exclusive), voir. En droit comparé, B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur : <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 30 : « Hence, the courts have sometimes treated the transfer described by the parties in terms of a 'licence' as an assignment, especially in cases where the contract either expressly or by necessary implication constituted a grant exclusive of all persons including the grantor. »

souvent[902] en droit français, les parties évitent d'utiliser dans leur contrat le *nomen* « officiel » de cession et optent pour la dénomination de licence[903] ou de concession[904] de droit d'auteur et ses variations[905]. De manière similaire, la dénomination de licence (*Lizenzvertrag*) n'est pas inconnue en droit d'auteur allemand[906]. Une belle illustration de ce décalage terminologique est celle des licences « libres ». En effet, ces licences se sont développées en dehors des schémas légaux, tant en droit d'auteur français[907] qu'en droit d'auteur allemand[908], malgré l'absence de consécration expresse de la dénomination de licence par les lois du droit d'auteur.

Il est toutefois à noter sur ce point que la faible utilisation des dénominations légales par les parties ainsi que le décalage entre ces dernières et les dénominations de la pratique sont parfois dus à l'impossibilité des catégories contractuelles proposées par la loi de poursuivre l'évolution de la

---

[902] Surtout pour le domaine de la diffusion des œuvres sur les réseaux numériques, voir B. MONTELS, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en France » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY, (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, *op. cit.*, p. 507 s. et not. p. 508.

[903] En ce sens, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd. Litec 2012, n° 398.

[904] V. M.-A. LEDIEU, « Le contrat de licence de logiciel : les points clés de négociation », *Cahiers du droit de l'entreprise*, n° 3, mai-juin 2005, p. 61 s. et not. p. 61, à propos des licences d'utilisation de logiciel : « Le titre du contrat importe peu : on parle de licence d'usage (de l'anglais *license to*, autorisation de…), de concession de droit d'usage. »

[905] Voir par exemple, dans la pratique française, un contrat-type dénommé « *contrat de concession de droit d'usage* de progiciel » sur <www.generixgroup.com/ressources/documents/3/9639,Conditions-generales-de-licence.pdf>. Comp. aussi le contrat *d'achat de droits de diffusion*. Sur ce point, M.-E. LAPORTE, « Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle », *JCP, éd. G* 1991, I, 3540, p. 371 et s. et not. n° 9, p 372 : « Au-delà de cette appellation de la pratique, la véritable nature juridique de l'opération est à trouver […] » et n° 35, p. 375 : « […] le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle s'apparente à un contrat de concession. » ; N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 100, p. 96 : « ainsi, le contrat par lequel une chaine de télévision se voit autoriser à représenter une œuvre pendant une certaine durée est dénommé par la pratique contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle. Or, il est évident qu'en l'occurrence, nul achat n'est effectué par la chaine de télévision. ». V. aussi le contrat de *cession d'usage de multimédia*, (P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 7e éd., 2010, n° 261, p. 450, note 2 : « […] dans le domaine du multimédia, les *cessions d'usage*, qui s'apparentent à la location, ne serait-ce que par leur courte durée. ») ou le contrat de « *louage des films* », cité par un arrêt grec (AP 23/2009, *EEmpD*, 2009, p. 891 : contrat entre le producteur d'un film-titulaire du droit d'exploitation et des chaines de télévision). Notons qu'en droit français, le contrat de « *location de films* » correspond effectivement à une cession de droit. V. sur ce point N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 113, p. 108, note n° 3 : « la convention est ainsi dénommée contrat de location de film tout en ayant pour objet la cession d'un droit. »

[906] Sur ce point voir notamment M. NAUTA, *Consideration in Intellectual Property Licences*, Lang, 2014, p. 33 s.

[907] Sur ce point v. par exemple, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 863, p. 712 : « La pratique a imposé ici l'appellation « licence […] Pour nous, qui récusons cette *summa divisio*, la terminologie est neutre et ces opérations peuvent très bien être regardées comme *des cessions* au sens très large que retient le Code de la propriété intellectuelle » ; N. BINCTIN, « Les contrats de licence, les logiciels libres et les creative commons », *Revue internationale de droit comparé*, n° 2, 2014, pp. 471-493.

[908] Comp. à propos du décalage terminologique en matière de licences libres, A. METZGER et T. JAEGER « Open Source Software and German Copyright Law », *IIC*, p. 53 et s. et not. p. 73 : « « Free » software within the meaning of the Free Software Foundation represents, *using the terminology of German copyright law*, the grant of a non exclusive right of use to everyone. » V. aussi la définition utilisé pour les licences allemandes *creative commons* : « Lizenzvertrag das Urheberrechtlich geschützte Werk oder der sonstige Schutzgegenstand (wie unten beschrieben) wird unter den Bedingungen dieser Creative Commons Public License („ccpl" oder „lizenzvertrag") zur Verfügung gestellt. » Information disponible sur : <www.creativecommons.org>.

matière et de satisfaire les besoins des contractants. Par exemple, la cession, catégorie quasi-unique en droit d'auteur français, ne reflète que très rarement l'étendue des droits conférés[909]. En réalité, « utilisée dans les domaines de l'audiovisuel et de l'édition, la cession est absente d'immenses pans de droit d'auteur, tels que la musique ou la photographie - il y a surement d'autres cas. »[910] Par ailleurs, la cession est rarement invoquée dans le domaine de logiciel et de l'exploitation en ligne, où les autorisations sont beaucoup plus fréquentes[911]. Cette inadaptabilité des dénominations légales confirme certainement que les choix des législateurs nationaux sont peu réussis. Ajoutons que des réactions législatives ponctuelles, visant à s'aligner avec la pratique de l'exploitation contractuelle, comme par exemple l'introduction de l'art. 122-7-1 du CPI en droit d'auteur français[912], n'ont essentiellement pas contribué à ce que les catégories contractuelles légales s'adaptent aux besoins de la pratique[913].

En somme, l'utilisation des dénominations légales des contrats d'exploitation en pratique n'est pas toujours heureuse, surtout en matière de droit d'auteur français et allemand. Ce phénomène nuit à la transparence et à la consistance de la catégorisation de la matière des contrats d'exploitation car, « la corruption du vocabulaire mène à celle des idées. »[914] De plus, les dénominations des contrats d'exploitation consacrées par le législateur ne sont pas toujours en mesure d'appréhender

---

[909] B. MONTELS, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en France » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY, (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, *op. cit.*, p. 507 s. et not. p. 508 s., qui est en faveur de la reconnaissance de la concession de droits d'usage à côté des cessions effectivement afin de refléter la pratique de l'exploitation contractuelle. Comp. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 340, p 297, pour qui l'utilisation peu significative des dénominations légales des contrats d'exploitation par les parties contractantes est due à l'incertitude entourant les termes de cession et de licence.

[910] J.-F. CAVANNAGH, « Le point de vue d'un éditeur sur la titularité », *in* I. de LAMBERTERIE, *Le droit d'auteur aujourd'hui*, éd. du CNRS, 1991, p. 65 et s. et not. p. 68. Comp. B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 97, p. 147, se référant à la requalification des qualifications inadéquates qui sont proposées par le législateur, v. en ce sens : « […] la qualification de cession qui a été reprise de la loi de 1957, avait été érigée au regard des créateurs négociant eux-mêmes leurs droits. Il n'y a donc raison de la considérer comme un obstacle à la nécessaire *requalification* et actualisation des contrats d'auteur. »

[911] V. par exemple G. VERCKEN, M. VIVANT, « Le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées : figures anciennes et pistes nouvelles », *JCP*, n°2, *les Cahiers de Droit de l'Entreprise*, 2000, pp. 18-28, n° 11 et 12, p. 21 : « Il est significatif qu'un glissement soit perceptible dans le langage des contrats. […] Le mieux est certainement de ne pas ignorer le langage du code mais de concevoir le contrat sur ces notions d'accès et d'utilisation. » ; B. MONTELS, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en France » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, *op. cit.*, p. 507 s. et not. p. 508, pour qui « il devenait difficile de continuer à parler de transfert de propriété pour des autorisations qui peuvent avoir une durée de transfert à quelques mois ou quelques jours. » Comp. M.-Th. MARINOS, *Logiciel (Software), protection juridique et contrats*, tom. I, Kritiki, 1989, p. 97, pour qui le *nomen* légal de « licence d'exploitation » n'est pas adéquat pour être utilisé à propos des contrats portant sur l'utilisation des logiciels, et devrait être remplacé par le terme « licence d'utilisation ».

[912] V. *supra* n° 37.

[913] Sur le caractère peu pertinent de l'art. L. 122-7-1 CPI voir *supra* n° 37.

[914] R. LIBCHABER, « Une cession temporaire d'usufruit ? », *Defrénois*, 2008, n° 15, p. 1656 s. et not. p. 1656.

l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles telle qu'elle évolue au cours des années. Sur cette base, les dénominations légales sont peu réussies.

2°-. Des distinctions non opératoires.

174.- La fonction des distinctions. De manière générale, la catégorisation (ou classification) des contrats spéciaux résulte de la mise en œuvre des distinctions reposant sur certains critères[915]. Le critère de la catégorisation « réside dans l'absence ou l'existence d'un ou plusieurs éléments unis les uns aux autres selon une certaine structure qui caractérise telle ou telle catégorie. »[916] Chaque catégorie ainsi dégagée correspondrait à « un ensemble de droits, de choses, de personnes, de faits ou d'actes ayant entre eux des traits communs caractéristiques et obéissant à un régime juridique commun. »[917] Ainsi, idéalement, la mise en œuvre des distinctions permet de dissocier des catégories contractuelles « imperméables » et bien distinctes. Parfois, les distinctions établies par les droits nationaux examinés ne sont pas toujours fonctionnelles[918]. La « relativité » des distinctions établies est due notamment au choix des critères de distinction non opératoires. En effet, les critères utilisés mènent parfois à l'élaboration de catégories qui, alors qu'elles sont théoriquement séparées, finissent par se recouper et même se rejoindre[919].

Nous allons présenter le caractère inadéquat des distinctions établies au sein des droits nationaux à travers l'utilisation de deux illustrations : le caractère inadéquat de la distinction traditionnelle (*summa divisio*) des contrats d'exploitation entre cession et licence, reprise au sein de tous les droits nationaux examinés[920] ; le caractère inadéquat de la distinction entre contrats d'exploitation

---

[915] Sur ce point v. T. TAURAN, « Les distinctions en droit civil », *Les Petites Affiches*, n° 70, 07/04/2000, pp. 5-14 : « distinguer aboutit également, ainsi que le soulignait Geny, à établir des catégories juridiques et des classifications, à l'intérieur desquelles il est possible de ventiler un certain nombre d'éléments que l'on souhaite classer. »

[916] J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD Civ.*, 1984, p. 255 et s. et not. p. 258.

[917] J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD Civ.*, 1984, p. 255 et s. et not. p. 258.

[918] Certes, « le monde a la désagréable habitude de ne pas se laisser classer en catégories bien nettes », v. J.-G. MARCH, H. SIMON, *Les organisations*, Dunod, 1965, cité par A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, n° 262, p. 132. *Cf.* aussi T. TAURAN, « Les distinctions en droit civil », *Les Petites Affiches*, n° 70, 07/04/2000, p. 5 s., point II, parlant du « caractère nécessairement imparfait des distinctions quelle que soit la branche du droit. »

[919] T. TAURAN, « Les distinctions en droit civil », *Les Petites Affiches*, n° 70, 07/04/2000, p. 5 s., point II.

[920] La distinction entre cession et licence n'est pas reprise en droit contractuel d'auteur allemand et (au moins expressément) en droit contractuel français. Par ailleurs, la *summa divisio* entre cession et licence est assez répandue au niveau international, v. L. BRENNAN, J. DODD, « A Concept Proposal for a Model Intellectual Property Contracting Law / Model Intellectual Property Contract Law (Concept Draft for Discussion Only*)* », Presentation at the UNCITRAL Third International Colloquium on Secured Transactions Presentation, 1-3 March 2010, Vienna, <www.uncitral.org>, p. 3 : « In international instruments, as well as many IP laws, however, the usual terminology is still "assignments" and "licenses". »

primaires et secondaires qui caractérise surtout les droits contractuels d'auteur français et hellénique.

a.- Les limites de la distinction entre cession et licence/concession en matière de droit contractuel de la propriété intellectuelle.

175.- La présentation de la *summa divisio* entre cession et licence. La distinction entre la cession et la concession (licence) est une distinction traditionnelle et fondamentale en droit contractuel des droits de propriété intellectuelle (*summa divisio*)[921]. Le critère de distinction sous-jacent à cette *summa divisio* des contrats de propriété intellectuelle est le caractère translatif ou non translatif du contrat en question. La *summa divisio* constitue une transposition du schéma du droit général des contrats entre les accords emportant transfert de propriété et les accords dont l'effet est purement contractuel.

176.- Les contours de la *summa divisio*. Sans avoir l'intention de rentrer dans les détails de ce schéma dans les droits généraux des contrats des différents droits nationaux, la différence entre les deux catégories de contrats portant sur les droits de propriété intellectuelle peut être résumée de manière suivante : les contrats translatifs (cessions ou transferts) emportent le transfert d'un droit réel (droit de propriété (*proprietary rights* en droit britannique) ou autre) alors que les contrats non translatifs (concessions ou licences) sont d'une nature purement contractuelle et entraînent la constitution d'un droit personnel au profit du cocontractant[922]. Ceci dit, et toujours en principe, le cocontractant d'un contrat translatif (le cessionnaire) devient le nouveau titulaire (secondaire) du droit de propriété intellectuelle, avec toutes les conséquences que cette qualification emporte : il jouira d'une exclusivité de droit à exploiter son bien, il sera en mesure de protéger son droit sur le bien contre tout tiers et il pourra en disposer librement[923]. D'un autre côté, dans le cadre d'un

---

[921] En ce sens, d'un point de vue français, L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 83 : « Les deux grandes figures du droit contractuel de la propriété intellectuelle sont la cession et la licence. Elles illustrent bien la *summa divisio*. » ; J. FOYER, M. VIVANT, *Le droit des brevets*, Presses Universitaires de France, 1991, p. 358, parlant d' « hypothèses emblématiques par excellence » ; d'un point de vue international, v. L. BRENNAN, J. DODD, « A Concept Proposal for a Model Intellectual Property Contracting Law / Model Intellectual Property Contract Law (Concept Draft for Discussion Only) », Presentation at the UNCITRAL Third International Colloquium on Secured Transactions Presentation, 1-3 March 2010, Vienna, <www.uncitral.org>, p. 3 : « In international instruments, as well as many IP laws, however, the usual terminology is still "assignments" and "licenses". » ; United Nations Economic Commission for Europe, *Intellectual Property Commercialization, policy options and practical instruments*, 2011, disponible sur: <www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/publications/ip.pdf>, p. 19 : « There are two chief legal vehicles by which owners may commercialize their intellectual property (apart from in-house exploitation): To sell or assign the IP ; and to license the IP rights. »

[922] Pour une présentation de la différence entre cession et licence, v. B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, n° 443, p. 201 ; L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 83.

[923] V. sur les pouvoirs du titulaire d'un droit exclusif, en droit grec M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 537, p. 247. Pour une application en matière de brevets v. G. MINTSIS, « La cession du droit du brevet

contrat non translatif, le cocontractant (le concessionnaire ou licencié) n'obtiendra qu'un droit personnel de jouissance du bien en question. Sur ce fondement, toute exclusivité reconnue au profit du licencié sera de nature contractuelle et toujours cantonnée aux prévisions du contrat. De même, il ne pourra agir *ex propio jure* pour défendre son droit qu'après avoir obtenu le consentement du concédant-titulaire. D'où il résulte que, *in vitro*, la distinction entre cession et licence reflète une distinction de nature du droit du cocontractant du titulaire (droit « propriétaire »- droit personnel).

Ainsi qu'abordé précédemment, les contrats d'exploitation consacrés par les législations nationales sont considérés dans la plupart des cas comme des contrats non translatifs. Toutefois, malgré le confort intellectuel qu'elle procure, surtout à cause de l'analogie opérée avec les schémas propres au droit commun des contrats[924], la mise en œuvre de cette *summa divisio* au sein du droit contractuel de la propriété intellectuelle s'avère assez problématique.

i.- L'imbrication des catégories contractuelles de cession et de licence.

177.- Le premier problème qui caractérise la mise en œuvre de la *summa divisio* en droit contractuel du droit de la propriété intellectuelle est le rapprochement *de facto* et *de lege* des deux catégories. Ce rapprochement de deux catégories contractuelles est dû, d'une part, à l'affaiblissement de la position du cessionnaire et d'autre part, au renforcement de la position du licencié. Il résulte de ce rapprochement que, si, en théorie, les deux catégories sont fondamentalement différentes, en réalité, cessions et licences sont souvent très proches et emportent fréquemment des effets au moins comparables.

---

d'invention », *Ep. epith. Armenopoulos*, 1995, n° 16, p. 77 et s. et not. p. 82 : « En tout cas, les deux hypothèses se différencient entre elles théoriquement car en cession limitée le cessionnaire devient titulaire du droit cédé et il peut les exercer en son nom et le céder. Par contre, dans l'hypothèse de la licence d'exploitation, le licencié n'acquiert que le droit personnel (analogue à celui du locataire) d'exercer les prérogatives transmises alors que le titulaire de celles-ci demeure le breveté (concédant) ».

En droit français, v. not. M.-E. LAPORTE, « Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle », *JCP, éd. G* 1991, I, 3540, p. 371 et s. et not. n° 22, p. 375 : « L'opposition entre la cession et la concession est très marquée : alors que la première emporte transfert d'un droit exclusif réel grâce auquel le cocontractant a toute liberté pour exploiter ou non l'œuvre, la seconde emporte une simple investiture d'un droit personnel dans la mesure nécessaire à l'exploitation de l'œuvre. En outre, l'exercice de l'action en contrefaçon n'appartient qu'au titulaire du droit patrimonial donc au cessionnaire à l'exclusion du concessionnaire. »

D'un point de vue du droit comparé, v. B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, pp. 29-30 : « The essential difference between the licence and the assignement lies therefore in the fact that, contrary to the assignee, the licensee cannot be considered the owner of the right to use the protected subject matter. »

[924] En ce sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 630, p. 557 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 939, p. 576 : « Toutefois, cette distinction n'est pas entièrement satisfaisante et semble constituer surtout une *commodité*, pour opérer des analogies avec certaines dispositions du Code civil. »

178.- L'affaiblissement de la position d'un cessionnaire d'un droit de propriété intellectuelle. Un facteur d'affaiblissement de la position du cessionnaire est la reconnaissance des cessions limitées[925]. En fait, très souvent, la cession d'un droit de propriété intellectuelle, à l'instar de la licence, peut être soumise par disposition légale à une série de limitations, temporelles[926], territoriales ou matérielles. Ainsi, la cession n'a pas toujours[927] comme effet le transfert définitif et irrévocable du droit de propriété intellectuelle dans son ensemble. De plus, les effets d'une cession limitée sont parfois comparables à ceux d'une licence (limitée). Par exemple, la position du cocontractant d'une cession de certaines prérogatives du droit d'exploitation, limitée dans le temps et l'espace, se rapproche inévitablement de celle d'un licencié[928]. De même, les pouvoirs du cessionnaire d'utiliser et de disposer du droit de la propriété intellectuelle en tant que titulaire secondaire n'ont pas toujours un caractère discrétionnaire. D'une part, le cessionnaire, à l'instar d'un licencié, se voit très souvent chargé d'une obligation d'exploiter le droit acquis[929]. Or, une telle

---

[925] Sur la reconnaissance des cessions limitées en droits nationaux examinés, en matière de droit d'auteur v. en droit grec les art. 12§1 et 15§1 loi 2121/1993 ; en droit français, les art. L. 131-4 al. 1er et L.122-7 al. 4 CPI ; en droit britannique, art. 90§2 CDPA. Sur la reconnaissance des cessions limitées en matière de droit des brevets, v. en droit français, l'art. L. 613-8 al. 1er ; en droit allemand, art. 15§1 PatG ; en droit britannique, v. art. 30§2 PatG. Sur la reconnaissance des cessions limitées en matière de droit des marques, v. en droit grec art. 131§1 loi 4072/2012 ; en droit français, v. art. L. 714-1 al. 1er ; en droit allemand, v. art. 27§1 MarkenG ; en droit britannique v. art. 24§2 TMA.

[926] Une cession temporelle est certainement une construction exorbitante à l'égard du droit commun. V. *infra* n° 192.

[927] Certes, il est possible que le cessionnaire devienne un titulaire du droit cédé de manière définitive et irrévocable. Tel sera le cas d'une cession-vente, ou cession pure et simple.

[928] V. en ce sens, d'un point de vue du droit français, E. TARDIEU-GUIGUES, *Transmission du droit sur la marque*, *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 16 : « La qualification de cession est inadéquate lorsque la jouissance de la marque donnée en exclusivité est limitée dans le temps, la qualification de licence conviendrait mieux. » ; B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 25, p. 46 : « Le CPI ne vise expressément que la cession des droits d'auteur mais l'article L. 131-3 permet à l'auteur d'en délimiter l'étendue notamment quant à sa durée rapprochant alors cette cession d'une simple concession. » ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 939, p. 576 : « Les contrats « de cession » peuvent aussi bien opérer la cession d'un droit pécuniaire pour toute la durée de la protection, que conférer une autorisation limitée à une utilisation bien particulière et limitée dans le temps, voire purement ponctuelle ». ; Ph. GAUDRAT, « Le point de vue d'un auteur sur la titularité », *in* I. de LAMBERTERIE, *Le droit d'auteur aujourd'hui*, éd. du CNRS, 1991, p. 43 et s. et not. p. 51 : « [S]ouvent cette cession ne sera que temporaire, et alors la cession se rapprochera du louage, puisque l'auteur retrouvera la plénitude de ses prérogatives au terme prescrit. » Rappr. B. MONTELS, « Reflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en France » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, *op. cit.*, p. 507 s. et not. p. 508 : « [la] qualification de cession qui ne reflète que très rarement l'étendue des droits conférés l'exception de certains contrats d'éditions, de production audiovisuelle et de commande. ». Pour certains, une telle cession n'est qu'une concession masquée. En ce sens, J. FOYER, M. VIVANT, *Le droit des brevets*, Presses Universitaires de France, 1991, pp. 424 et 425 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, Montchrestien, 1999, n° 604, p. 225 : « Certes sur cette dernière hypothèse, l'opération pourrait être qualifiée de concession ou de vente sous condition résolutoire » ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 670, p. 355. *Adde* N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 310 *sq.* qui la rattache aux licences qualifiées des louages de choses. Comp. pour une affirmation générale, P. GOURDON, *L'exclusivité*, L.G.D.J., 2006, n° 206, p. 92 : « La cession n'est qu'une concession - un abandon, Presque une faveur - plus qu'une vente pure et simple. »

[929] Surtout lorsque la cession est accompagné d'une rémunération proportionnelle du cédant. Sur ce problème, v. *infra* n° 197.

obligation se justifie mal à l'égard du droit commun de la cession-vente[930]. D'autre part, le pouvoir du cessionnaire de disposer de son droit pourra être soumis à des restrictions similaires à celles prévues au sein des contrats de licence. Par exemple, la loi exige parfois le consentement du titulaire initial pour la disposition ultérieure du droit par le cessionnaire[931]. L'analyse précédente démontre qu'en droit de propriété intellectuelle le cessionnaire est un cessionnaire particulier par rapport à son « homologue » du droit commun, dont la position juridique peut s'avérer pratiquement identique à celle d'un licencié.

179.- Le renforcement de la position du licencié. Le droit spécial des contrats d'exploitation comprend très souvent des dispositions qui tendent à améliorer la position d'un licencié, en attribuant des pouvoirs exorbitants à la nature du droit personnel de son titre d'exploitation. Il s'agit notamment des dispositions attribuant un effet erga omnes au droit du licencié[932], ou prévoyant la

---

[930] V. ainsi en ce sens, d'un point de vue français, J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur,* thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 649, p. 575 : « […] au titre d'une *simple cession* du droit de reproduction, le cessionnaire pourrait à sa guise publier l'œuvre ou s'en abstenir, contrairement à l'éditeur. […] [Une simple cession « civiliste »] offre la liberté au cessionnaire de procéder à la publication au moment où il le juge opportun, ou encore au regard de la liberté de suspendre l'exploitation en se réservant la possibilité de la reprendre et sans s'exposer à une résiliation du contrat. Contrairement à un éditeur, le simple cessionnaire aurait la faculté de céder librement ses droits à un tiers. » Rappr. M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 47, p. 57, parlant du simple cessionnaire : « Libre d'exploiter l'œuvre au moment et selon les modalités qu'il jugerait opportunes, libre encore de ne pas exploiter, le cessionnaire disposerait d'une maitrise totale de l'œuvre, l'auteur s'étant dessaisi de son droit. » V. aussi *infra* n° 218 *sq.* sur le caractère inapproprié de la qualification civiliste pour les cessions avec charge d'exploitation.

[931] Une illustration de cette affirmation est donnée, en droit contractuel d'auteur français, par la disposition spéciale de l'art. L. 132-16 CPI relative au contrat d'édition, en vertu de laquelle l'éditeur-*cessionnaire* ne peut transmettre le bénéfice du contrat d'édition à un tiers sans l'accord écrit de l'auteur. Pour des illustrations jurisprudentielles sur ce point v. par exemple CA Paris, 1re ch., 21 mars 1988, *D.*, 1988, inf. rap. p. 126 ; CA Paris, 4e ch., 17 juin 1993, *RIDA*, 1993, n° 158, p. 252 ; Cass. 1re civ., 26 janv. 1994, *RIDA*, 1994, n° 161, p. 309 ; *Bull. civ.* I, n° 34=*JCP G* 1994, IV, 846 : le contrat passé entre l'éditeur et un cessionnaire n'est opposable à l'auteur que si celui-ci a donné son accord exprès à la cession avec une délimitation du domaine d'exploitation quant à son étendue et à sa destination, ainsi qu'à sa durée. S'agit-il d'une extension du régime protecteur aux sous-éditions ? V. toutefois, P.-Y. GAUTIER, « Invitation au voyage : les cessions de droits d'auteur à l'etranger, creatrices de groupes de contrats », *D.* 1995, Chron., p. 262 et s., n° 3, p. 263 : « lorsque le cocontractant de l'auteur a reçu la pleine propriété des droits et qu'il se contente d'en assurer la gestion par voie de cessions partielles (démembrements ?) il est apte à conclure librement les sous-contrats sans avoir à solliciter une deuxième fois l'accord de l'auteur. » Sur ce point, d'un point de vue du droit comparé, B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur : <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 35 : « Indeed, even if the assignee would, in principle, have greater rights than a licensee, national law may contain provisions for the protection of authors and artists requiring their consent for the further transfer of rights. »

Contra, v. A. DESPOTIDOU, « Article 13 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, n° 47, p. 371 et les références citées, pour qui la disposition de l'article 13 par. 6 de la loi grecque 2121/1993 en matière de droit d'auteur ne s'applique qu'aux seuls contrats et licences primaires d'exploitation (concessions) et non pas aux cessions.

[932] En droit français voir l'art. L. 613-9, al. 1er (brevets d'invention) et L. 714-7 al. 1er CPI (marques) ; en droit allemand, v. art. 33 UrhG (droit d'auteur), art. 15§4 PatG (brevets d'invention) et art. 30§5 MarkenG (marques) ; en droit britannique, voir art. 90§4 CDPA (droit d'auteur), art. 33 §§ 1 et 2 PA (brevets d'invention) et art. 25§3 a) TMA (marques).

possibilité pour le licencié, surtout exclusif, d'agir *ex jure proprio* en contrefaçon[933]. Les dispositions en question confèrent au droit du licencié un caractère quasi-absolu[934]. Sur cette base, la position d'un licencié s'assimile[935] à celle du cessionnaire du droit de propriété intellectuelle. Par exemple, la formule qui consiste pour le titulaire à concéder exclusivement l'ensemble de ses prérogatives patrimoniales sans limitation géographique pour toute la durée du monopole présente la même fonction économique qu'une cession du droit[936]. Cette proximité de position est dûment soulignée en doctrine[937]. Par ailleurs, il a pu être soutenu que « cession et licence sont plus ou moins translatives »[938].

---

[933] En droit grec, v. art. 13§3, al. 3e loi 2121/1993 (droit d'auteur), art. 17§3 al. 1er et 17ΣΤ loi 1733/1987 (brevets d'invention) et art. 132§4 loi 4072/2012 (marques) ; en droit français v. art. L. 615-2 al. 2e CPI (brevets d'invention) et art. 716-5 al. 1er CPI (marques) ; en droit allemand v. art. 30§3 et 4 MarkenG (marques) ; en droit britannique v. art. 101§1 et 101A CDPA (droit d'auteur) ; art. 67 PA (brevets d'invention) ; art. 30 TMA.

[934] V. *infra* n° 180 *sq.* sur le lien entre la reconnaissance d'un droit d'agir et le caractère *in rem* du contrat de licence.

[935] Certes, l'assimilation entre cession et licence n'est pas absolue. V. sur ce point, d'un point de vue britannique, en matière de droit d'auteur, D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 114 : « So the *bona fide* purchaser for value without notice is given protection that overrides the interests of licensees, which is one reason why a commercial organization, such as a publisher, wishing to exploit a work of *copyright* might prefer to take an assignment of the copyright rather than to operate on the basis of an exclusive licence. » ; P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, p. 299 : « Nevertheless, this rule is one of the reasons why publishers prefer an assignment of copyright to an exclusive licence. » Comp. S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 13 parlant de la position inférieure d'un licencié (exclusif) par rapport à la position d'un cessionnaire ; M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 80, p. 82 : « La cession procure néanmoins à son bénéficiaire une position plus sûre à l'égard des tiers avec lesquels le titulaire initial du *copyright* serait tenté de traiter postérieurement à la conclusion de la licence exclusive. » Un autre élément concernant la différence entre la position d'un cessionnaire et d'un licencié est la possibilité du premier de procéder à des altérations de l'œuvre, sous réserve des droits moraux de l'auteur. En ce sens, D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 116 : « only the owner has a right to alter, subject to the author's moral rights. » ; W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, p. 535 : « Thus a licensee's freedom to make alterations in the work may be more restricted than an assignee's. » Voir aussi l'arrêt *Frisby* c/. *BBC*, 1967, ch. 932 : « A licensee, expressly or by implications, may not be allowed to alter the work », W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, p. 535, note n° 33 (*cf.* D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 116, note n° 142 qui mentionne l'année 1987 pour cet arrêt). Du point de vue de droit britannique en matière des marques, v. N. WILKOF, D. BURKITT, *Trade Mark Licensing*, 2e éd., Sweet & Maxwell, 2005, n° 10-17 ; G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 162 et *ibid.* p. 173.

[936] Sur ce point, v. not. J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, p. 565, note n° 232 : « De fait, la formule qui consiste pour l'auteur à concéder l'ensemble de ses prérogatives patrimoniales sans limitation géographique pendant une durée déterminable fixée à 50 années à compter de son décès nous parait bien coïncider, pratiquement, avec les résultats d'une cession du droit, au moins dans les rapports concédant-licencié. » ; N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 318, p. 276 et les références citées ; A. DESPOTIDOU, « Article 13 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, n° 9, p. 349 : « En principe, donc, il paraît que le contrat ou la licence d'exploitation exclusifs quand ils sont illimités […], se distinguent à peine de la cession du droit patrimonial en entier […] »

[937] En ce sens, en droit grec, v. en matière de droit d'auteur, I. NIKOLOPOULOS, *La cession du droit patrimonial du droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2005, p. 286, pour qui « l'introduction par le législateur du concept de la cession partielle confronté au contrat d'exploitation exclusive cause plus de problèmes par rapport à ceux qu'elle résout. […] la portée

En somme, « [d]ans le monde des biens intellectuels, il n'y a pas de différence véritablement marquée entre les contrats translatifs de propriété (cession de droits d'auteur par ex.) et les contrats de mise à disposition (licence d'exploitation par ex.) »[939]. L'analyse précédente a démontré que ce

---

d'une cession partielle et d'une licence exclusive coïncide en essence », même si cet auteur n'admet pas le caractère translatif des contrats et licences exclusifs ; en matière de brevets, v. G. MINTSIS, « La cession du droit du brevet d'invention », *Ep. epith. Armenopoulos*, 1995, n° 16, p. 77 et s. et not. p. 82 ; déjà A. GEORGIADIS, « Droit de brevet, Nature juridique, Cession, Licence », *EEmpD*, 1986, pp. 743 et s., not. p. 748 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 952, p. 840 ; N. ROKAS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2004, n° 10, p. 47. En droit français v. par exemple G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 103 et les références citées ; N. ERESEO, *Exclusivité contractuelle*, Litec, 2008, n° 124, p. 80, pour qui, d'un point de vue économique, une licence exclusive est plus proche d'une cession que d'une licence simple. En droit allemand, v. par exemple, J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 16-08, p. 393 : « This form of licence comes very near to being the full transfer of the exclusive rights embodied in the trade mark registration, since the licensor only keeps formal proprietorship of the trade mark registration, while all the other rights resulting from the trade mark registration are transferred to the exclusive licensee. » En droit britannique, en matière de droit d'auteur M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 80, p. 82 ; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 160, p. 145 ; D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 115 et s. ; L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 265-266 ; H. LADDIE, P. PRESCOTT, M. VITORIA, (sous dir. de), *The Modern Law of Copyright and Designs*, 4e éd., vol. 1, Lexis Nexis, 2011, n° 24.13, p. 1013 ; P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, p. 299 ; plus nuancé, W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, *Intellectual property*, 6e éd., Sweet & Maxwell, 2007, n° 13-11, p. 535 : « But if ambiguities are left, their resolution may be affected by the fact that an assignment is in essence a transfer of ownership (however partial), while a licence is in essence permission to do what otherwise would be infringement » ; *ibid.* note 32 : « But if more than a bare permission it will acquire some of the characteristics of a property right. » En matière des brevets v. L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 573 : « While the grant of an exclusive licence is very similar to an assignment […] an exclusive licence confers powers on the licensee that are equivalent to those of the proprietor. » Plus ambigu, C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 152, p. 150. *Contra* M. FYSH, A. ROUGHTON, T. COOK, M. SPENCE, *The Modern law of patents*, Lexis Nexis Butterworths, 2005, n° 12.09, p. 224 : «An assignment is fundamentally different from a licence, although the terms are sometimes confused. »; G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 161 : « le licencié exclusif ne peut pas agir en contrefaçon contre le propriétaire du droit concédé. Enfin, si le licencié exclusif se trouve de facto dans la même situation que le cessionnaire quant aux possibilités d'exploiter, il demeure que le droit de propriété revient au concédant. » En matière de marques v. J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13-083, p. 430. Pour une approche de droit comparé, v. B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 29 et *ibidem*, p. 30 ; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 636, p. 567 : « Bien davantage, l'observation de droit comparé a fait apparaitre la proximité des régimes pratiques des cessions et licences exclusives de *copyright*, et cette situation nous avait fait douter au moins dans cette même perspective pratique, d'une *summa divisio* des contrats d'exploitation de ce droit en considérant cette qualification. ».

[938] F. COLLART-DUTILLEUL, « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », *RDC*, 01 avril 2006, n° 2, p. 604, n° 3. Comp. B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, n° 496, p. 221, pour qui tout contrat d'exploitation est une cession.

[939] F. COLLART-DUTILLEUL, « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », *RDC*, 01 avril 2006, n° 2, p. 604 et s., n° 3 ; B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, n° 440 *sq*., p. 199, pour qui la *summa divisio* n'a pas lieu d'être et doit, par

qui est déterminant en matière d'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles, ce n'est pas nécessairement la nature du droit de l'exploitant mais, plutôt, les contours de l' « accès » économique de l'exploitant à l'objet protégé par le droit de propriété intellectuelle[940]. Or, cet accès sera finalement déterminé par le jeu de l'exclusivité et de la divisibilité du droit transmis.

ii.- La thèse du caractère in rem du droit du licencié exclusif : l'exemple du droit grec.

180.- Le renforcement de la position du licencié et, de manière similaire, le rapprochement entre cessions et licences est intensifié par la thèse du caractère *in rem* du droit d'un licencié exclusif. Nous utiliserons le droit hellénique comme cas d'étude pour la présentation de cette thèse[941].

Effectivement, cette thèse est très répandue en droit grec, malgré son caractère controversé[942]. Selon cette approche, le licencié exclusif acquiert non pas un droit personnel qui lui permet d'exploiter le

---

conséquent, être remise en cause. Cet auteur se place en faveur du caractère translatif de tout contrat d'exploitation, v. note ci-dessus.

940 Comp. J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 4, p. 13 : « L'évolution des critères de la valeur économique. La rareté, critère classiquement prédominant, est désormais largement évincée par l'utilité. Autrement dit, *la propriété est devenue un concept partiellement dépassé*, au moins en ce qui concerne les biens non immobiliers. […] le souhait d'une délégation de la propriété en matière contractuelle, en un rôle plus annexe, plus secondaire. La valeur de toute prestation échangée réside dans son utilité, sa fonction. » ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Les effets de la résolution du contrat de licence de brevet pour inexécution par le licencié de ses obligations », *Recueil Dalloz*, 2002 p. 1195, note sous Cour d'appel de Paris, 1re ch., C, 21 octobre 1999, *Curioz (Sté)* c./ *Brignon* ; K.-N. PEIFER, « A legal view of selected aspects and the development of Digital Europe », *GrurInt*. 2010, p. 671 s. et not. p. 674, à propos de la distribution des contenus protégés en ligne : « There is no valuable property in the digital market without easy access for those who will buy thèse products. »

941 Cette thèse est également développée dans d'autres droits nationaux, tels que le droit allemand. Sur ce point, à propos des licences de marques, v. J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 16-01, 16-02, p. 388.

942 En matière de droit d'auteur, en doctrine v. not. M. Th. MARINOS, « Le contrat exclusif discographique-en même temps, quelques remarques sur la cession du droit patrimonial de l'artiste interprète », *ChrID*, 2002, pp. 289 et s., not. p. 290 : « tout contrat d'exploitation exclusif emporte la cession des prérogatives patrimoniales […] » ; A. DESPOTIDOU, « Article 12 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, n° 18, p. 325 et n° 15, p. 323 ; A. DESPOTIDOU, « Article 13 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, n° 2, p. 345 et n° 14, p. 352 ; A. DESPOTIDOU, « Les contrats d'exploitation », *in* ALAI-groupe hellénique, *L'œuvre de Giorgos Koumantos et les questions contemporaines du droit d'auteur*, Athènes, 7 mai 2010, Sakkoulas, 2011, p. 151 s. et not. p. 158 et les références citées ; M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 2004, n° 478, p. 215 ainsi que n° 559, p. 248 s. ; S. STAVRIDOU, *Le contrat de mise en gestion en droit d'auteur, Sakkoulas*, 1999, p. 175 ; *idem*, note sous TGI Athènes, 5417/2000, *ChrID*¸ A/2001, p. 648 et s., et not. pp. 650-651 ; P. KORIATOPOULOU, *Restrictions contractuelles de l'exploitation du droit d'auteur*, Sakkoulas, 1994, p. 8 ; A. CHIOTELLIS, *Le contrat d'édition imprimée*, Éditions Universitaires grecques, 1995 (pour le contrat d'édition), p. 123 et s. et not. p. 128. Sous l'ancien régime, v. K. ASPROGERAKAS-GRIVAS, *Contrat d'exploitation des œuvres littéraires et artistiques*, 1972, p. 70, note n° 135, sans toutefois lier expressément cession et caractère exclusif du contrat d'exploitation ; I. LEMPESI-ANDREOU, « L'exploitation des œuvres musicales », *EEmpD*, 1985, p. 605 et not. p. 606.

En jurisprudence, v. not. EfAth. 7632/2005, *NoV*, 2006, p. 417, parlant de cession des prérogatives à travers un contrat ou une licence exclusive ayant caractère réel ». ; EfAth 143/2004, *DEE*, 2004, p. 415, obs. N. Kyprouli (accord selon lequel l'exploitant « obtient le droit exclusif de propriété et d'exploitation » est qualifié de contrat d'exploitation et pas

droit de propriété intellectuelle en question mais, par contre, un droit absolu[943]. Sur cette base, la licence exclusive présente donc un caractère translatif : elle emporte la cession (le plus souvent

---

de cession) ; EfAth 8138/2000, *DEE* 2001, 60 obs. N. Kyprouli ; MonProtAth 2122/2004, *DiMEE* 2005, obs. Tsiggou ; AP 1671/1990, *EllDni*, 1992, p. 136 (contrat d'édition, ancien régime).
Contra, v. G. KOUMANTOS, *Droit d'auteur*, 8e éd., Ed. Sakkoulas, 2002, p. 324 ; I. NIKOLOPOULOS, *La cession du droit patrimonial du droit d'auteur*, Sakkoulas, 2005, *passim*, et not. pp. 91-92, 156 et 277 ; A. DESPOTIDOU, « Article 13 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, n° 4, p. 346 : « Il s'agit dans les deux cas (contrats et licences d'exploitation) de contrats non translatifs » (toutefois, plus tard elle s'aligne avec la deuxième opinion,) ; Exposé des motifs de la loi 2121/1993, p. 3. *Contra* aussi la jurisprudence majoritaire. V. p. ex. MonPrAth 5091/2008, Banque des données juridiques « ISOKRATIS » <www.dsanet.gr> ; *DiMEE*, 2009, p. 213, note P. Aggeli : « La différence entre licence et contrat d'exploitation (les deux étant des contrats non translatifs) […]» ainsi que les arrêts cités par A. DESPOTIDOU, « Article 13 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 345.
En matière des brevets d'invention, en doctrine, v. V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 960, p. 846 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 960, p. 735 : « *περιορισμένο απόλυτο δικαίωμα* » ; Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 244 : «*περιορισμένο απόλυτο δικαίωμα* » ; N. ROKAS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2004, n° 10, p. 47 ; M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation du brevet d'invention*, 1987, p. 74 ; M.-Th. MARINOS, *Droit du brevet*, Sakkoulas, 2013, n° 7.44 s., p. 190 s. ; K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 163 et p. 165, *a contrario*. Comp. D. ANASTASOPOULOS, G. MICHAILOPOULOS, *Contrats du commerce moderne*, Sakkoulas, 2011, p. 204, qui ne se réfère pas expressément au caractère absolu du droit du licencié exclusif, mais affirme en revanche que le licencié jouit des mêmes droits que le titulaire du brevet.
Contra G. MINTSIS, « La cession du droit du brevet d'invention », *Ep. epith. Armenopoulos*, 1995, n° 16, p. 77 et s. et not. p. 82, toutefois, *ibid. eod loc*., p. 91 : « le droit du concessionnaire est de nature sui generis et ni personnel ni réel […] » ; Th. LIAKOPOULOS, « Évolutions et perspectives du droit de la propriété industrielle », *in Questions du droit des affaires*, Ed. Sakkoulas, vol. III, 1996, not. p. 12.
En matière des marques, v. le Rapport Introductif de la loi 4072/2012, p. 33. En doctrine, voir N. ROKAS (avec I. VENIERIS), *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Nomiki Vivliothiki, 2011, n° 11, p. 150 et *ibid*. n° 15, p. 144 et *ibid*. n° 15, p. 151 ; Th. LIAKOPOULOS, « Évolutions et perspectives du droit de la propriété industrielle », *in Questions du droit des affaires*, Ed. Sakkoulas, vol. III, 1996, p. 15 ; A. PSARRAS, « Article 16 » *in* N. ROKAS, *Droit des marques*, Nomiki Viviliothiki, 1996, n° 13, p. 158 ; M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 541, p. 249 pour le droit du licencié simple et *ibid.* n° 544, p. 250 pour le droit du licencié exclusif.
Contra, Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 373 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 677, p. 634 et n° 685, p. 641.
D'un point de vue transversal, v. M.-Th. MARINOS, *Droit du brevet*, Sakkoulas, 2013, n° 7.44, p. 190.
[943] La qualification de ce droit à nature absolue est controversée. Pour une partie de la doctrine, il s'agit d'un droit *quasi-réel* (« *οιονεί εμπράγματο*»), puisqu'il présente les mêmes caractères que les droits réels mais il porte sur un bien immatériel. En ce sens, en matière de droit d'auteur, A. DESPOTIDOU, « Article 13 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, n° 12, p. 350 et s. ; en matière des brevets d'invention, v. not. K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 163 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 960, pp. 735-736 ; en matière des marques, v. not. N. ROKAS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2004, n° 15, p. 144.
De même, il a été soutenu que le droit absolu est incomplet, car il ne comprend que les prérogatives négatives conférées par le caractère absolu, à savoir, la possibilité de protection *ex jure proprio*. En ce sens, M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 541, p. 249 (en matière de marques). V. *infra* n° 180 *sq.* sur la relation entre le caractère *in rem* du contrat de licence exclusive et l'attribution d'un droit d'agir au licencié.
Pour une autre partie de la doctrine, le droit du licencié exclusif devrait être assimilé à un usufruit : En ce sens, v. V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 960, p. 735. Voir aussi M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987 (sous l'ancien régime) p. 38 et s. et notamment p. 50, pour qui le droit du licencié exclusif doit être considéré comme une servitude personnelle qui ressemble, mais ne s'y identifie pas, à un usufruit ; K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 163, dans le même sens, même s'il n'admet pas à la qualification d'usufruit.
Par ailleurs il a pu être soutenu que le droit du licencié (simple ou exclusif) devrait être considéré comme un droit *sui generis*. Sur ce point voir M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, p. 47 s et pp. 48-49 ; G. MINTSIS, « La cession du droit du brevet d'invention », *Ep. epith. Armenopoulos*, 1995, n° 16, p. 77 et s. et not. p. 91.

partielle)[944] du droit de propriété intellectuelle en question dans les limites stipulées par les parties dans le contrat (transfert finalisé du droit de la propriété intellectuelle[945]). Il en découle que le licencié exclusif devient un cessionnaire du droit de la propriété intellectuelle. Le caractère *in rem* de la licence exclusive se justifie tant *de lege ferenda* que *de lege lata*. Il est soutenu d'une part que de *lege ferenda* le licencié exclusif a besoin de se voir attribuer une telle position juridique et économique pour lui garantir l'exercice paisible de son droit « exclusif » et lui permettre également de jouir des prérogatives de manière assurée et efficace[946]. D'autre part, pour certains, le caractère translatif de la licence exclusive découle de l'attribution *de lege lata* d'un droit d'agir *ex jure propio* du licencié (exclusif)[947]. Par ailleurs, pour certains auteurs en droit d'auteur, le caractère *in rem* de la licence exclusive s'explique par la nature exclusive du droit transmis[948].

Cf. M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 541, p. 249, pour qui le licencié non exclusif acquiert un droit réel *sui generis*, similaire à un droit « réel ».

[944] Il ne faut pas toutefois exclure l'hypothèse d'une cession totale, v. en ce sens A. DESPOTIDOU, « Article 13 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, n° 5, p. 347 et les références citées.

[945] V. not. S. STAVRIDOU, note sous TGI Athènes, 5417/2000, p. 651 ; A. DESPOTIDOU, « Article 13 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, préc., n° 14, p. 352 ; déjà K. ASPROGERAKAS-GRIVAS, *Contrat d'exploitation des œuvres littéraires et artistiques*, 1972, p. 76.

[946] V. en droit d'auteur, A. DESPOTIDOU, « Article 13 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, n° 12, p. 350 et s. ; TGI Athènes, 5417/2000, *ChrID*, A/2001, pp. 648 et s., note S. Stavridou, not. p. 651 : « La personne qui exploite une œuvre et investit économiquement dans celle-ci, a intérêt à se voir garantir une utilisation sans obstacles. La possibilité de cession des prérogatives patrimoniales est la condition pour que le cessionnaire obtienne l'autorité juridique et économique nécessaire.» ; P. KORIATOPOULOU, *Restrictions contractuelles de l'exploitation du droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 1994, p. 8 : « Afin de renforcer la position juridique du licencié exclusif face à toute action de l'auteur ou de tiers qui violerait son droit […] » ; S. STAVRIDOU, note sous TGI Athènes, 5417/2000, *ChrID*¸ A/2001, pp. 648 et s., not. p. 651 : « La cession a lieu dans le cadre d'un contrat d'exploitation exclusif et constitue la condition juridique indispensable pour la réalisation de la *valorisation économique* convenue. ». Déjà, I. LEMPESI- ANDREOU, « L'exploitation des œuvres musicales », *EEmpD*, 1985, p. 605, not. p. 606 : « […] afin que la position de la personne qui se charge de l'exploitation soit plus sûre et plus efficace […] ».

[947] En ce sens, en matière de droit d'auteur, A. DESPOTIDOU, « Les contrats d'exploitation », *in* ALAI-groupe hellénique, *L'œuvre de Giorgos Koumantos et les questions contemporaines du droit d'auteur*, Athènes, 7 mai 2010, Sakkoulas, 2011, p. 151 s. et not. p. 157 ; D. KALLINIKOU, « Droit d'auteur et droit civil » *in* 8e Congres Panhéllenique de l'Union des civilistes, *Le droit d'auteur en doctrine et jurisprudence grecques* Thessalonique, 10-11 octobre 2008, Sakkoulas 2010, p. 23 s. et not. p. 43.

En ce sens, en matière des brevets d'invention, v. V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 960, p. 846 : « La licence exclusive confère un droit *erga omnes* (art. 17 par. 3, al. 1) ; Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 244 : « La question est désormais résolue par la disposition de l'article 17 par. 3 selon laquelle la licence exclusive se présente comme un droit réel limité alors que la licence simple comme un droit personnel. » Comp. N. ROKAS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2004, n° 10, p. 47.

En matière des marques, v. M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 541, p. 249 (sous l'ancien régime). Comp. aussi A. PSARRAS, « Article 16 » *in* N. ROKAS, *Droit des marques*, Nomiki Viviliothiki, 1996, n° 34, p. 167, se référant aux problèmes dogmatiques liés à l'attribution d'un droit d'agir *ex proprio jure*, si l'on accepte que le licencié n'a qu'un simple droit personnel.

[948] V. ainsi P. KORIATOPOULOU, *Restrictions contractuelles de l'exploitation du droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 1994, p. 8 : « [La licence exclusive] présente un caractère quasi-réel qui s'explique par la nature absolue du droit d'auteur, dont l'exercice est attribué par le contrat en cause. »

En somme, selon la thèse du caractère *in rem* du droit du licencié exclusif, la licence exclusive ne se rapproche pas simplement de la cession mais elle y coïncide pratiquement[949].

L'analyse précédente démontre les limites de la *summa divisio* des contrats de propriété intellectuelle selon le critère de l'effet translatif du contrat. En effet, très souvent, la frontière entre cession et licence est difficile à déterminer. Sur cette base, la pertinence de la *summa divisio* et, plus précisément, l'opportunité de l'utilisation du critère de l'effet translatif comme critère de catégorisation des contrats en propriété intellectuelle sont sérieusement remis en question[950].

b.- Les limites de la distinction entre contrats d'exploitation primaires et secondaires.

181.- Ainsi qu'examiné plus haut, le cadre juridique des contrats d'exploitation d'auteur en droits continentaux est orienté vers la protection de l'auteur- partie faible du contrat. De même, le régime spécial de protection ne s'applique qu'en présence de l'auteur. Sur cette base, une distinction entre contrats d'exploitation d'auteur conclus par l'auteur lui-même (contrats primaires) et ceux conclus

---

[949] Ainsi il a pu être admis que la cession partielle n'est pas autre chose qu'une licence exclusive. En ce sens, en matière de droit d'auteur, v. not : M. Th. MARINOS, « Le contrat exclusif discographique- en même temps, quelques remarques sur la cession du droit patrimonial de l'artiste interprète », *ChrID*, 2002, pp. 289 et s. et not. p. 290 ; A. DESPOTIDOU, « Article 13 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, n° 2, p. 345 ; sous l'ancien régime, v. I. LEMPESI- ANDREOU, « L'exploitation des œuvres musicales », *EEmpD*, 1985, p. 606. En matière de brevets d'invention, v. not. M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, p. 74, qui procède à une assimilation parfaite entre cession limitée et licence exclusive. Notons qu'une partie de la doctrine va plus loin et considère que la cession ne devrait être considérée que dans le cas d'un dispositif de transmission des droits dans le cadre des contrats d'exploitation exclusifs. En ce sens, v. not. A. DESPOTIDOU, *Nature et fonctionnement du contrat d'édition*, Sakkoulas, 2003, p. 15, note n° 1 ; K. ASPROGERAKAS-GRIVAS, *Contrat d'exploitation des œuvres littéraires et artistiques*, 1972, p. 32 s. ; S. STAVRIDOU, *Le contrat de mise en gestion en droit d'auteur, Sakkoulas*, 1999, pp. 174-175 ; S. STAVRIDOU, note sous TGI Athènes, 5417/2000, *ChrID*¸ A/2001, pp. 648 et s., p. 651. *Contra* I. NIKOLOPOULOS, *La cession du droit patrimonial du droit d'auteur*, Sakkoulas, 2005, p. 85 ; G. KOUMANTOS, *Droit d'auteur*, 8e éd., Ed. Sakkoulas, 2002, p. 190. Plus modérée, A. DESPOTIDOU, « Article 12 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 312 et s. et not. n° 15, p. 323.

[950] En ce sens, J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 160, p. 145 : « Cette situation conduit à se demander si une distinction des contrats concernant l'exploitation du droit de *copyright*- et plus généralement des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle- en considération de la nature juridique du titre de l'exploitant, constitue bien, dans une perspective pratique, la *summa divisio* de la matière. » Pour certains la *summa divisio* est artificielle. En ce sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 630, p. 557 : « […] la *summa divisio*, elle est trop *artificielle* pour être admise » ; Ch. GEIGER e*t alii*, « Compte-rendu du colloque et clôture », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 571 s. et not. p. 571 s. (texte en français), et not. p. 606 : « Mais dans la pratique, abstraction faite de la *différence terminologique*, la nuance est quasi inexistante. ». Rappr. B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 29 : « some authors […] conclude that the distinction is in fact more academic than practical. ». Comp. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 340, p. 297, parlant du besoin de clarification de la distinction entre cession et licence : « Ce besoin n'apparaît au demeurant pas propre au droit d'auteur vu qu'il touche plus globalement l'ensemble des contrats du droit de la propriété intellectuelle. »

par une autre personne (contrats secondaires)[951]. Le critère de cette distinction est la qualité des parties et, plus précisément, la qualité d'auteur[952]. Dans son principe, cette distinction semble légitime, dans la mesure où elle permet effectivement l'application des règles protectrices uniquement lorsque la faiblesse de l'auteur-partie d'un contrat d'exploitation l'impose[953]. Toutefois, sa mise en œuvre à l'heure actuelle peut s'avérer problématique. Le droit contractuel d'auteur français[954] constituera un cas d'étude pour mettre en exergue les problèmes susceptibles d'être causés par la mise en œuvre de la distinction entre contrats primaires et secondaires.

i.- Le problème lié à la détermination des contours de la 'qualité d'auteur'.

182.- La qualité d'auteur constitue le critère de distinction entre un contrat primaire et un contrat secondaire. La présence d'une personne ayant cette qualité d'auteur met en œuvre le dispositif de protection établi par les dispositions spéciales du CPI. Au-delà de l'hypothèse simple d'un créateur personne physique qui peut être qualifié d'« auteur », la question de l'attribution de la qualité d'auteur semble problématique au moins dans deux hypothèses. Nous songeons d'une part à l'hypothèse d'une personne morale qui devient titulaire initial du droit d'auteur, notamment dans le

---

[951] De manière générale, les contrats secondaires d'exploitation, ou sous-contrats d'exploitation, sont les contrats d'exploitation secondaires, conclus entre le premier exploitant (surtout le premier cessionnaire ou le premier licencié)-partie du contrat primaire d'exploitation- et des sous-exploitants ou entre deux sous-exploitants. Les sous-contrats constituent autant de maillons au sein d'une *chaine*-parfois assez longue- *des contrats d'exploitation* avec pour maillon initial le contrat primaire originaire.

[952] V. d'un point de vue français, S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, p. 208 : « La qualité de l'auteur n'est pas un effet du contrat mais bien une condition de la qualification. » De manière générale, « la qualité des parties peut être un élément déterminant de la qualification. Quelques contrats ne se conçoivent qu'en raison de la qualité des contractants », J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ, 3e éd., 2001, n° 70, p. 89. Les contrats B2C sont effectivement une bonne illustration de cette affirmation.

[953] Par ailleurs, comme le souligne Th. Hassler, « Le formalisme est fait pour protéger les faibles, pas les forts », *Les Petites Affiches*, 08/04/1994, n° 42, pp. 15 -17.

[954] Notons que la question de savoir si une règle protectrice devrait s'appliquer uniquement au niveau primaire est parfois controversée en droit grec. V. ainsi la controverse relative à la portée de la règle de l'art. 14 de la loi 2121/1993 concernant la forme du contrat d'auteur en droit grec. En faveur de la restriction de l'application de cette règle au niveau primaire, v. A. DESPOTIDOU, « Article 14 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 374 et s. et not. n° 8, pp. 378-379 ; M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 2004, n° 533, p. 237 ; L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur et acquis communautaire*, 6e éd., Sakkoulas, 2011, n° 303, pp. 219-220 ; M. MARKELLOU, *Les contrats d'exploitation de droit d'auteur en droit comparé (Allemagne, France, Grèce)*, thèse Montpellier III, 2009, n° 147, pp. 91-92 et les références y citées ; P. KORIATOPOULOU- AGGELI, Ch. TSIGOU, *Droit d'auteur, (Interprétation par entrées)*, Nomiki Vivliothiki, 2008, v° « exploitation du droit patrimonial », pp. 175-176. En jurisprudence, voir par exemple, AP 1720/2004, *PoinDik*, 2/2005, p. 160, obs. Nouskalis.
Contra, Rapport introductif de la loi 2121/1993 *in* D. MALAKASIS, *Le droit d'auteur* : loi 2121/93 et exposé des motifs : interprétation de ses articles, remarques, exemples, commentaire, critique, p. 96 ; G. KOUMANTOS, « Règles générales sur les contrats de droit d'auteur dans la nouvelle loi hellénique », *Propriétés intellectuelles*, Mélanges A. Françon, Dalloz, 1995, p. 311 et s. et not. p. 313, pour qui « [La loi 2121/1993] a donc introduit une règle générale imposant la forme écrite pour tout acte juridique relatif au transfert et au contrat ou la licence d'exploitation du droit d'auteur […] » ; L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 5e éd. 2010, n° 302, p. 220, pour qui les sous-contrats et sous-licences sont soumises au même formalisme.

cas d'une œuvre collective (art. L. 113-5 CPI). L'attribution de la 'qualité d'auteur' à une personne morale-titulaire initial du droit d'auteur est controversée[955]. Certes, dans cette hypothèse, la personne morale-titulaire initial conclut un contrat (techniquement) primaire avec un exploitant. Il demeure encore douteux de savoir si le régime spécifique de protection des articles 131-1 et s. du CPI doit être également appliqué aux contrats primaires conclus par une personne morale-titulaire originaire du droit d'auteur[956].

D'autre part, nous pourrions mentionner l'hypothèse de certaines catégories de titulaires dérivés du droit d'auteur, telles que les héritiers de l'auteur[957]. En fait, il a pu être soutenu que, même si les héritiers de l'auteur ne peuvent pas obtenir *ipso facto* la qualité d'auteur, ils doivent être considérés comme des personnes assimilées à l'auteur. Si nous admettons cette approche, le contrat techniquement secondaire, conclu ente les héritiers de l'auteur et un exploitant devrait être considéré comme un contrat primaire, comme s'il avait été conclu par l'auteur lui-même et donc, être soumis aux règles protectrices des articles L. 131-1 s. CPI[958]. En fonction de cette approche, le critère de distinction entre contrats primaires et contrats secondaires se rapproche plutôt de celui de la qualité de professionnel du titulaire des droits[959].

Les hypothèses susvisées démontrent que l'utilisation du critère de la qualité d'auteur n'apporte pas toujours de réponses claires sur la question de savoir si le contrat d'exploitation devra être soumis au régime protecteur du CPI.

ii.- Le désintérêt critiquable du législateur face aux contrats d'exploitation secondaires.

183.- Le droit spécial des contrats d'exploitation en droit d'auteur français est élaboré à travers le prisme de la relation contractuelle entre l'auteur et son cocontractant. Il est également classique que le régime protecteur prévu par le CPI ne s'applique désormais qu'en présence de l'auteur, à savoir,

---

[955] V. en faveur de l'attribution de la qualité d'auteur à une personne morale coordinatrice, F. FOUILLAND, « L'auteur personne morale, éléments pour une théorie de l'emprunt de personnalité artistique », *Communication Commerce électronique*, n° 12, décembre 2008, étude n° 24.

[956] En faveur de la non application du régime protecteur aux personnes morales titulaires initiales du droit d'auteur, v. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8e éd., 2012, n° 469, p. 487 ; A. MAFFRE-BAUGÉ, « Le formalisme contractuel en droit d'auteur » *in* J.-M. BRUGUIÈRE, MALLET-POUJOL N., ROBIN A. (sous dir. de), *Propriétés intellectuelles et droit commun*, PUAM, coll. de l'Institut de droit des affaires, 2007, p. 265 et s., not. n° 17. D'après cette approche, un contrat techniquement primaire est traité comme un contrat secondaire.
Contra A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, p. 584, note n° 245, citant C. BIGOT, *Droit de la création publicitaire*, LGDJ, 1997, n° 264, « le texte (art. L. 131-1 CPI) redevient applicable si le cédant est titulaire initial des droits sur une œuvre collective ».

[957] Comp. la notion d'« ayant droit » des art. L. 132-1 et L. 132-18 du CPI français. Il est discuté si le terme ayant droit se réfère uniquement aux héritiers ou s'il pourrait couvrir également d'autres titulaires secondaires du droit d'auteur.

[958] V. en ce sens S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 339, p. 221, en faveur de l'extension de la protection à tout ayant cause non professionnel (légataires, donataires, etc.).

[959] Sur ce point voir aussi F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 963, p. 588.

aux contrats d'exploitation primaires. Or, la majorité des dispositions prévues par le CPI en droit d'auteur introduisent des règles protectrices. Ceci étant, les contrats d'exploitation secondaires ou sous-contrats d'exploitation ne sont pas couverts par le droit spécial des contrats d'exploitation d'auteur et de ce fait, sont essentiellement dépourvus d'encadrement légal spécial.

Cependant, le désintérêt du législateur pour les contrats secondaires est critiquable. En effet, la présence d'un auteur dans le cadre d'un contrat d'exploitation n'influence pas la nature de l'opération contractuelle[960] : les contrats d'exploitation d'auteur présentent les mêmes singularités, quelles que soient les parties, étant donné qu'elles sont dues à la nature de l'œuvre de l'esprit[961]. Sur cette base, le fait que le législateur se soit focalisé sur les seuls contrats primaires ne semble pas pertinent, d'autant plus que les contrats secondaires présentent actuellement une dimension significative[962].

iii.- Des problèmes liés à l'application du régime protecteur aux seuls contrats primaires ou l'effet boomerang de la distinction entre contrats d'exploitation primaires et secondaires.

184.- En fonction de la distinction entre contrats primaires et secondaires, le régime protecteur prévu par le CPI ne s'appliquerait qu'aux seuls contrats d'exploitation primaires, à savoir les contrats conclus entre l'auteur-titulaire initial et son cocontractant. Or, l'inapplication des règles protectrices tout au long de la chaîne des contrats d'exploitation secondaires peut compromettre

---

[960] En ce sens, A. LUCAS, « Droit d'auteur. Exploitation des droits. Dispositions spécifiques à certains contrats. Contrat d'édition », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1320, n° 97 : « Même lorsque l'éditeur choisit son partenaire en contemplation de ses qualités personnelles, il reste que la prestation de celui-ci se limite à une cession de droits qui pourrait tout aussi bien être consentie par un cessionnaire ou un héritier et que personne ne songerait au demeurant à remettre en cause si l'auteur venait à décéder après y avoir souscrit » ; N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 51, p. 52, pour qui, la présence d'un auteur n'a, en tout état de cause, pas d'incidence sur la nature de la convention mais uniquement sur l'application des règles protectrices. *Contra* S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 318 *sq.*, p. 208 s. et pp. 223 et s. pour qui « les contrats d'édition et de représentation doivent être conclus par l'auteur, à défaut de quoi ces qualifications deviennent inapplicables. »

[961] En ce sens, H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3e éd., 1978, n° 527 : « les différentes qualifications de la matière sont ordonnées autour de la qualité d'auteur » et « les dispositions du droit des contrats d'auteur sont justifiées par la nature de l'œuvre de l'esprit : les droits d'auteur conservant à travers les conventions et les transferts dont ils font l'objet l'empreinte de cette origine, *les contrats auxquels ils donnent lieu présenteront les mêmes singularités, quels que soient les titulaires* », cité par S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, p. 213, note n° 2.

[962] En effet, l'exploitation du droit d'auteur au niveau secondaire représente, très souvent, la partie la plus importante du processus d'exploitation contractuelle. Par ailleurs, dans certaines hypothèses d'exploitation contractuelle, l'exploitation des œuvres de l'esprit se fait quasi-exclusivement au niveau secondaire. Par exemple, les exploitants primaires n'ont pas toujours la possibilité d'exploiter eux-mêmes l'ensemble des prérogatives octroyées pour l'ensemble des pays visés par le contrat originaire. v. not. P.-Y. GAUTIER, « Invitation au voyage : les cessions de droits d'auteur à l'étranger, créatrices de groupes de contrats », *D.*, 1995, Chron., p. 262 et s.

l'efficacité du régime spécial à protéger les intérêts de l'auteur[963]. Pour utiliser un exemple, la consécration du principe de la rémunération proportionnelle de l'auteur par l'art. L. 131-4 du CPI perd tout son intérêt si les parties au niveau secondaire d'exploitation ne doivent pas le respecter. Comment le cocontractant d'auteur pourrait respecter son obligation de rémunération proportionnelle si dans son contrat avec un sous-exploitant il a valablement convenu une rémunération forfaitaire[964] ? De même, l'efficacité du régime protecteur serait certainement renforcée si le cocontractant de l'auteur était en mesure d'invoquer l'application du régime protecteur du CPI au niveau secondaire d'exploitation[965]. Ceci devient manifeste dans l'hypothèse où le cocontractant d'un contrat d'auteur primaire représente les intérêts de l'auteur dans ses relations contractuelles ultérieures (contrats d'exploitation fiduciaires)[966]. Par ailleurs,

---

[963] B. MONTELS, « Contrats de production et d'exploitation des œuvres audiovisuelles », *JurisClasseur Communication*, Fasc. 6085, n° 16.

[964] En ce sens, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8e éd., 2012, n° 469, p. 487 : « […] certains sous-contrats devront respecter le CPI (rémunération proportionnelle et comptes notamment) et note n° 4 : « Faute de quoi on en arriverait par exemple à la situation absurde d'une résiliation du contrat principal par l'auteur en dépit de l'exécution du sous-contrat, qui se trouverait alors automatiquement résilié… » ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, p. 587, note n° 4 : « Sur le terrain pécuniaire, la solution inverse peut soulever des difficultés, par exemple si le sous-cessionnaire ne verse qu'un forfait au cessionnaire, qui lui, doit rémunérer l'auteur proportionnellement aux recettes. » ; B. MONTELS, « Contrats de production et d'exploitation des œuvres audiovisuelles », *JurisClasseur Communication*, Fasc. 6085, n° 11 : « En outre, l'inapplication des dispositions du Code de la propriété intellectuelle aux contrats entre producteurs et exploitants de l'œuvre audiovisuelle entraînerait, en pratique, des problèmes inextricables. Il en serait ainsi, par exemple, si ces parties jouissaient d'une entière liberté quant à la détermination du prix ou quant à l'obligation d'exploitation. » ; B. MONTELS, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en France » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, *op. cit.*, p. 507 s. et not. p. 518, critiquant la décision de la Cour d'appel de Paris, 16 janvier 2004 (*Propr. Intell.*, janv. 2005, p. 63, obs. A. Lucas), selon laquelle « les exigences tenant à la rémunération proportionnelle des auteurs s'imposent au cessionnaire des droits d'auteur mais non pas aux sous-cessionnaires qui n'ont pas de relation directe avec les auteurs » : « Cette solution, qui a l'apparence de la logique, pourrait aboutir à priver l'auteur de toute protection : ni ce dernier, ni le producteur ne seraient en mesure de revendiquer les dispositions protectrices du CPI contre un sous-contractant. »
Notons que l'irrégularité de la convention originaire (pour défaut de paiement par exemple) peut avoir un effet « dévastateur » au sein d'une chaine contractuelle. Sur ce point, v. not. J. RAYNARD, « Le tiers au pays du droit d'auteur », *JCP, G*, n° 21, 26 mai 1999, p. 959 et s. et n° 16, p. 963 : « Si l'on tient également compte du fait que la plupart de ces contrats sont à exécution successive, on devine les effets dévastateurs que pourraient avoir la remise en cause de la convention originaire sur les cessions et sous-contrats ultérieurs, ou même, plus simplement, l'interprétation erronée d'une disposition de celle-ci dont on penserait, à tort, qu'elle attribuerait au cessionnaire une prérogative que le cédant entendait conserver pour la négocier par ailleurs. » ; B. MONTELS, « Contrats de production et d'exploitation des œuvres audiovisuelles », *JurisClasseur Communication*, Fasc. 6085, n° 13, à propos de la « résolution en cascade » des contrats d'exploitation des œuvres audiovisuelles.

[965] Comp. H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3e éd., 1978, n° 605 : « l'intérêt des auteurs eux-mêmes milite en faveur de l'extension [de leur protection] : ils auront de meilleures chances d'être désintéressés par le cessionnaire si celui-ci peut se prévaloir du privilège dans ses rapports avec les exploitants, ses propres cocontractants. »

[966] En ce sens v. B. MONTELS, « La protection du professionnel par le droit spécial des contrats d'auteur, l'exemple des contrats de représentation des œuvres audiovisuelles », *Comm. com. électr*., 2001, chron. n° 17, p. 19 et not. p. 23 s. ; B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 31 *sq.* ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8e éd., 2012, n° 469, p. 487: « Si le cessionnaire représente en même temps les intérêts de l'auteur (par ex. éditeur, producteur, qui doivent une rémunération proportionnelle sur les recettes, des comptes etc.) il n'est pas complètement exclu qu'il puisse alors se prévaloir du CPI : ne pas oublier que les cessions de droit d'auteur sont *fiduciaires*. » ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, p. 216 : « Quoiqu'il en soit des fondements de cette protection, il

l'établissement d'un régime spécial des contrats d'exploitation à deux vitesses, selon le niveau d'exploitation, compromet certainement la simplicité du cadre juridique actuel, surtout lorsqu'on est en présence d'une chaîne de contrats d'exploitation[967]. En définitive, les contrats d'auteur n'intéressent pas que les auteurs[968]. Sur cette base, la focalisation du législateur sur une qualification *rationae personae*, à travers la mise en œuvre de la distinction entre contrats primaires et secondaires, n'est pas toujours pertinente. Il est significatif qu'une partie de la doctrine se place effectivement en faveur du caractère *intuitu rei* des dispositions du CPI et milite pour l'élargissement de la portée des modèles spécifiques par l'extension de l'application du régime protecteur du droit d'auteur également aux contrats secondaires[969].

---

n'est tout au moins pas contesté qu'elle sert les intérêts de l'auteur. La volonté de l'étendre à certains professionnels, comme par exemple le producteur audiovisuel, s'appuie dès lors plutôt sur l'idée que cette extension servirait justement les intérêts du créateur lui-même, formant avec ceux de l'exploitant un tout commun et indivisible. Un intérêt commun : il résulterait de l'essence *fiduciaire* du contrat conclu avec l'auteur, cadre dans lequel l'exploitant exerce lui-même les droits qui en découlent. […] cette façon de lier les intérêts de l'auteur et de l'exploitant recèle une part de vérité, en ce sens que la valeur de l'œuvre sur le marché intéresse tout autant l'auteur que l'exploitant. » ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 961, pp. 587-588 : « le cessionnaire, traitant avec un sous-cessionnaire, assume aussi, en général, les intérêts de l'auteur, de sorte que la sous-cession ne concerne pas que les deux parties, mais aussi l'auteur, qui reste intéressé à la bonne exploitation de son œuvre en quelques mains qu'elle se trouve. »

[967] V. F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 961, p. 587 : « L'avantage de cette première approche tient à ce qui l'on applique les mêmes règles à tous les contrats de cession ou concession de droits d'auteur, quelles que soient les parties, ce qui assure simplicité et sécurité. » et *ibid.* n° 979 : « L'application des principes contractuels du CPI à toute la chaine de contrats aurait des vertus de simplification. »

[968] M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 646, p. 547.

[969] En ce sens Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2006, n° 399, p. 316 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd., Litec, 2013, n° 403 *sq.* ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 644, p. 570 (pour la situation avant l'arrêt « Perrier », préc) : « En l'absence de toute précision contraire, il était généralement admis qu'elles pouvaient être invoquées aussi bien pour les cessions consenties par les auteurs eux-mêmes que pour celles consenties par leurs cessionnaires. » ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 3ème éd., Litec, 2006, n° 611, pp. 464-465 : « Desbois enseigne que la règle de la rémunération proportionnelle est applicable aux *cessions consenties par les ayants droit de l'auteur* des lors qu'elle apparait comme l'une des modalités légales, impératives, de l'exercice des droits patrimoniaux d'auteur. ». Pour l'extension d'autres dispositions protectrices, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, p. 611, note n° 462, citant H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3e éd., 1978, n° 586 (application de l'art. 131-5 révision du forfait aux sous-contrats) ; *ibid. eod loc.* n° 581, p. 441 (application du formalisme de l'article L. 131-3 al. 1er aux sous-contrats) ; B. MONTELS, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en France » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe, op. cit.*, p. 507 s. et not. p. 517 : « [I]l me parait également indispensable de remettre en cause- si besoin est par une précision législative-une jurisprudence de la Cour de cassation qui, depuis l'arrêt *Perrier* de 1993, refuse au cessionnaire de l'auteur le droit d'invoquer la réglementation des contrats du CPI dans ses rapports avec les sous-contractants. » Rappr. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 451, p. 397, sur le besoin de définition minutieuse systématique de l'objet du contrat (imposée en droit français notamment par les mentions obligatoires de l'article L. 131-3 CPI) même en l'absence de l'auteur.

Contra not. S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, not. n° 331 *sq.* p. 215. En jurisprudence, CA Paris, 16 janvier 2004, *Juris-Data* n° 2004-234796 ; *Propr. intell.* 2005, p. 63, obs. A. Lucas ; *Comm. com. électr.* 2004, comm. n° 38, p. 23, note Ch. Caron ; *Légipresse* 2004, n° 217, III, p. 219, note C.-E. Renault : « les exigences tenant à la rémunération proportionnelle des auteurs s'imposent au cessionnaire des droits d'auteur mais non pas aux sous-cessionnaires qui n'ont pas de relation directe avec les auteurs ».

L'analyse précédente a ainsi démontré que les distinctions établies par les législateurs en matière de contrats d'exploitation ne sont pas toujours fonctionnelles. En fait, les critères de distinction utilisés pour la catégorisation des contrats d'exploitation ne sont pas parfois opératoires, ce qui mène à un établissement des catégories contractuelles assez artificielles. L'utilisation des critères non opératoires compromet l'efficacité de la catégorisation des contrats d'exploitation.

B.- Des catégories aux contours imprécis.

185.- Au moins d'un point de vue du droit continental, les catégories contractuelles spéciales consacrées et dotées d'un *nomen* concret en droit des contrats (spéciaux) constituent des modèles de rattachement[970], tant *a priori* pour les contractants[971], qu'à *posteriori* pour les interprètes (juges ou praticiens du droit) du contrat conclu[972]. Les cadres de référence en question comprennent une définition et déterminent les éléments essentiels (*essentialia negotii*) du *typus* contractuel en question avec notamment, les droits et obligations de chaque partie du contrat nommé[973]. Les lois spéciales du droit de la propriété intellectuelle consacrent effectivement des catégories spéciales en matière de contrats d'exploitation. Or, très souvent, ces dernières sont imparfaites, tant à l'égard de la définition du contrat d'exploitation consacré (1°) qu'à l'égard de la détermination des éléments essentiels de celui-ci (2°).

---

[970] Ou cadres de référence. En ce sens, N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 500, p. 442.

[971] V. not. D. GRILLET-PONTON, *Essai sur le contrat innommé*, thèse, Lyon III, 1981, n° 197 ; N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 27, p. 29, parlant de la « *fonction de modèle du contrat nommé* ».

[972] C'est dans ce sens que les contrats spéciaux nommés servent de base à la mise en œuvre de la qualification du contrat. Sur cette question, d'un point de vue français, v. J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ, 3e éd., 2001, n° 57, p. 79 : « En effet, lorsque les parties adoptent un « type » contractuel, elles qualifient elles-mêmes et en même temps l'opération qu'elles choisissent de réaliser. […] Une distinction chronologique suggère en réalité que la qualification est l'œuvre d'un tiers au contrat, le juge, en cas de contentieux mais, si celui-ci intervient effectivement *a posteriori*, il n'en demeure pas moins qu'il se placera au moment de la formation du contrat, c'est-à-dire au moment de l'adoption du « type », pour déterminer ce que les parties ont voulu. Le temps importe donc peu. »

[973] Sur cette question voir, d'un point de vue du droit grec, P. KORNILAKIS, *Droit de contrats spéciaux*, vol. I, Ed. Sakkoulas, 2002, p. 9 ; A. GEORGIADIS, *Droit des contrats*, Partie spéciale, tom. I, Sakkoulas, 2004, n° 1, p. 8 ; A. GEORGIADIS, *Droit des contrats*, Partie spéciale, tom. I, Sakkoulas, 2004, n° 17, p. 5 ; A. GEORGIADIS, *Nouveaux types des contrats de l'économie contemporaine*, 5e éd., Sakkoulas, 2008, n° 15, p. 7 ; I. SPYRIDAKIS, « Essentialia, naturalia, accidentalia negotii », *NoV*, 1994, p. 1 et s. et not. p. 6. D'un point de vue français, v. par exemple C. LAVABRE, « Éléments essentiels et obligation fondamentale du contrat », *RJDA*, 1997, p. 291.

1°.- Les problèmes liés aux définitions des contrats d'exploitation.

186.- L'examen antérieur des cadres juridiques nationaux des contrats d'exploitation a démontré que la loi ne définit pas toujours les types contractuels qu'elle introduit. En l'absence de définition légale, la doctrine et la jurisprudence ont tenté de définir les contrats d'exploitation[974]. Or, l'apport doctrinal et jurisprudentiel n'est pas toujours cohérent et harmonieux. Ainsi, les contrats d'exploitation sont souvent dépourvus d'une définition unanimement acceptée. Cette situation menace la clarté et l'efficacité du système de catégories des contrats d'exploitation au niveau national. Par la suite, nous allons présenter quelques illustrations des définitions controversées, issues des droits nationaux.

a.- La définition de la licence exclusive.

187.- La définition du contrat de licence est importante car elle permet de savoir quelle est la nature de l'exclusivité accordée au licencié, surtout en l'absence de clause expresse prévue par les parties dans le contrat[975]. Plus précisément, il s'agit de savoir si le licencié exclusif pourra exploiter le droit transmis à l'exclusion de toute autre personne, y compris le concédant (exclusivité dite totale), ou bien si le concédant aura le droit d'exploiter le droit en question parallèlement au licencié exclusif (sole licence). Le contrat de licence exclusive n'est pas toujours défini par la loi spéciale[976]. En l'absence de définition légale, la question reste souvent controversée[977], surtout en droit de propriété industrielle. A titre d'illustration, en France, aussi bien la doctrine[978] que la jurisprudence[979] sont

---

[974] Voir en ce sens, en matière de droit des marques grec, à propos du contrat de licence, M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 519, p. 241 ; *idem*, *Droit du brevet d'invention*, Sakkoulas, 2013, n° 7.27, p. 182 ; en droit français, à propos des licences, v. A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, n° 263, p. 133 : « Cette quasi-absence de normes met en relief l'importance du travail de qualification par la doctrine et la jurisprudence. »

[975] Comp. Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 72, à propos des licences exclusives en matière de brevets d'invention : « Ce point mérite d'autant plus d'être précisé dans le contrat que la jurisprudence n'est pas encore définitivement fixée. »

[976] La licence exclusive est expressément définie par l'art. 13§3 de la loi 2121/1993 en droit d'auteur grec ; l'art. 31§3 UrhG en droit d'auteur allemand ; l'art. 92§1 de la CDPA en droit d'auteur allemand ; l'art. 130 PA en droit des brevets britannique ; l'art. 29§1 TMA en droit des marques britannique.

[977] V. cependant en droit des marques français où la définition de licence exclusive est généralement unanime tant en doctrine qu'en jurisprudence, *supra* n° 102.

[978] En faveur de la qualification de *sole licence* v. Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 72 ; J.-J. BURST, *Breveté et licencié : leurs rapports juridiques dans le contrat de licence*, Litec, coll. CEIPI, 1970, n° 209, p. 117. *Contra* F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 698, p. 368 : « […] le licencié ayant alors seul le droit d'exploiter le droit concédé. » Plus ambigu, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2010, n° 881, p. 552 ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 963, p. 678 (à propos de toute licence de droits de propriété intellectuelle) : « [la licence exclusive] peut aussi interdire au concédant d'utiliser pour lui-même son bien intellectuel. »

divisées sur les contours de l'exclusivité dans le cadre d'une licence exclusive de brevet d'invention. La définition de la licence exclusive est également controversée en Grèce, surtout en matière de marques. En fait, pour une partie de la doctrine, la licence exclusive permettrait au licencié l'exploitation/utilisation de la marque conformément aux conditions posées par le contrat, à l'exclusion de toute autre personne, y compris du titulaire de la marque[980]. À l'opposé, pour une autre partie de la doctrine, la licence exclusive aurait la nature d'une « *sole licence* »[981]. En matière de brevets d'invention, la majorité de la doctrine se place en faveur d'une exclusivité totale[982]. Pour une partie minoritaire de la doctrine en revanche, dans le cadre d'une licence exclusive, le concédant réserve le droit d'exploiter le brevet parallèlement au licencié exclusif[983].

Les controverses relatives à la définition de la licence exclusive menacent certainement la clarté du cadre juridique spécial des contrats d'exploitation et renforcent l'insécurité juridique des parties, surtout lorsque la définition d'une licence exclusive a des répercussions très importantes sur la position du licencié exclusif et sur la relation entre les parties.

b.- La définition de la licence partielle.

188.- Dans la plupart des cas, la détermination des contours des licences partielles ne pose pas de difficultés particulières, notamment lorsque l'interprétation de la disposition légale relative aux licences partielles ne pose pas de problèmes importants[984], ou lorsque l'approche de la doctrine et de la jurisprudence face aux questions afférentes aux licences partielles est homogène, même en

---

[979] En faveur de l'exploitation du brevet par le titulaire (*sole licence*), CA Paris, 1er mai 1902, *Ann. Prop. Ind.*, 1903, p. 258 : « la licence exclusive n'implique que l'aliénation du droit de concéder d'autres licences. » ; T. com. Seine, 12 déc. 1917 et T. com. Paris, 7 nov. 1919, *Ann. Propr ind.*, 1920, p. 150 ; TGI Paris, 18 déc. 1985, *PIBD*, 1986, n° 390, III, p. 175. *Contra* Cass. 1re civ., 26 janv. 1955, *Ann. Propr. Ind.*, 1956, p. 1 ; TGI Marseille, 3 juill. 1987, *PIBD*, 1987, n° 420, III, p. 387. Comp. Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 72 : « Ce point mérite d'autant plus d'être précisé dans le contrat que la jurisprudence n'est pas encore définitivement fixée. »

[980] V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 688, p. 643 ; A. PSARRAS, « Article 16 » *in* N. ROKAS, *Droit des marques*, Nomiki Viviliothiki, 1996, n° 33, p. 166 ; ambigu, M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 533, p. 246, qui soutient qu'il s'agit d'une exclusivité dans le cadre d'une licence d'utilisation exclusive et « complète » et *ibid.* n° 548, p. 252. Voir aussi, plus ambigu, Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 374.

[981] En ce sens, D. ANASTASOPOULOS, G. MICHAILOPOULOS, *Contrats du commerce moderne*, Sakkoulas, 2011, p. 32, sauf clause contraire ; N. ROKAS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2004, n° 11, p. 143. Comp. M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 533, p. 246, pour qui il s'agit d'une « exclusivité partielle ».

[982] En ce sens, K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 162 ; Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 243-244 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 952, p. 731. Plus réticent, E. PERRAKIS, N. ROKAS, *Introduction au droit commercial*, Nomiki Vivliothiki, 2011, n° 10, p. 404, pour qui la question est controversée.

[983] A. ARGYRIADIS, *Brevet d'invention*, 3e éd. Sakkoulas, 1982, p. 146 ; M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation du brevet d'invention*, 1987, p. 52.

[984] Tel est le cas, par exemple, de l'art. L. 131-3 al 1er CPI en droit d'auteur français ou de l'art. 31§1 UrhG (implicitement) en droit d'auteur allemand.

l'absence de disposition légale. Il est, par exemple, unanimement admis[985] en Grèce qu'une licence de brevet peut être limitée, de manière alternative ou cumulative, quant au contenu (limitation par prérogative)[986], à la durée, au lieu[987] et à l'étendue de l'exploitation autorisée (limitations quantitatives[988]), même si la loi 1733/1987 reste muette sur ces questions. Il est aussi généralement admis que les limitations susvisées ont un effet absolu. Ainsi, la violation de ces limites par le licencié constitue un acte de contrefaçon[989]. De manière similaire, en Grande-Bretagne, les licences d'exploitation partielles des brevets sont généralement admises en doctrine et largement utilisées en pratique, malgré le silence de la PA sur ce point[990]. Par ailleurs, en Allemagne, il est généralement admis que les limitations temporelles en matière de licences de brevets d'invention sont envisageables, même si la loi ne les prévoit pas expressément[991].

Toutefois, l'étude des droits nationaux démontre que la détermination des contours des licences partielles peut parfois être controversée ou problématique. En fait, la question de l'effet des limitations prévues dans le cadre d'un contrat ou d'une licence partielle est controversée en droit d'auteur hellénique. En effet, selon la doctrine majoritaire, les limitations contractuelles portant sur les droits et modes d'exploitation transmis ont un effet absolu, dès lors que ces derniers correspondent à une forme d'utilisation de l'œuvre, concrète et indépendante, techniquement et économiquement[992]. Toutefois, selon une autre opinion doctrinale, seules les limitations portant sur

---

[985] En ce sens, K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 164 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 953, p. 732 ; M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, pp. 89-90 ; E. PERRAKIS, N. ROKAS, *Introduction au droit commercial*, Nomiki Vivliothiki, 2011, n° 11, p. 404.

[986] Sur ce type de limitations voir l'analyse de M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, p. 95 s. ainsi que les limites de cette divisibilité. Voir aussi M.-Th. MARINOS, « Limitations concernant la production au sein des licences d'exploitation des brevets d'invention », *EEmpD*, 1985, p. 385 et s. et not. p. 386, note n° 3. Il est admis qu'en absence d'accord contraire, la licence permettra au licencié de produire, utiliser et distribuer les produits brevetés, K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 165.

[987] M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, pp. 92-95 et p. 98-99 ; N. ROKAS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2004, n° 11, p. 48.

[988] Sur celles-ci voir not. M.-Th. MARINOS, « Limitations concernant la production au sein des licences d'exploitation des brevets d'invention », *EEmpD*, 1985, p. 385 et s.

[989] Sur ce point, voir par exemple, M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, p. 90. Certes les parties peuvent toujours prévoir des limitations « simples », qui ont effet uniquement *inter partes*. Sur ce point voir not. K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, pp. 164-165 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 953, p. 732.

[990] V. *infra* n° 227.

[991] Sur ce point, A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008, p. 13 : « In principle, the parties to a licence agreement are free to determine the content, scope, and any other provisions of the agreement. In particular, restrictions regarding field-of-use, period of use, and territory etc. are permissible. » *Cf.* aussi S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 6, parlant de « temporary transfers of some of the rights of the patentee », ce qui revoit aux limitations temporelles et substantielles d'une licence de brevet limitée.

[992] V. *supra* n° 21.

des pouvoirs et modes d'exploitation prévus expressément par la loi auront un effet *erga omnes*[993]. De même, en droit des marques hellénique, en l'absence de précision expresse dans le texte légal, il demeure toujours incertain de savoir si une licence peut valablement être limitée quant aux prérogatives du droit sur la marque, telles que prescrites par l'article 125 loi 4072/2012[994]. Ajoutons que le droit britannique des marques considère que l'énumération des limitations de l'article 28§1 TMA est indicative[995]. D'après cette interprétation de la disposition légale, des limitations temporelles sont envisageables. Or, une telle approche se concilie mal avec la jurisprudence de la CJUE[996].

c.- Les problèmes liés à l'absence de définition de la cession en droit d'auteur français.

189.- Le terme de cession, *nomen* du type contractuel primordial en droit contractuel d'auteur français se caractérise par une imprécision notable[997]. En effet, le législateur ne définit pas ce type de contrat. Plus précisément, la loi ne précise pas quelle est effectivement la nature de cette transaction et, de manière subséquente, quelle est la nature du droit du cessionnaire[998]. Cette

---

[993] En ce sens G. KOUMANTOS, *Droit d'auteur,* 8e éd., Ed. Sakkoulas, 2002, p. 214.

[994] Il s'agit de savoir si des licences de production/apposition, de distribution, ou d'exportation sont envisageables en droit grec. En faveur de ce type des limitations, M.-Th. MARINOS, « La délimitation contractuelle des prérogatives en droit des marques- en même temps quelques remarques sur l'interprétation de la licence d'utilisation d'une marque », *DEE*, 6/2005, p. 660 et s. et not. p. 662 (analyse sous l'ancien droit). Voir cependant, M.-Th. MARINOS, « Le nouveau droit des marques (articles 121 et s., loi 4072/2012) : une première introduction, *EllDni*, n° 2, 2012, p. 339, pour qui l'énumération des limitations envisageables au sein de l'article 132§2 est exhaustive. Comp. l'art. 28§1 (b) TMA.

[995] Voir le texte de l'article 28 TMA : « In particular… » Voir en ce sens, C. MORCOM, A. ROUGHTON, S. MANYNICZ, *The modern law of trade marks*, 3e éd., LexisNexis, 2008, n° 11.9, p. 298, note n° 1 : « These words appear to be intended to have the same meaning as the Latin term '*inter alia*', thus indicating that other kinds of limited licence are possible. » ; S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 34 ; L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 963.

[996] V. *supra* n° 149.

[997] V. sur ce point M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur,* 2e éd., Dalloz, 2013, n° 640, p. 534 : « Le CPI est ici d'une bien critiquable *imprécision*. » et *ibid.* n° 823, p. 673) : « Mais on sait que le vocabulaire du législateur est remarquablement imprécis. » ; M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GLN Joly, 1995, n° 7, p. 29 ; A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2011, n°112.18, p. 111, parlant d'une « situation confuse » ; N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 64, p. 64 : « L'usage malheureux du terme de cession » ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 939, p. 576 : « […] il n'y a de prime abord pas d'obstacle à dépasser la terminologie *probablement maladroite et involontaire* de la loi […] » ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 29, p. 34 : « Tel qu'il figure dans la partie du CPI relative à la propriété littéraire et artistique, le concept de la cession demeure pourtant, aujourd'hui encore, empreint d'un certain « flou juridique ». » ; L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 84, parlant de « maladresse de plume ».

[998] En ce sens, B. MONTELS, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en France » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, *op. cit.*, p. 507 s. et not. p. 508.

imprécision concernant la définition du contrat de cession a provoqué une vive controverse en doctrine française[999]. Nous pouvons dégager trois thèses différentes.

i.- La thèse de la cession, terme générique.

190.- Certains auteurs considèrent que l'utilisation du terme cession par le législateur n'est pas significative et qu'elle est le résultat d'une négligence quant à la détermination de la nature du droit du cessionnaire. Ceci s'explique par le fait que le législateur français de 1957 a donné priorité à la question de la protection de l'auteur dans le cadre de la mise à disposition de son droit et n'a pas jugé important de préciser la nature du droit transmis au cocontractant de l'auteur[1000]. Ceci étant, il n'est pas nécessaire de s'attacher à la qualification légale de cession[1001]. De la sorte, le terme de cession doit être considéré comme un terme générique[1002]. En tant que terme générique, la cession est censée couvrir toute opération relative à la transmission[1003] des droits patrimoniaux du droit d'auteur. C'est sur cette base qu'une partie de la doctrine admet expressément[1004], ou, au moins

---

[999] Pour l'affirmation de l'existence de cette controverse, v. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 35, p. 36 : « Or, les auteurs sont divisés quant à l'existence de cette dichotomie en droit d'auteur. » Pour une présentation de la controverse en question v. A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 639, p. 557 et les références y citées.

[1000] En ce sens, not. B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 96, p. 146 : «[Le législateur de 1957] ne s'est préoccupé *que d'assurer la protection des créateurs* et n'a pas jugé utile de préciser la véritable nature juridique du droit des titulaires subséquents. » ; H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3e éd., 1978, n° 492, p. 608 ; N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 65, p. 65 ; M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 16, p. 32. Rappr. G. VERCKEN, « Nouvelles relations de production, pratiques contractuelles en évolution », *in* F. LABADIE, F. ROUET (sous dir, de), *Travail Artistique et économie de la création, Ministère de la culture et de communication*, collection Questions de culture, 2008, p. 153.

[1001] V. not. B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 89, p. 140 et not. n° 97, p. 147.

[1002] En ce sens, v. not. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 281, p. 244 : « Le terme de cession est utilisé de *manière générique* par le CPI et vise toutes les opérations ayant pour objet les droits patrimoniaux de l'auteur, qu'elles réalisent un véritable transfert de propriété ou une simple mise à disposition des droits. » ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 940 : « L'emploi du terme de cession est-il au fond *assez indifférent* (il est parfois remplacé par le mot « autorisation »), car déconnecté du concept de vente : il recouvre toutes les formes d'autorisation d'exploiter, dont l'étendue peut être extrêmement variable […] » ; M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 16, p. 32 : « L'emploi du terme de cession par le législateur est-il *significatif* ? Il est permis *d'en douter* […] [nous soulignons]»

[1003] Dans ce sens, la cession se rapproche du concept neutre de la « transmission de droit<transmission de la maitrise économique » qui peut correspondre tant à une aliénation qu'à une simple mise à disposition de celui-ci. Comp. l'art. L. 131-1 CPI parlant de « la transmission des droits de l'auteur… ».

[1004] V. en ce sens, not., H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3e éd., 1978, n° 491 ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 640, p. 537 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd. Litec 2012, n° 398 ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd., LGDJ, 2012, n° 959, p. 675 : « Le contrat de concession, ou contrat de licence, constitue la convention phare de la propriété intellectuelle » et *ibid.* n° 961, p. 676 : « Tous les biens intellectuels sans exception, quel que soit leur régime d'appropriation, peuvent faire l'objet d'une concession. » ; J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, n° 11113, p. 64 : « Certes on y conçoit parfaitement la possibilité d'une cession, translative de propriété et donc définitive, dans ses effets, différente de

n'est pas hostile[1005] à l'existence des licences à côté des cessions proprement dites en matière de droit d'auteur. En réalité, c'est l'opinion majoritairement soutenue en droit d'auteur français[1006] et elle semble avoir les faveurs d'une partie de la jurisprudence ainsi que du législateur contemporain[1007].

ii.- La théorie du démembrement.

191.- Pour une autre partie de la doctrine, la cession en droit d'auteur devrait être perçue comme un type de démembrement (subdivision) contractuel du droit de propriété intellectuelle[1008]. Cette théorie est fondée sur le constat que le droit d'auteur se démembre à l'infini et à volonté[1009]. Sur cette base, il est possible d'admettre que tout contrat d'auteur est un contrat réel, puisqu'il emporte le démembrement du droit exclusif à portée variable, selon les modalités convenues par les parties

---

la concession, qui ne fait qu'attribuer un droit de jouissance à son bénéficiaire. » ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 5e éd., 2004, n° 149 : « ce droit, l'auteur peut le transférer à autrui par une cession [… ou] se contenter de permettre à un tiers de jouir momentanément de l'œuvre, par voie d'une concession qui s'apparente au louage. » ; *ibid.* dans la 6e édition (p. 572), parlant de « respect des dispositions essentielles du CPI sur les cessions ou concessions de droits pécuniaires » ; A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2011, n° 112.21, p. 112 ; A. MAFFRE-BAUGE, « Droit d'auteur. Exploitation des droits. Dispositions générales », *JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique*, Fasc. 1310, n° 4 ; L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 84. V. également les références citées par S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, p. 33, note n° 2.

[1005] V. A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 630, p. 557 s. ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 939, p. 576 : « il n'y a de prime abord pas d'obstacle à dépasser la terminologie *probablement maladroite* et *involontaire* de la loi, pour reconnaître la coexistence de cessions et de licences ou concessions. » ; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 161, p. 145 ; A. LUCAS, « Droit d'auteur. Exploitation des droits. Dispositions spécifiques à certains contrats. Contrat d'édition », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1320, n° 4 ; B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 96, p. 146 ; J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, n° 11113, p. 65 : « En 1957, le législateur n'a pas voulu consacrer la dichotomie entre cession et concession, qui existe néanmoins par *la force des choses* […] » ; B. MONTELS, « Contrats de production et d'exploitation des œuvres audiovisuelles », *JurisClasseur Communication*, Fasc. 6085, n° 22 ; P. PLAISANT. « Propriété littéraire el artistique », *Jurisclasseur*, fasc. 320, p. 14. n. 48 et s. : « à tout prendre, la loi de 1957 ne réglemente pas [les licences] mais ne les interdit pas. » ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 30, p. 34 s. Toutefois, v. B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, n° 444, p. 201 : « [il n'y a pas d'] allusion à une quelconque possibilité de concéder une licence […] ».

[1006] V. toutefois A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 630, p. 557 : « la jurisprudence ne la prend pas davantage en compte, et la doctrine quand elle aborde la question fait preuve d'une grande circonspection ».

[1007] V. *supra* n° 190 et n° 31 sur l'admission des licences en jurisprudence et la consécration légale du contrat de concession dans le cadre du Code du cinéma et de l'image animée.

[1008] En ce sens, surtout A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 631, p. 560 s. *Cf.* F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, Montchrestien, 1999, n° 1249, p. 741, faisant référence à cette opinion doctrinale.

[1009] Sur ce point, v. not. A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 631, p. 560 : « Plutôt que de focaliser l'attention sur l'introuvable frontière entre cession et licence, il nous paraît plus fructueux de mettre l'accent sur l'idée que le monopole d'auteur se démembre à volonté […] »

dans le contrat[1010]. Sur cette base, la cession devrait être interprétée comme l'appellation d'un type de contrat d'exploitation à caractère univoque, qui permet le démembrement volontaire à effet absolu du droit d'exploitation d'auteur[1011].

iii.- La thèse de la cession, modèle unique et original du droit d'auteur.

192.- Enfin, pour une autre partie de la doctrine, dont le représentant principal est M. Gaudrat, l' « obstination » du législateur à utiliser le terme de « cession » est une décision délibérée et représente une construction légale « parfaitement cohérente et adaptée »[1012]. Plus précisément, en fonction de cette approche, la cession en droit d'auteur constitue un « modèle original, autochtone et traditionnel » qui se distingue des modèles d'exploitation des droits de propriété industrielle. Cette approche est basée sur l'acception que le droit d'auteur, et plus précisément, le droit d'exploitation est inaliénable[1013]. Ceci étant, le droit d'auteur ne pourrait faire que l'objet de concessions des droits d'utilisation. Sur cette base, le modèle véritable et unique[1014] de l'exploitation du droit d'auteur correspond à une « concession construite sur une cession », portant sur des « droits-autorisations ». Effectivement, la cession à laquelle le législateur du CPI fait référence est la cession des « droits-autorisations »[1015].

192*bis*.- L'analyse précédente démontre qu'en l'absence de définition légale expresse, les contours du contrat de cession en droit d'auteur français se caractérisent par un flou considérable, aux conséquences négatives importantes. D'une part, l'imprécision de la définition du contrat de cession menace la transparence de la catégorisation des contrats d'exploitation. Effectivement, les

---

[1010] Comp. F. COLLART-DUTILLEUL, « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », *RDC*, 01 avril 2006, n° 2, p. 604, n° 3, pour qui « cession et licence sont plus ou moins translatives ».

[1011] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 665, p. 352, décrivant la théorie du démembrement : « On pourrait aussi adopter une vision toute différente, que peut suggérer l'emploi du seul terme de cession par le droit d'auteur pour couvrir les aliénations et les licences : on serait alors tenté de n'y voir que des contrats réels, emportant démembrement plus ou moins poussé du monopole d'exploitation. » *Adde* C. NEIRAC-DELEBEQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, th. Montpellier, 1999, n° 537, qui considère que le droit acquis par l'exploitant est un droit réel distinct de la propriété de l'auteur et admet ainsi la possibilité de constituer des droits réels en cédant les droits d'exploitation ; déjà J. LARDEUR, *Du contrat d'édition en matière littéraire*, Arthur Rousseau 1893, p. 49, et 50, pour qui l'éditeur apparaît comme une sorte d'usufruitier qui a acquis un simple droit de jouissance mais qui s'en tient cependant à une qualification *sui generis* de droit réel de jouissance et partant du contrat d'édition.

[1012] Ph. GAUDRAT, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD Com.*, 2009, p. 323, n° 8 ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, p. 330, note n° 2 : « la terminologie législative correspond parfaitement au système proposé ».

[1013] En ce sens, Ph. GAUDRAT, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD Com.*, 2009, p. 323, n° 59 et *sq.* ; Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique (2o droits des exploitants) », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz 2007, not. n° 17, p. 5, parlant de « pseudo cessibilité » du droit d'exploitation.

[1014] La *summa divisio* entre cession et concession ne pourrait jamais être transposée en matière de droit d'auteur, exception faite pour le droit d'auteur sur le logiciel, voir Ph. GAUDRAT, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD Com.*, 2009, p. 323, n° 87.

[1015] C'est dans ce sens qu'il est possible d'accepter l'existence d'une *cession (d'un « droit-autorisation ») non exclusive* v. not. S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 466, p. 320.

interprétations doctrinales de la cession sont extrêmement variables et hétérogènes. L'imprécision de la cession est également une raison pour la réception mitigée de cette dénomination contractuelle en pratique. Par ailleurs, le concept ambigu de la cession du droit d'auteur se concilie mal avec le concept de cession du droit civil français. Plus précisément, les articles L. 132-8 et l'article L. 132-24 du CPI font allusion à la cession *des droits patrimoniaux non exclusive* (nous soulignons) en matière de contrat d'édition et de contrat de production audiovisuelle. De manière similaire, l'article L. 132-6 du CPI fait allusion à une « cession à titre exclusif ». Or, en droit civil français, une cession par définition, ne peut être qu'exclusive[1016]. De manière similaire, la cession temporaire (limitée temporellement) prévue par l'art. L. 131-3 du CPI[1017], se concilie mal avec le concept de la cession en principe irrévocable du droit civil français[1018].

Ajoutons que l'imprécision qui caractérise la définition du type contractuel principal du droit d'auteur français pose des problèmes de compatibilité avec les types contractuels prévus au sein de l'acquis communautaire. Plus précisément, la question annexe de savoir si les concessions sont couvertes par le concept de cession du droit d'auteur engendre des problèmes d'adaptabilité avec la reconnaissance des cessions et des concessions (licences) au sein de l'acquis communautaire. C'est effectivement sur cette base et en vue d'une harmonisation de la matière des contrats d'auteur au niveau européen, que certains auteurs militent en faveur de la *diversification des qualifications* légales en droit d'auteur, à travers la reconnaissance légale de la concession à côté de la cession[1019].

En somme, les définitions des catégories contractuelles spéciales établies en droit des contrats d'exploitation sont très souvent problématiques. L'absence de définitions ou l'imprécision de leurs

---

[1016] En ce sens v. not. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 64, p. 64 ; Ph. GAUDRAT, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD Com.*, 2009, p. 323 et s., n° 76 : « Si la cession était bien une cession civiliste portant sur un droit exclusif, l'exclusivité serait de droit […] » et Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique (2° droits des exploitants) », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz 2007, n° 16, p. 5 : « si son objet est le droit d'exploitation comment pourrait-elle ne pas entraîner l'exclusivité du cessionnaire? ».

[1017] V. *supra* n° 34.

[1018] V. sur ce point R. LIBCHABER, « Une cession temporaire d'usufruit ? », *Defrénois*, 2008, n° 15, p. 1656 s., parlant de l'impossibilité d'une cession temporaire en droit français.

[1019] Ch. GEIGER, « Synthèse-Thèses dégagées. Les aspects contractuels du droit d'auteur » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, « le droit des affaires », t. 29, Litec, 2007, p. 521 s. not. p. 522 : « Afin de faciliter une harmonisation européenne, il serait souhaitable de reconnaitre, à côté de la cession (seul terme utilisé dans le Code français de la propriété intellectuelle), la concession de droit d'auteur (licence) n'opérant aucun transfert de propriété au profit de l'exploitant. Ces différentes qualifications contractuelles existent dans de nombreux pays européens et sont reprises dans de nombreux textes communautaires. » ; B. MONTELS, « Chron. Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique* n° 6, Juin 2010, chron. 6., n° 19, parlant de « l'intérêt de diversifier la qualification juridique des conventions portant sur les droits d'auteurs, qu'une partie de la doctrine souhaite réduire à la cession (partielle) alors que l'on est souvent en présence de *concession, i.e. de licence* en matière de droit de la propriété intellectuelle » ; B. MONTELS, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en France » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe, op. cit.*, p. 507 s. et not. pp. 508-509.

contours est à l'origine des controverses et des ambiguïtés qui menacent la consistance et la visibilité de la catégorisation des contrats d'exploitation au sein des systèmes juridiques nationaux et renforcent l'insécurité juridique des parties. De ce point de vue, les catégories contractuelles des droits nationaux sont parfois imparfaites. Par la suite, nous verrons que l'imperfection des catégories contractuelles ne concerne pas uniquement ses définitions mais aussi la détermination de leurs éléments essentiels.

2°.- Les problèmes liés à l'absence de précision des éléments essentiels des catégories contractuelles.

193.- L'imprécision des *essentialia negotii* des catégories contractuelles spéciales des contrats d'exploitation. L'examen du cadre juridique actuel démontre que, souvent, les lois spéciales en matière de propriété intellectuelle s'avèrent passablement succincts quant à la précision des éléments essentiels (les *essentialia negotii*) des types contractuels qu'elles établissent[1020]. En l'absence de précision légale des éléments essentiels d'une catégorie des contrats d'exploitation, deux séries de problèmes émergent : d'une part, il n'est pas certain de savoir les éléments *sine qua non* d'un contrat d'exploitation que les parties ne peuvent pas modifier. D'autre part, connaître le contenu obligationnel d'un contrat d'exploitation n'est pas assuré en l'absence de stipulation expresse des parties dans leur contrat. Ce problème est considérable pour deux obligations relatives au cocontractant, l'obligation de paiement d'un prix et l'obligation d'exploiter le droit transmis. Nous allons étayer cette affirmation en exposant quelques exemples issus des droits nationaux examinés.

a.- L'obligation de paiement d'un prix est-elle un élément essentiel du contrat d'exploitation ?

194.- Les contrats d'exploitation sont le plus souvent des contrats onéreux. En effet, les parties prévoient à la charge du cocontractant une obligation de paiement d'un prix. Cependant, les lois nationales examinées ne précisent pas expressément si cette obligation est un élément essentiel des catégories spéciales des contrats d'exploitation. Ainsi, en ce qui concerne le droit d'auteur, la loi grecque no 2121/1993 n'établie pas clairement si l'obligation de paiement d'un prix est un élément

[1020] Voir en ce sens, d'un point de vue de droit d'auteur français, S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 124, p. 93: « La loi spéciale ne précise pas toujours explicitement le contenu obligationnel des contrats d'auteur. » ; d'un point de vue de droit britannique de propriété industrielle, v. G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 176 : « Apparemment absentes des textes spécifiques du droit de la propriété industrielle, les obligations des parties […] ».

essentiel des catégories contractuelles spéciales, à savoir les contrats et licences d'exploitation, consacrées par l'art. 13§§1 et 2 loi 2121/1993. De même, le texte de l'art. 32§1 (loi 2121/1993) ne permet pas non plus de déduire que l'obligation de paiement d'un prix est un élément essentiel des contrats et licences d'exploitation. En fait, il n'est pas certain que cette disposition se limite à préciser uniquement la forme du prix « que le cocontractant *doit* [nous soulignons] acquitter à l'auteur pour les actes juridiques qui concernent […] la concession d'une licence du droit patrimonial ou de certaines prérogatives attachées à celui-ci» lorsque le paiement d'un prix a été prévu par les parties[1021] ou si effectivement le cocontractant *doit* acquitter un prix à l'auteur pour actes juridiques qui concernent […] la concession d'une licence du droit patrimonial. Ceci dit, la question de savoir si l'obligation de paiement d'un prix est un élément essentiel des catégories spéciales des contrats d'exploitation en droit d'auteur grec reste toujours ouverte[1022]. La question présente un intérêt pratique dans l'hypothèse où les parties n'ont rien prévu à propos du prix dans leur contrat.

De manière similaire, il n'est pas aisé de savoir si l'obligation de paiement d'un prix est une obligation essentielle de la cession de droit d'auteur français. D'un coté, la reconnaissance légale expresse des cessions gratuites (art. L. 122-7 al. 1er)[1023] permet d'assumer que l'obligation de paiement d'un prix n'est pas un élément essentiel du contrat de cession en droit d'auteur français. Cependant, le caractère impératif de la participation proportionnelle de l'auteur aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation dans le cadre de toute cession (au moins primaire) (L. 131-4 al. 1er et 2e) semble rendre l'obligation de paiement d'un prix un élément essentiel de la cession. Certes, la jurisprudence française a posé la règle selon laquelle la gratuité des cessions doit être basée sur un consentement éclairé de l'auteur[1024]. Cependant, l'application de cette règle n'a pas été toujours homogène[1025]. La doctrine quant à elle reste divisée sur le caractère impératif ou

---

[1021] En ce sens, A. DESPOTIDOU, « Article 32 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 637 et s. et not. n° 3, p. 640. Comp. G. KOUMANTOS, *Droit d'auteur,* 8e éd., Ed. Sakkoulas, 2002, p. 191, note n° 458. En faveur de cette interprétation milite également le fait que certaines licences libres qui ne mettent pas une obligation de paiement de prix à la charge du licencié, telles que les licences *creative commons,* ont pu être qualifiées de licences d'exploitation au sens de l'art. 13§2 par la doctrine.

[1022] Certes, en doctrine, il est admis que les licences d'exploitation peuvent être conclues à titre gratuit. V. *supra* n° 23, surtout à propos des licences libres.

[1023] Sous la condition posée par la jurisprudence concernant le consentement éclairé pour la gratuité de la cession. Sur ce point, v. *supra* n° 37.

[1024] V. Th. CHIOU, « On royalties and transfers without (monetary) consideration: Looking for the 'magic formula' for assessing the validity of remuneration clauses of copyright transfers under French Copyright law », (Remarks under the light of the decision of the French Supreme Court, 1st Civil Chamber, 1 December 2011, case No. 09-15779), *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 44, n° 5, 2013, pp. 585-598 et not. p. 590 et les références citées.

[1025] Par exemple, pour certains arrêts, la référence à un prix suffit pour exclure l'existence d'un consentement éclairé. En ce sens, v. TGI Paris, 3e Ch., 30 novembre 1999, *RIDA*, 2000, p. 435 ; *Comm. com. électr.*, comm. 2001, p. 87, note

supplétif de l'art. L. 131-4 du CPI[1026]. Sur cette base, l'aménagement contractuel de l'obligation de paiement d'un prix peut s'avérer problématique en droit d'auteur français[1027].

La question de savoir si l'obligation du paiement d'un prix est une obligation essentielle des contrats d'exploitation se pose également lorsque les lois spéciales ne contiennent pas de réglementation particulière relative à la rémunération du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle[1028]. En effet, en l'absence de réglementation particulière et en vertu du principe de la liberté contractuelle, les parties ont en principe toute latitude de déterminer la question de l'existence, du caractère (monétaire ou autre) et des modalités du prix[1029] d'un contrat

---

C. Caron ; CA Paris, 25 juin 2003, *RIDA*, 2004, No. 199, p. 246. D'autres acceptent la validité des cessions partiellement gratuites à condition que le consentement de l'auteur soit éclairé, v. CA Paris, 4e Ch., B, 10 décembre 2004, *Librairie Éditions L'Harmattan* c./ *Tisserand*, *Propr. Intell*, No. 15, 2005, p. 176, note A. Lucas.

[1026] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8e éd., 2012, n° 485, p. 500 : « [L]'Art. L. 131-4, outre qu'il nécessite d'être interprété, semble un texte moins impératif que supplétif. […] Il ne faudrait pourtant pas que trop de rigidité se retourne contre les auteurs, ce qui serait un paradoxe. » *Contra* Ch. CARON, « Toujours la question de la gratuité dans le contrat d'édition », 3, *Communication Commerce électronique*, comm. 40, 2006, note sous CA Paris, 4e ch., B, 25 novembre 2005, SNAC et SGDL *v.* SA librairie éd. L'Harmattan, à propos des contrats d'édition : « Il est classique de considérer que la rémunération est d'ordre public. Certes, il est possible de constater que l'Art. L. 122-7 évoque la cession à titre gratuit. Mais il s'agit-là d'une règle générale. Or, il est possible que les dispositions relatives au contrat d'édition y dérogent et que le droit spécial l'emporte ici sur la règle générale. »

[1027] Voir par exemple l'arrêt Cass. 1e civil, 1 décembre 2011, *Jurisdata* No. 09-15779. Sur l'ensemble de la question v. Th. CHIOU, « On royalties and transfers without (monetary) consideration: Looking for the 'magic formula' for assessing the validity of remuneration clauses of *copyright* transfers under French Copyright law », (Remarks under the light of the decision of the French Supreme Court, 1st Civil Chamber, 1 December 2011, case No. 09-15779), *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 44, n° 5, 2013, pp. 585-598.

[1028] Le développement suivant concerne donc toutes les branches du droit britannique (à propos du droit d'auteur britannique, B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur : <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 131 : « Neither the CDPA nor the Irish […] contain any provision regulating the amount of remuneration to be paid to authors or performers. »), et le droit contractuel de la propriété industrielle en Grèce, France et Allemagne. La similitude du problème permet une présentation synthétique.

[1029] Sur cette base le prix peut prendre formes variables. V. sur ce point en droit des brevets grec M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, p. 121 s. (prix forfaitaire) ; M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, p. 123 s., (prix proportionnel) ; K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 168 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 968, p. 740 (combinaison de forfait et rémunération proportionnelle-minimum garanti). De même, la contrepartie peut être non monétaire (par exemple, la concession d'une licence de la part du licencié-*cross licensing*). En ce sens, K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 168 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 968, p. 739 ; M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, pp. 118-119. En matière des licences de marques en droit grec v. V. M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 556, p. 254, pour qui le prix peut correspondre soit à un prix forfaitaire, soit à un prix proportionnel, soit une combinaison des deux formes.

En droit des brevets français, v. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd., LGDJ, 2012, n° 964, p. 678 (se référant à l'ensemble des licences des droits de propriété intellectuelle) ; Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 96 ; J. SCHMIDT, « Les contrats d'exploitation de brevets en droit privé », *in* INSTITUT DE FRANCE, *Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention*, Actes de colloque, Paris- 10 mars 2005, Lavoisier, 2006, p. 17 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 701, p. 369, parlant de minimum de redevances garanti au concédant. ; en matière des licences des marques v. not. les développements sous C. GUTHMANN, « Licence de marque - Formules. Conseils pratiques », *JurisClasseur Marques et dessins et modèles*, Fasc. 7402, article 9.- Rémunération de la licence et modalité de paiement, se référant aux différentes modalités de paiement.

d'exploitation selon leur gré. Ceci étant, la question se pose de savoir si les catégories contractuelles des contrats d'exploitation établies par les lois spéciales du droit de la propriété intellectuelle sont susceptibles d'appréhender toutes les variations des contrats d'exploitation envisageables par les parties[1030] et si une obligation de paiement d'un prix incombe obligatoirement au cocontractant d'un contrat d'exploitation, même en l'absence de stipulation de prix dans le contrat. En l'absence de précision légale, la question est parfois[1031] controversée en doctrine. Ainsi, en Grèce, pour certains auteurs, l'obligation de paiement d'un prix constitue un élément essentiel des contrats d'exploitation et, plus précisément, des licences[1032], alors que pour d'autres, la présence ou

---

En droit d'auteur britannique, v. B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur : <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 131 : « The parties are thus free to determine for themselves the amount and mode of calculation of the remuneration. »; en matière des licences de brevets en droit britannique, v. W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, n° 7-25, p. 307, pour qui le prix peut être forfaitaire, proportionnel ou une combinaison des deux. Dans l'hypothèse du prix proportionnel, une clause de minimum de redevance est envisageable, *ibid*. n° 7-28, p. 287 ; W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, n° 7-29, p. 309.

[1030] Comp. sur ce point Cass. Com., 5 janvier 1983, *Juris-Data* n° 001019, *Bull. civ.* IV, n° 1, p. 1, *JCP* G, 1984.II.20182, obs. M. Vivant : « C'est avant tout une question de langage de même qu'est une question de langage le fait de savoir si la licence est toujours conclue à titre onéreux ou si elle peut l'être à titre gratuit. »

[1031] Il y a des hypothèses où la question reçoit une approche unanime en doctrine. En droit français il est généralement admis que les licences peuvent être soit onéreuses (le plus souvent) soit gratuites. Ceci dit, l'obligation de paiement d'un prix n'est pas un élément *sine qua non* du contrat de licence. En ce sens, voir N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd., LGDJ, 2012, n° 964, p. 678, parlant des *licences gracieuses* ; en matière des licences de brevets en droit français, voir Cass. Com., 5 janvier 1983, *Juris-Data* n° 001019, *Bull. civ.* IV, n° 1, p. 1, *JCP* G, 1984.II.20182, obs. M. Vivant : « Il y a ensuite la mise du brevet à la disposition d'un tiers à titre gratuit qui est un contrat de prêt à usage ou commodat, *qu'on peut ou non, comme on le souhaite*, qualifier de licence. » ; Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 27 et n° 98 : « La contrepartie est indirecte. Il peut s'agir pour le titulaire du brevet d'un moyen de tester le marché ou de favoriser le développement de perfectionnements ou d'amélioration. » et *ibid.*, n° 95 : « La licence est généralement conclue à titre onéreux. » ; J. SCHMIDT, « Les contrats d'exploitation de brevets en droit privé », *in* INSTITUT DE FRANCE, *Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention*, Actes de colloque, Paris- 10 mars 2005, Lavoisier, 2006, p. 17 et note n° 56 « […] la rareté pratique de cette hypothèse permet de la considérer comme négligeable. » ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 701, p. 369 ; J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, p. 697, note n° 101. En matière des licences des marques en droit français, v. C. GUTHMANN, « Licence de marque - Formules. Conseils pratiques », *JurisClasseur Marques et dessins et modèles*, Fasc. 7402, article 9.- Rémunération de la licence et modalité de paiement : « La licence peut être consentie à titre gratuit ou contre paiement de redevance, cas le plus fréquent dans la pratique. […] La licence concède à titre gratuit est rare, sauf dans le cas où la licence est concédée à des sociétés appartenant au même groupe que le donneur de licence. » ; moins directement J. PASSA, *Traité de la propriété industrielle*, 2e édition, Tome 1, L.G.D.J., 2009, n° 400, p. 565. Comp. CA Paris, 19 février 1999, *Ann.Propr.Ind.*, 1999, III, p. 267 (il importe peu qu'une licence ait été consentie pour 1F ; le prix de la licence n'affecte pas la validité du contrat).

Comp. en matière des licences des brevets en droit britannique W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, n° 7-25, p. 307 : « Unless for some reason the licence is to be free… ». Comp. L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 572, se référant aux « open licences, allowing subsequent researchers to use patented material on condition that they apply similar terms to any improvements. » Voir toutefois v. N. WILKOF, D. BURKITT, *Trade Mark Licensing*, 2e éd., Sweet & Maxwell, 2005, n° 16-14, p. 398 en matière de licences de marques en droit britannique : « The main obligation of the licensee is the payment of the agreed royalties and the obligations to provide full information on the licensed sales, which usually serve as the basis for the royalties due. »

[1032] En ce sens, en matière de brevets d'invention, v. E. PERRAKIS, N. ROKAS, *Introduction au droit commercial*, Nomiki Vivliothiki, 2011, n° 14, p. 405. Aussi en droit grec des marques, en faveur du caractère essentiel de

l'absence de prix n'affecte pas la qualification du contrat[1033]. Une controverse similaire est à relever également en droit d'auteur britannique[1034].

Les illustrations précédentes démontrent que la question du caractère essentiel de l'obligation de paiement d'un prix dans un contrat de licence est ambigüe au sein de certains droits nationaux.

b.- L'obligation d'exploitation est-elle un élément essentiel du contrat d'exploitation ?

195.- La question de savoir si l'obligation d'exploitation est un élément essentiel des contrats d'exploitation est assez ambigüe dans plusieurs des lois spéciales examinées. Certes, parfois, la loi prévoit expressément et sans ambiguïté une telle obligation à la charge du cocontractant du titulaire du droit de la propriété intellectuelle dans le cadre d'un contrat d'exploitation nommé[1035]. De même, dans d'autres hypothèses, la précision de la structure des catégories contractuelles spéciales a été faite de manière homogène en doctrine et en jurisprudence même en l'absence de détermination expresse par la loi[1036]. Toutefois, assez souvent, il est douteux de savoir si une telle

---

l'obligation du paiement d'un prix, v. N. ROKAS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2004, n° 10, p. 143 et *ibid.* n° 14, p. 48. *Contra* moins directement M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 555, p. 254 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 677, p. 634 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 677, p. 551 ; A. PSARRAS, « Article 16 » *in* N. ROKAS, *Droit des marques*, Nomiki Viviliothiki, 1996, n° 16, p. 159.

1033 Moins directement v. K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 168 ; Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 244 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 968, p. 739 et *ibid.* n° 968, p. 740 ; M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, p. 75, note n° 4. Comp. l'article 12 §5 loi 1733/1987, selon lequel, « le breveté peut toujours déclarer auprès de l'OBI [Organisation de Propriété Industrielle] ».

1034 En droit d'auteur britannique, en faveur du caractère essentiel de l'obligation du paiement d'un prix, voir D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p. 113 : « [I]n return of this arrangement, the licensee will pay the licensor either by way of a lump sum, or by making royalty payments. » ; *ibidem* p. 114 : « a person who receives the copyright as a gift. » et *ibid.* pp. 115-116 : « Both an assignment and a licence agreement may provide for the payment of royalties, which *might be* thought of normally as being associated with a licence » ; P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, p. 298 : « A licence *can be* granted in return for the payment of a lump sum or royalties […] » *Contra* L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 265, à propos des licences simples, pour qui, elles peuvent être gratuites (gratuitous) et, indirectement, *ibid.* p. 268, à propos de licences *creative commons* : « Creative Commons licences are primarily useful tools for those who do not need remuneration from copyright (or at all). »

1035 Tel est le cas par exemple de l'art. 13§1 de la loi 2121/1993, selon lequel l'obligation d'exploitation est un élément essentiel du type de contrat d'exploitation consacré par cet article. Comp. aussi en droit d'auteur allemand l'art. 41§1 UhrG qui prévoit l'obligation générale d'exploitation à la charge d'un titulaire de droit d'utilisation exclusif. Voir aussi les règles propres aux contrats spéciaux consacrés dans la partie spéciale du droit contractuel d'auteur français et plus précisément l'art. 132-12 CPI en matière de contrat d'édition : « L'éditeur est tenu d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession. » Sur ce point, voir par exemple, H. DESBOIS, « L'obligation de publication et de diffusion des éditeurs de musique », *RIDA*, oct 1968, p. 163. Voir aussi l'art. L. 132-27 al. 1er CPI pour le contrat de production audiovisuelle : « Le producteur est tenu d'assurer à l'œuvre audiovisuelle une exploitation conforme aux usages de la profession. » Comp. aussi l'article L. 131-3 al. 4e CPI, à propos de la cession du droit d'adaptation d'une œuvre audiovisuelle, qui est plutôt une obligation de rechercher une exploitation.

1036 Tel est le cas de la licence d'exploitation des brevets d'invention en droit français, où il est généralement admis, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que l'obligation d'exploitation est un élément essentiel de toute licence, exclusive ou non exclusive. En ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 719, p. 375 et les arrêts y cités ; J.-J. BURST, « Licence de Brevets- Effets du contrat de licence –Fin du contrat de licence »,

obligation doit être considérée comme un élément essentiel des catégories contractuelles légales des contrats d'exploitation et donc être mise à la charge du cocontractant même en l'absence de clause expresse des parties[1037]. Le droit grec et français des contrats d'exploitation contiennent de bonnes illustrations de ce problème.

JurisClasseur Brevets, Fasc. 491, n° 70 : « Le licencié a, non seulement le droit, mais encore l'obligation d'exploiter. […] Le principe s'applique pareillement que la licence soit exclusive ou non exclusive, mais l'application doit être particulièrement rigoureuse dans le premier cas » ; Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 95 ; C. GUTHMANN, « Contrats d'exploitation », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4723, n° 76 et les arrêts y cités ; J. SCHMIDT, « Les contrats d'exploitation de brevets en droit privé », *in* INSTITUT DE FRANCE, *Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention*, Actes de colloque, Paris- 10 mars 2005, Lavoisier, 2006, p. 17 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007 n° 293, p. 116 s. : « [P]areille obligation est jugée essentielle dans la licence de brevet et s'impose au licencié même dans le silence du contrat sur ce point. » ; déjà, G.H.C. BODENHAUSEN, « L'obligation d'exploiter les brevets d'invention et ses sanctions », *P.I.*, 1950, p. 69. Comp. aussi N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 979, pp. 688, pour qui l'obligation d'exploitation est une « obligation maitresse » d'ordre public de toute concession en droit de la propriété intellectuelle.
Contra A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 630, p. 558 : « Quant à l'*intuitus personae*, il n'est pas de l'essence de la licence, non plus que l'obligation d'exploiter. »
En jurisprudence, voir par exemple, Cass. com., 16 mai 1961, *Bull. civ.*, III, n° 212 ; Cass. com. 4 nov. 1974, *Dossiers brevets*, 1975, V, n° 3 ; Cass. com., 5 janv, 1983, *JCP*, 1984, II, 20182, note Vivant ; *D.*, 1985, inf. rapides, p. 45, obs. Mousseron et Schmidt ; CA Lyon, 29 oct. 1986, *PIBD*, 1987, n° 405, III, p. 46 ; CA Paris, 2 juill. 1981, *Dossiers brevets*, 1982, V, 5 (la perte de l'exclusivité, sanction contractuelle d'une exploitation insuffisante, n'empêchait pas le concédant de demander la résolution du contrat pour non-exploitation).
Cette obligation trouve sa justification dans l'obligation du titulaire du brevet d'exploiter son droit, faute de quoi il pourrait être obligé de concéder une licence obligatoire. Sur ce point, J.-J. BURST, « Licence de Brevets- Effets du contrat de licence –Fin du contrat de licence », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 491, n° 70 : « Il se fonde, en grande partie, sur le fait que l'absence d'exploitation ou l'exploitation insuffisante expose le breveté à une licence obligatoire faute d'exploitation. » ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 719, p. 375 : « Cette obligation s'explique par le fait que le concédant a lui-même l'obligation d'exploiter son brevet et que les redevances qui lui sont dues sont liées à l'exploitation. » ; comp. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2010, n° 894, p. 560 et s.= N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd., LGDJ, 2012, n° 967, p. 687 s., se référant à la relation entre l'intérêt du public et l'obligation d'exploitation.
Certes, notons que le caractère impératif ou supplétif de cette obligation est controversé. En faveur du caractère impératif, v. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 977, p. 688 ; C. GUTHMANN, « Contrats d'exploitation », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4723, n° 75. *Contra* Cass. com. 17 nov. 1965, *Ann.* 1966, p. 287 ; P. MATHÉLY, *Le nouveau droit français des brevets*, LJNA, 1992, p. 332 ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, p. 686, note n° 146, reconnaissant que le caractère d'ordre public de l'obligation d'exploitation est discuté.
De manière similaire, en droit grec des marques, il est généralement admis que l'obligation d'exploitation (« obligation d'utiliser la marque », M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, p. 254) est un élément essentiel d'une licence d'utilisation exclusive (voir M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 557, p. 255 ; de manière plus explicite, A. PSARRAS, « Article 16 » *in* N. ROKAS, *Droit des marques*, Nomiki Viviliothiki, 1996, n° 33, p. 166) ou d'une licence comportant une rémunération proportionnelle au profit du concédant (M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 557, pp. 254-255).

[1037] Une clause expresse des parties sur ce point sera certainement d'une grande utilité. En ce sens, d'un point de vue de droit d'auteur britannique, L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 264 : « for the most part, the terms of a voluntary licence are up to the parties to choose. As such, terms will vary with the needs, capacities and wishes of the parties. » Toutefois, la question de savoir si l'obligation d'exploitation est d'ordre public ou pas reste controversée. Voir sur ce point *supra* note n° 1036.

i.- Obligation d'exploitation et licence d'exploitation exclusive en droit d'auteur grec.

196.- En Grèce, d'après l'art. 13§2 de la loi 2121/1993, la licence d'exploitation en droit d'auteur est un contrat purement permissif, ce qui exclut l'existence d'une obligation d'exploitation à la charge du licencié[1038]. Or, l'article 15§5 de la même loi, en dépit de la définition de l'art. 13§2, prévoit que le licencié exclusif devra « rendre l'œuvre accessible au public par la forme d'exploitation appropriée »[1039]. Cette maladresse législative laisse certainement une incertitude quant à la question de savoir si l'obligation d'exploitation est un élément essentiel de la licence d'exploitation exclusive du droit d'auteur[1040].

ii.- Obligation d'exploitation et cession de droit d'auteur français.

197.- Le CPI ne fournit pas de réponse claire et précise à la question de savoir si l'obligation d'exploitation constitue un élément essentiel de la cession du droit d'auteur. A l'heure actuelle, la question est très controversée en doctrine et en jurisprudence. Plus précisément, il a pu être soutenu que l'obligation d'exploitation devait être considérée comme un élément essentiel de toute cession de droit d'auteur[1041]. Selon une autre opinion, l'obligation d'exploitation n'est pas un élément

---

[1038] Voir *supra* n° 18.

[1039] Sur cette obligation v. *supra* n° 24.

[1040] V. en ce sens M. MARKELLOU, *Les contrats d'exploitation de droit d'auteur en droit comparé (Allemagne, France, Grèce)*, thèse Montpellier III, 2009, n° 464, p. 282 : « En Grèce, la lecture des dispositions sur ce sujet fait apparaitre l'ambiguïté rédactionnelle, qui crée inévitablement la confusion. »

[1041] En faveur de la généralisation de l'obligation d'exploiter, voir not. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8e éd., 2012, n° 473, p. 490 et note n° 4 : « Le contrat d'auteur est une vente (ou une entreprise) consentie avec charge d'exploitation pour le partenaire économique. Cette charge doit s'appliquer à l'ensemble des contrats portant sur les œuvres. » ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2006, n° 412 pp. 324-325 : « [le cessionnaire] doit exploiter l'œuvre, ce qui constitue une obligation fondamentale à sa charge. » ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd. Litec 2012, n° 416. Déjà J. MATHYSSENS, « Sanction de la lésion dans les contrats relatifs aux droits d'auteur », *RIDA*, n° XXV, oct. 1959, p. 87 s. et *idem*, « L'obligation de représentations des titulaires de droits exclusifs », *RIDA* n° LXXXIII, janvier 1975, p. 3 et s.

Pour certains auteurs, la généralisation de l'obligation d'exploitation est justifiée par le besoin de protection des intérêts moraux de l'auteur. V. en ce sens, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd., LGDJ, 2012, n° 976, p. 687, parlant des concessions : « L'obligation d'exploitation répond alors autant à l'intérêt des créateurs pour lesquels il est essentiel que leurs œuvres soient diffusées, qu'à celui du public. » ; H. DESBOIS, « L'obligation de publication et de diffusion des éditeurs de musique », *RIDA*, oct. 1968, p. 163 ; plus radical Ph. GAUDRAT, « Le point de vue d'un auteur sur la titularité » *in Le droit d'auteur aujourd'hui*, éd. du CNRS, 1991, p. 43 s. et not. p. 43 : « *le personnalisme du droit d'auteur* est la source du principe de spécialité et de l'obligation d'exploitation qui contrarient un dépouillement absolu et définitif de l'auteur. ». *Adde* B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 25, p. 47, citant M. Edelman, note sous Civ. 1re, 10 mai 1995, *D.* 1996, 155, spéc. n° 9 et s. : « cette créance [d'obligation d'exploitation] est de *nature mixte* puisqu'elle se présente comme un attribut patrimonial mais aussi comme une *expression du droit moral à la divulgation de sa création* [nous soulignons]. » Comp. Ph. ALLAEYS, « Le droit de divulgation est-il supra-patrimonial ? », note sous arrêt, Cass. 1re civ., 25 mars 2010, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1603.

Pour des considérations d'intérêt général, v. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd., LGDJ, 2012, n° 975 *sq.*, p. 686 s. : « Son origine est toujours située entre l'intérêt public et l'intérêt du créateur […] Impérative et légale, elle écarte toute exclusion conventionnelle, limitant l'autonomie de la volonté. L'obligation d'exploitation a pour fonction d'harmoniser cet antagonisme en proposant une contrepartie à l'appropriation des biens intellectuels. […] Cette obligation d'exploitation peut être qualifiée d'obligation d'ordre public. »

essentiel de toute cession[1042]. Ceci étant, il est possible de distinguer les cessions pures et simples[1043] et les cessions avec charge d'exploitation[1044]. La question est de savoir quand il y a une charge d'exploitation à l'encontre du cessionnaire en l'absence de stipulation expresse dans le contrat[1045]. La doctrine a proposé plusieurs critères[1046]. Ainsi, pour certains auteurs, la prévision d'une rémunération proportionnelle dans le cadre de la cession impose une obligation d'exploitation à la charge du cessionnaire[1047]. Pour d'autres, en revanche, l'existence d'une obligation

---

En jurisprudence, en faveur de la généralisation de l'obligation d'exploitation, voir Cass. Civ. 1re, 5 janvier 1970, *D.*, 1970, p. 281, note Breton.

[1042] V. not. M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 701, p. 590 : « À la vérité, rien ne permet de conclure de manière déterminante à l'existence d'une obligation générale d'exploiter dans les contrats d'auteur. Et cela est d'autant plus vrai qu'on croit à la liberté contractuelle. » ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 673, p. 595 s. ; M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 48, p. 57 ; B. MONTELS, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en France » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, *op. cit.*, p. 507 s. et not. p. 516 (qui est pourtant en faveur d'une obligation générale d'exploitation pour les cessions en droit d'auteur français) : « Il n'y a pas d'obligation générale d'exploitation, contrairement à ce qui est encore prévu expressément en droit allemand. » En jurisprudence, voir Cass. Com. 19 juin 1990, *D.*, 1991, p. 436, note P.-Y. Gautier.

[1043] Sur ce point, v. parmi d'autres J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, n° 11113, pp. 66-67 : « Ainsi encadrée, l'opération a pour effet de conférer au cessionnaire le monopole d'exploitation sur les droits transmis, et de priver à l'avenir le cédant de la possibilité de les faire fructifier, et d'en retirer le profit. » ; *ibid. eod loc*, note n° 63 : « Lorsqu'on est en présence d'une cession, il n'est pas rare que le cocontractant de l'auteur n'ait aucunement l'intention d'exploiter l'œuvre, et l'acquiert seulement afin de se réserver l'exclusivité de sont utilisation […] » et note n° 65 : « Tel est le but recherché par le cabinet d'architecte dans ses relations avec les dessinateurs qu'il emploie, par l'agence de publicité qui recourt à des créateurs pour concevoir les éléments d'une campagne, par l'entreprise qui s'adresse à une société de services pour mettre au point un logiciel dont l'usage doit lui donner un avantage décisif par rapport à ses concurrents…». Rappr. les cessions automatiques et les cessions légales des droits de propriété intellectuelle.

[1044] Comp. S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 174, p. 121, parlant de « cession-contrat d'exploitation ».

[1045] Compte tenu de l'incertitude qui caractérise la question, une stipulation expresse des parties sur ce point semble extrêmement recommandable. Comp. M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, p. 491, note n° 6= M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, p. 590, note n° 7 : « Et pratiquement il sera sage dans les contrats de prévoir et organiser une telle obligation si les parties l'ont en vue. »

[1046] Sur cette controverse v. A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 673, p. 575 ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 701, p. 590 ; M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 48, p. 57 s.

[1047] La proposition de ce critère se base sur l'argument selon lequel l'absence d'une charge d'exploitation rendrait l'obligation de paiement d'un prix proportionnel purement potestative. Sur ce point, voir par exemple A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 673, p. 596 ; H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3e éd., 1978, n° 492, p. 610 cité par M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 701, p. 590 : « Desbois dans une autre perspective, déduisait l'obligation du principe de la rémunération proportionnelle. Selon lui, faute de valorisation de l'œuvre, le contractant ne serait pas en mesure de rémunérer le créateur comme le législateur l'impose. » ; Ph. GAUDRAT, « Le point de vue d'un auteur sur la titularité », *in* I. de LAMBERTERIE, *Le droit d'auteur aujourd'hui*, éd. du CNRS, 1991, p. 43 et s. et not. p. 51 ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 183 *sq.*, p. 126 s. ; M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 205, p. 193 et note n° 637 ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 525 : « Lorsque le prix est fonction de la rentabilité de la chose vendue, l'acquéreur se trouve tenu de procéder à l'exploitation génératrice de profits. » *Cf.* N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd., LGDJ, 2012, n° 975, p. 686 : « […] elle est justifiée par deux éléments majeurs, la sauvegarde des droits de propriété et la rémunération du concédant […] ».

d'exploitation se justifie par le caractère exclusif de la cession[1048] ou par son caractère fiduciaire[1049]. L'analyse précédente démontre que la question du caractère essentiel ou pas de l'obligation d'exploitation dans le cadre d'une cession reste ouverte en droit d'auteur français.

iii.- Obligation d'exploitation et licence d'exploitation des brevets d'invention en droit grec.

198.- En Grèce, la question de savoir si l'obligation d'exploitation est un élément essentiel du contrat de licence d'exploitation en matière de brevets d'invention est très controversée en

---

De manière inverse, il a été soutenu que des cessions pures et simples ne pourraient exister qu'à forfait, S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 187, p. 131.
Contra A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 673, p. 575, pour qui l'obligation d'exploitation et la rémunération proportionnelle sont des éléments qui relèvent des préoccupations qui sont de nature différente. De même, des cessions à forfait ou même dépourvues de prix peuvent être accompagnées d'une obligation d'exploiter. Voir sur ce point S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 176, p. 122 et s.

[1048] Ce critère se base sur l'argument selon lequel l'absence d'une telle obligation à la charge du cocontractant exclusif paralyserait l'exploitation de l'œuvre de l'esprit en question. En ce sens, v. A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 673, p. 575, citant H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3e éd., 1978, n° 492, p. 610 ; Ph. GAUDRAT, « Le point de vue d'un auteur sur la titularité », *in* I. de LAMBERTERIE, *Le droit d'auteur aujourd'hui*, éd. du CNRS, 1991, p. 43 et s. et not. p. 51 : « A ces particularismes déjà notables du droit de la cession, il faut ajouter celui qui associe l'exclusivité à l'obligation d'exploiter. […] ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 976, p. 594 : « […] chaque fois que le cocontractant dispose d'une exclusivité (cession pure et simple ou licence exclusive), il lui incombe une obligation d'exploitation » ; B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 25, p. 47, à propos de la consécration de l'obligation d'exploitation à la charge du producteur d'une œuvre audiovisuelle : « En outre, pour que la diffusion de l'œuvre ne soit pas paralysée, le CPI impose une obligation d'exploitation au cessionnaire. *A contrario* l'absence d'exclusivité laisse le cessionnaire juge de l'opportunité de l'exploitation. » Comp. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd., LGDJ, 2012, n° 976, p. 687 : « On peut rencontrer un preneur de licence exclusive motivé par la seule ambition de *paralyser un bien intellectuel*, sans intention de l'exploiter. » *Contra* S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 178, p. 123.
Certes, les réserves émises plus haut, concernant la pertinence du concept de la cession exclusive, surtout d'un point de vue du droit civil français, valent *mutatis mutandis*. Voir *supra* n° 192.

[1049] V. en ce sens, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 7e éd., 2010, n° 262, p. 453 : « Enfin il est une particularité de la cession en propriété littéraire, exorbitante dans l'étude des contrats spéciaux : ce n'est pas parce que le cessionnaire acquiert régulièrement les droits qu'il pourra en faire ce qu'il voudra, en premier en n'exploitant pas et restant inerte ; il devra mettre l'œuvre en valeur : le contrat d'auteur est une vente (ou une entreprise) consentie avec charge d'exploitation pour le partenaire économique. À la vérité, les transferts de droit, en propriété littéraire et artistique, *sont pour la plupart d'essence fiduciaire*, le cédant conservant un *intérêt fondamental à la mise en valeur de la chose.* » ; B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, p. 57, note n° 129 ; B. MONTELS, « Contrats de production et d'exploitation des œuvres audiovisuelles », *JurisClasseur Communication*, Fasc. 6085, n° 10 pour qui « *la plupart* des cessions organisées par le législateur de propriété littéraire et artistique » présentent un caractère fiduciaire. Rappr. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 283, p. 245, liant le caractère fiduciaire avec le caractère temporaire du contrat d'exploitation « le fiduciaire se voit transmettre la propriété de biens, de droits ou de suretés pour une durée limitée, à charge de procéder, à l'issue d'un terme, à un nouveau transfert de propriété. » *Adde* B. MONTELS, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en France » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY, (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe, op. cit.*, p. 507 s. et not. p. 516 s., qui procède à la distinction entre exploitants « fiduciaires » et les « simples diffuseurs » qui se contentent à mettre l'œuvre à la disposition du public. *Contra* notamment S. S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n°s 518 et s.

doctrine[1050]. Plus précisément, pour une partie de la doctrine, l'obligation d'exploitation est un élément essentiel de toute licence d'exploitation des brevets d'invention[1051]. Selon cette approche, une obligation d'exploitation est à la charge du cocontractant, même en l'absence de stipulation expresse des parties. D'autre part, selon une approche doctrinale différente, en cas de silence des parties[1052], l'existence d'une obligation d'exploitation à la charge du licencié sera affirmée sur la base de certains critères, tels que[1053] le caractère exclusif de la licence[1054], le caractère total de la licence[1055] ou la stipulation d'un prix proportionnel[1056]. Il a pu aussi être soutenu que l'existence d'une obligation d'exploitation à la charge du licencié devra être dégagée par un examen cumulatif des critères susmentionnés[1057].

iv.- Obligation d'exploitation et licence de marque non exclusive en droit français.

199.- En France, en l'absence de précision légale des éléments essentiels d'un contrat de licence de marques, la question de savoir si l'obligation d'exploitation est un élément essentiel du contrat de licence d'exploitation non exclusive est controversée en doctrine comme en jurisprudence. Plus précisément, pour une partie de la doctrine, le licencié non exclusif est tenu d'une obligation

---

[1050] Sur ce point, voir not. M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, p. 134 et s. ; M.-Th. MARINOS, *Droit du brevet*, Sakkoulas, 2013, n° 7.56 s., p. 194.

[1051] En faveur de la généralisation de l'obligation d'exploitation, voir, M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, pp. 134-137 et les références y citées.

[1052] *A contrario*, M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, p. 134 ; *ibid*. p. 138 s. Comp. PERRAKIS E., ROKAS N., *Introduction au droit commercial*, Nomiki Vivliothiki, 2011, n° 14, p. 405 ; N. ROKAS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2004, n° 14, p. 48.

[1053] Pour un exposé analytique et la présentation d'autres indices d'existence d'une obligation d'exploitation, voir M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, p. 139 et s.

[1054] K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 170. Plus modéré V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 969, p. 740. Voir toutefois M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, p. 141, qui insiste sur le caractère indicatif de ce critère et *ibid.* p. 142, à propos d'une licence non exclusive comportant une obligation d'exploitation.

[1055] *A contrario* V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 969, p. 740.

[1056] En ce sens, V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 969, p. 740 ; M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, p. 142 et s. et not. p. 144 ; plus modéré E. PERRAKIS, N. ROKAS, *Introduction au droit commercial*, Nomiki Vivliothiki, 2011, n° 14, p. 405 ; N. ROKAS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2004, n° 14, p. 48 ; K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 170, à propos d'une licence non exclusive. Toutefois, l'existence d'un prix forfaitaire n'exclut pas en principe l'existence d'une obligation d'exploiter à la charge du licencié, voir M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, p. 143. Comp. aussi K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 170, se référant à une licence avec rémunération proportionnelle accompagnée d'une clause de minimum garanti.

Dans le même sens en droit britannique des brevets d'invention W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, *Intellectual property*, 6e éd., Sweet & Maxwell, 2007, n° 7-28, p. 287. D'un point de vue général en droit français, v. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd., LGDJ, 2012, n° 980, p. 689 : « la garantie d'exploitation est le corollaire d'une redevance proportionnelle. […] Dès lors que la redevance accordée au concédant est proportionnelle au chiffre d'affaires généré par l'exploitation du bien intellectuel, l'exploitant a l'obligation d'assurer une exploitation suivie du bien intellectuel. »

[1057] En ce sens, V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 969, p. 740.

d'exploitation même en l'absence de stipulation expresse par les parties[1058]. Toutefois, cette approche n'est pas toujours acceptée en jurisprudence. En effet, il a pu être jugé qu'en l'absence d'exclusivité le licencié n'est pas tenu d'exploiter la marque[1059].

200.- Les illustrations précédentes démontrent que les catégories contractuelles établies par la loi spéciale sont souvent imparfaites quant à la détermination de leurs éléments essentiels. Cette imperfection a des conséquences pratiques importantes. En effet, en l'absence de stipulations expresses des parties, il n'est pas sûr que le contrat d'exploitation contiendra par défaut une obligation de paiement d'un prix (surtout monétaire) ou une obligation d'exploitation à la charge du cocontractant[1060]. De manière similaire, la nature supplétive ou impérative des règles afférentes aux obligations susvisées n'est pas toujours établie. De la sorte, l'imprécision des contours des catégories contractuelles des contrats d'exploitation et la controverse doctrinale et jurisprudentielle qui l'accompagne nourrissent l'insécurité juridique car elles nuisent à la prévisibilité des conséquences de la conclusion d'un contrat d'exploitation. De même, en l'absence de contours précis, les catégories contractuelles légales ne remplissent pas efficacement leur fonction de modèles de rattachement.

[1058] En ce sens, v. E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 95 ; P. MATHÉLY, *Le nouveau droit français des brevets*, LJNA, 1992, p. 371 ; J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, 2e éd., éd. F. Lefebvre, 1999, n° 1110 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007, n° 677, p. 288 et les arrêts y cités ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 1620, p. ; J. PASSA, *Traité de la propriété industrielle*, 2e édition, Tome 1, L.G.D.J., 2009, n° 403, p. 568, qui se réfère toutefois plutôt aux licences exclusives des marques. Comp. aussi N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 979, pp. 688, pour qui l'obligation d'exploitation est une « obligation maîtresse » de toute concession en droit de la propriété intellectuelle.

En jurisprudence, CA Paris, 12 nov. 1986, *Ann. Propr. ind.*, 1987, p. 181, citée par Comp. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007, n° 677, p. 288 : « En l'absence de clause, la jurisprudence met à la charge du licencié l'obligation d'exploiter la marque, que la licence soit simple ou exclusive. » Pour cette auteure, « l'obligation d'exploiter (en licence de marque) n'est pas d'ordre public : elle peut être exclue ou aménagée conventionnellement. », *ibid.* n° 677, p. 289.

[1059] CA Paris, 19 oct. 1981, *PIBD*, 1982, n° 301, III, p. 101 ; CA Paris, 24 févr. 1982, *PIBD*, 1982, n° 305, III, p. 151.

[1060] En ce sens S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 124, p. 93.

§2.- L'insuffisance réglementaire : les carences du régime spécial attaché aux catégories des contrats d'exploitation.

A.- Un régime spécial sous-développé.

1°.- Les carences du régime spécial des contrats d'exploitation.

201.- Nous allons exposer ci-après les carences du régime spécial attaché aux catégories contractuelles des contrats d'exploitation au sein des droits nationaux étudiés. L'analyse n'est pas exhaustive. En revanche, nous allons présenter l'état actuel des carences rencontrées de manière synthétique. L'étude des droits nationaux a démontré que le régime spécial des contrats d'exploitation est parfois lacunaire (a) et ambigu (b).

a. Un régime lacunaire.

202.- Le régime des contrats d'exploitation rattaché aux catégories spéciales des contrats d'exploitation au sein des différents ordres juridiques examinés est particulièrement lacunaire[1061]. En vérité, les contrats d'exploitation sont très souvent simplement évoqués par les lois spéciales nationales sans que leur régime soit véritablement fixé[1062]. Dans cette hypothèse, la réglementation des contrats d'exploitation désignés par la loi spéciale est totalement absente ou ne porte que sur

[1061] Du point de vue du droit français, voir N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 17, p. 17 ; L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 81 : « Le Code de la propriété intellectuelle est en effet lacunaire. » ; du point de vue du droit contractuel d'auteur allemand, voir S. DUSOLLIER, C. KER, M. IGLESIAS, Y. SMITS, *Contractual arrangements applicable to creators: law and practice of selected Member States*, European Parliament – Directorate General for International Policies – Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs – Legal Affairs, 2014, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/RegData/.../IPOL-JURI_ET(2014)493041_EN.pdf>, p. 130 : « 5. Obligations of the parties. No specific provisions exist. »|

[1062] Sur ce point, en droit d'auteur français v. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 25, p. 27 : « De nombreux contrats sont ainsi désignés par un texte sans que leur regimbe soit véritablement fixé. » ; *Cf.* A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Montchrestien, 2007, n° 3, p. 2. En droit contractuel de propriété industrielle britannique G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 176 : « Apparemment absentes des textes spécifiques du droit de la propriété industrielle, les obligations des parties doivent répondre aux règles générales du droit anglais des contrats. »

certains aspects des contrats d'exploitation[1063]. D'autre part, souvent, le régime spécial des contrats d'exploitation est lacunaire même dans le cas où une réglementation spéciale détaillée est consacrée par la loi comme, par exemple en droits contractuels d'auteur continentaux[1064].

En effet, un certain nombre d'aspects des contrats d'exploitation n'a pas été régulé par le législateur et n'est pas réglementé de manière spéciale par la législation en matière de propriété intellectuelle. Par exemple, et à titre indicatif, aucune loi nationale examinée ne comporte de règles propres à la détermination du régime de l'obligation de délivrance[1065] et de la garantie due par le concédant ou de l'obligation d'exploitation due par son cocontractant[1066]. En droit des brevets grec, la loi reste muette tant sur la question de la possibilité de concession des sous-licences par un licencié, qu'il

---

[1063] Voir en ce sens, en matière des licences de brevets d'invention en droit français J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Les effets de la résolution du contrat de licence de brevet pour inexécution par le licencié de ses obligations », *Recueil Dalloz*, 2002 p. 1195, note sous Cour d'appel de Paris, 1re ch., C, 21 octobre 1999, *Curioz (Sté)* c/ *Brignon* : « Le Code de la propriété intellectuelle se contente d'admettre la possibilité de transmission ou de licence des droits attachés à un brevet ou à une demande de brevet (art. L. 613-8), mais ne traite pas du régime de ces contrats ».

[1064] En ce sens, à propos de la réglementation des contrats d'exploitation en matière de droit d'auteur français, v. Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique (2o droits des exploitants) », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz 2007, n° 11 : « […] la loi est passablement elliptique. » et *ibid.* n° 11 : « Codifiant un siècle et demi de jurisprudence, elle n'expose pas d'emblée une théorie intégrée de l'exploitation des droits ; elle trie, élit et formule des solutions. Ce faisant, elle *laisse vacants les liens entre ces solutions.* » ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 12, p. 10 : « En effet, il est notable que le CPI se montre bien peu disert sur un *certain nombre de questions.* »

En droit d'auteur grec v. EfAth., 8138/2000, *DEE*, 1/2001, p. 60 s., note Kyprouli, et not. p. 63 : « La loi pour le droit d'auteur ne contient pas un système complet des règles concernant les contrats relatifs au droit d'auteur, ni de portée générale pour tout type de contrat, ni de portée spéciale pour chaque type de contrat particulier. » ; M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 2004, n° 472, p. 213, à propos des contrats d'exploitation d'auteur spéciaux: « […] dans la partie spéciale elles sont réglementées de manière sporadique et imparfaite certaines figures contractuelles usuelles […] »; MonProtAth., 4487/2009, *DiMEE*, 2009 p. 548 s., à propos du contrat d'édition.

[1065] Sur ce point, à propos du droit contractuel d'auteur français, v. S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 127, p. 93 : « Le CPI semble ne comporter aucune règle spéciale relativement à la délivrance des droits faisant l'objet d'une cession ou d'une concession de licence. » ; N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, dans plusieurs reprises, et not. n° 371, p. 322 : « Les dispositions du CPI demeurent *laconiques* s'agissant de la garantie due par le cédant ou le concédant d'un droit d'exploitation d'une œuvre de l'esprit. » ; *ibidem*, n° 390, p. 343 : « Le CPI demeure *silencieux* sur les aménagements contractuels susceptibles de concerner la garantie due par le cédant ou concédant d'un droit d'exploitation d'une œuvre de l'esprit. ». D'un point de vue plus général, v. S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 589 : « Si la loi spéciale attache un régime juridique propre à chacune des qualifications qu'elle prévoit, *un certain nombre de problèmes juridiques* n'a pas retenu d'attention particulière, sinon un traitement lacunaire. »

[1066] Tel est le cas au moins au niveau général de la réglementation des contrats d'exploitation. Car le législateur français a prévu des règles particulières à propos de l'obligation de garantie ou de l'obligation d'exploitation au sein de la partie spéciale du droit des contrats d'auteur. V. par exemple les art. L. 132- 8 et L. 132-11 CPI relatifs au contrat d'édition. Voir cependant B. MONTELS, « Contrats de production et d'exploitation des œuvres audiovisuelles », *JurisClasseur Communication*, Fasc. 6085, n° 19, à propos des lacunes de la réglementation spéciale attachée au type contractuel du contrat de représentation en droit d'auteur français : « Cependant, malgré leur utilité, les dispositions des articles L. 132-18 à L. 132-22 ne proposent pas un régime complet à ces conventions. Particulièrement, elles ne donnent aucune précision sur les obligations à la charge du producteur, que ce soit sur le support matériel ou l'œuvre audiovisuelle qu'il doit livrer et sur la garantie d'éviction qui lui incombe ».

soit simple ou exclusif[1067] que sur la question de l'opposabilité du contrat de licence. Le CPI français ne règlemente pas la question du transfert de la licence. La loi allemande en matière de droit d'auteur ne clarifie pas la question du droit d'agir du licencié, alors qu'en matière de brevets et de marques elle ne régit pas du tout la question relative à la possibilité de transfert du contrat de licence d'exploitation. En droit d'auteur britannique, la CDPA reste muette sur la question du transfert du contrat de licence[1068]. Par ailleurs, aucune loi nationale examinée ne comprend de règles spéciales concernant l'inexécution des contrats d'exploitation.

b. Un régime parfois ambigu.

203.- Le contenu du régime spécial attaché aux catégories légales des contrats d'exploitation s'avère souvent ambigu. Plus précisément, les contours des règles spéciales ne sont pas toujours clairement définis par la loi spéciale. Tout d'abord, la loi ne précise pas toujours clairement si une règle spéciale est supplétive ou impérative. À titre d'exemple, nous pouvons mentionner la disposition de l'art. 15§5 de la loi 2121/1993 en droit contractuel d'auteur hellénique relative à l'obligation du licencié exclusif de rechercher l'exploitation de l'œuvre de l'esprit[1069] et la disposition de l'art. 30§3 et 4 MarkenG relative au droit d'agir du licencié en droit des marques allemand[1070]. Ensuite, la portée des règles spéciales est parfois ambigüe. Par exemple, en droit d'auteur grec, il n'est pas certain que la règle prévue par l'art. 13§6, relative à la question du transfert du droit du cocontractant ou du licencié doive s'appliquer également à propos de la question de la concession des sous-licences[1071]. De manière similaire, la portée de la disposition de l'article L. 131-3 al. 1er du CPI en matière de droit d'auteur est susceptible de recevoir des

[1067] En ce sens, v. V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 972, p. 741 ; K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p 172 ; M.-Th. MARINOS, *Droit du brevet*, Sakkoulas, 2013, n° 7.62 s., p. 196.

[1068] En ce sens, S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 13 : « The act is silent on whether licences may be transferred. »

[1069] Il semble que la tendance en doctrine est de considérer cette règle comme supplétive. En ce sens, M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 2004, n° 526, p. 234 ; A. DESPOTIDOU, « Article 15 », *in* L. KOTSIRIS, E STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 390 et s. et not. pp. 419-420.

[1070] Comp. aussi P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8e éd., 2012, n° 449, p. 463, à propos du droit contractuel d'auteur français : « Nombre d'entre elles sont impératives, d'autres peuvent être tenues pour supplétives, à chaque fois que le problème se pose de leur application, la nature de chacune d'entre elles devra être soigneusement déterminée. » et note n° 1 : « Par exemple, on ne saurait mettre sur le même plan la règle fondamentale de délimitation des droits cédés, avec l'obligation de reddition des comptes, dans le contrat d'édition. »

[1071] Sur ce point v. *supra* n° 25.

interprétations multiples. Le contenu de certaines règles spéciales est également ambigu[1072]. Par exemple, la fonction et les effets de la « formalité de renseignement » du contrat de licence au Registre des marques, prévue par l'article 132§1 al. 2e de la loi 4072/2012 en droit grec des marques, sont ambigus[1073]. De manière similaire, la fonction de l'écrit exigée par l'art. 92§1 CDPA en droit d'auteur britannique et par l'art. 28§2 TMA en droit des marques britannique est aussi incertaine[1074]. Enfin, nous pourrions mentionner les ambiguïtés résultant des conflits ou contradictions entre les règles d'une loi spéciale des contrats d'exploitation[1075].

En conclusion, les dispositions de la législation spéciale des contrats d'exploitation ne sont pas toujours suffisantes pour définir de manière précise et transparente le régime juridique de ces conventions[1076].

2°.- Le traitement des carences du régime spécial à l'heure actuelle.

204.- Le besoin de remédier aux carences du régime spécial. La loi spéciale des contrats d'exploitation, en raison de ses lacunes et ses ambiguïtés laisse sans réponse précise plusieurs questions relatives au régime des contrats d'exploitation. Or, cette situation rend le régime des contrats d'exploitation incertain[1077], ce qui, entre autres, renforce l'insécurité des parties d'un contrat d'exploitation. Du point de vue des parties contractantes, le droit des contrats (d'exploitation) doit être prévisible, équitable, flexible et directeur[1078]. Il a paru nécessaire sur cette

---

[1072] Comp. *supra* n° 188 les développements faits à propos de la définition parfois ambiguë des contrats d'exploitation partiels.

[1073] En effet, il est incertain que cette notification du contrat au Registre des marques assure son opposabilité. V. *supra* n° 95. *Cf.* aussi les ambigüités liées aux paragraphes 6 et 7 du même article, relatives à la mise à jour des inscriptions au Registre des marques. Sur ce point v. A. MASOULAS, « Remarques sur la loi 4072/2012, 3e partie, Marques. D'un point de vue de sécurité des échanges et de jugement judiciaire juste », *EllDni*, n° 54, 2013, p. 694 et s. et not. p. 698.

[1074] Selon les termes ambigus de la loi « dans la présente partie on entend par "licence exclusive" une licence constatée par écrit […] ».

[1075] Nous pourrions citer ici la contradiction entre l'art. 13§2 et 15§5 de la loi grecque 2121/1993 en matière de droit d'auteur ou celle entre les art. 29§2 et 28§3 en droit des marques britannique.

[1076] *Cf.* N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 354, p. 313.

[1077] En ce sens, d'un point de vue du droit d'auteur français, N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 357, p. 315 (absence de disposition de portée générale concernant l'obligation de garantie du cédant/concédant) : « Nulle disposition générale ne vient édicter une obligation de garantie s'insérant dans tous les contrats ayant pour objet les droits d'exploitation d'une œuvre de l'esprit. Le domaine de la garantie d'éviction demeure donc incertain. »

[1078] Voir les résultats du sondage de Clifford and Chance dans S. VOGENAUER, S. WEATHERILL, « The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law-an Empirical Contribution to the Debate », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 105 s. et not. p. 121 s. : « When asked which characteristics of contract law influenced their choice, most answered that a suitable contract law had to enable trade, and be predictable and fair. A smaller number thought that it was important that the governing contract law be flexible, short and concise, or prescriptive. »

base de remédier à cette imprécision et de dissiper les incertitudes résultant des lacunes et des ambiguïtés du régime spécial des contrats d'exploitation.

205.- Les remèdes utilisés à l'heure actuelle. Le traitement des carences du régime spécial, soit le comblement des lacunes et l'éclaircissement de la réglementation spéciale des contrats d'exploitation, a rendu nécessaire l'appel systématique à d'autres sources du droit[1079]. L'importance de l'intervention d'autres sources du droit présente une très grande importance théorique et une résonance pratique évidente en matière de contrats d'exploitation[1080].

En effet, les parties peuvent, dans la plupart du temps, combler les lacunes de la législation spéciale (a). En l'absence de prévision expresse des parties, c'est à la doctrine et la jurisprudence de les combler et de dissiper les ambigüités du régime spécial des contrats d'exploitation (b).

a.- La volonté des parties, moyen de traitement des carences du droit spécial des contrats d'exploitation.

206.- Le principe de la liberté contractuelle (*freedom of contract*), principe-phare du droit général des contrats, prédomine dans tous les régimes sectoriels des droits des contrats d'exploitation nationaux examinés[1081]. Certes, dans certaines hypothèses, cette liberté est « surveillée » et

---

[1079] *Cf.* J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 224, p. 250 : « L'absence originelle d'un régime légal […] imposait une intervention des différentes sources du droit positif. »

[1080] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 259, p. 228.

[1081] Sur la liberté des parties à déterminer leur contrat, voir en droit d'auteur grec, M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 2004, n° 471, p. 213 ; M.-Th. MARINOS, *Droit du brevet d'invention*, Sakkoulas, 2013, n° 7.35, p. 185 ; en droit des brevets grec, v. K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 153 ; en droit grec des marques, v. M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 519, p. 241, qui fait référence à l'art. 361 du Code civil grec qui établit le principe de la liberté contractuelle.
En droit français, pour l'ensemble du droit de la propriété intellectuelle, v. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 904, p. 639 et n° 907, p. 642 et *ibid.* n° 959, p. 675, à propos des contrats de licence : « [L]a liberté contractuelle prédomine et elle est largement sollicitée par les praticiens, offrant un vaste domaine de créativité juridique. » En droit d'auteur français voir not. M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 638, p. 533 ; J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, Tome 2, LGDJ, 2013, n° 574, p. 628 *Cf.* en ce sens la décision du Conseil d'État CE, 7 déc. 2011, aff. 321349, *Rec. Lebon*, citée par N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 905, p. 639 s.
En droit allemand, v. A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008, p. 13 (à propos des brevets d'invention) : « In principle, the parties to a licence agreement are free to determine the content, scope and any other provisions of the agreement. » En matière des marques, v. J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, à plusieurs reprises, par exemple, n° 16-14, p. 398 et n° 16-05, p. 390.
En droit britannique, d'un point de vue général, v. G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 167 : « Sur le fondement de la liberté contractuelle, les parties peuvent déterminer les obligations relatives à l'utilisation du droit concédé. » ; D. MARCHESE, *Licensing Agreements*, Longman, 1994, p. 9, se référant à une série de stipulations contractuelles qui ont pour objectif de traiter des questions spécifiques où la loi est ambigüe. En droit d'auteur, *a contrario* H. McQUEEN, C.

restreinte par l'existence de règles impératives, comme notamment, celles du droit de la concurrence[1082] ou les règles d'ordre public de protection en matière de droit d'auteur chez les pays du continent[1083]. Sur cette base, les parties sont libres de déterminer selon leur volonté le contenu du

---

WAELDE, L. GRAEME, A. BROWN, *Intellectual Property Law and Policy*, 2e éd., Oxford University Press, 2011, n° 21.16, p. 933 : « In UK law, by contrast there are few statutory controls on contracts negotiated between individual authors and exploiters in the field of *copyright* and related rights. » ; à propos des licences des brevets d'invention, v. S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 7 (licence) : « [T]he parties are largely at liberty to define their mutual rights and obligations, the Act offering pointers rather than compulsory provisions. » ; P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, p. 105 : « The patent licensing agreement determines the precise extent of control retained. » ; W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, n° 7-20 et 7-21, p. 303-304): « In obeisance to freedom of contract, English courts have generally left the parties to patent licences and assignments to determine the scope and extent of obligations by mutual agreement between themselves. […] [A] licence gave each party what he was strong enough to demand, or canny enough to include. […] In actual business life, the terms of licences vary greatly. » ; L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 570 : « The terms and conditions that control the way patents are exploited are usually determined contractually by the parties : patent law merely provides a framework within which parties are able to manoeuvre. Where parties have agreed upon the way a patent is to be exploited, the law has been reluctant to interfere with the sanctity of the contract. »; en matière des marques, J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13-094, pp. 432-433 ; C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 205, p. 188 : « There are no provisions in the 1994 Act which relate to what components must be included in a licence, such as obligations on the licensee to maintain a particular quality of gods to be sold under the auspices of the registered trade mark. The trade mark proprietors and the licensees are free to look after their own interests in relation to the contents of the licences and the quality provisions that will adhere to the use of the registered mark. » ; H. McQUEEN, C. WAELDE, L. GRAEME, A. BROWN, *Intellectual Property Law and Policy*, 2e éd., Oxford University Press, 2011, n° 21.50, p. 948 : « The Trade Marks Act 1994 does not contain express provisions concerning licensing of a trade mark by the right holder to a third party. In other words, the trade mark owner is, subject to competition law, free to licence the mark in any way she likes. » Comp. L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 963 : « For the most part, the terms of a voluntary licence are up to the parties to determine and thus will depend on the needs, capacities, and wishes of the parties. » ; v. L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 963 : « For the most part, the terms of a voluntary licence are up to the parties to determine and thus will depend on the needs, capacities and wishes of the parties. » ; C. MORCOM, A. ROUGHTON, S. MANYNICZ, *The modern law of trade marks*, 3e éd., LexisNexis, 2008, n° 11.8, p. 298 : « In general, the relationship between licensor and licensee and the right to take proceedings for infringement, are subject to the terms of the licence. »

D'un point de vue du droit comparé, en droit d'auteur, v. L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. p. 517 : « In application of te principle of freedom of contract, parties are free to negotiate the content of their agreement so as to best suit their needs and to ensure the most efficient exploitation and dissemination of their works. » ; A. STROWEL, B. VANBRABANT, « Copyright licensing : a European view », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 29 s. et not. p. 31 : « Freedom of contract dominates in the copyright field as in other branches of the law where the legislative favors thee meeting of private interests as a good way to achive the public interest. »

[1082] Voir *supra* n° 128 *sq.* la présentation des instruments européens du droit de la concurrence portant sur les contrats d'exploitation.

[1083] Sur la restriction de la liberté contractuelle par les règles de protection de l'auteur-partie faible du contrat, v. en droit grec, entre autres, not. G. KOUMANTOS, « Règles générales sur les contrats de droit d'auteur dans la nouvelle loi hellénique », *Propriétés intellectuelles*, Mélanges A. Françon, Dalloz, 1995, p. 311 et s. et not. p. 311 : « La liberté contractuelle est un principe de grande importance mais seulement dans la mesure où l'inégalité économique entre les parties n'est pas trop grande. Sinon, la liberté contractuelle joue uniquement en faveur de la partie la plus puissante. Et, dans ce cas, il appartient à la loi d'édicter des règles obligatoires qui limitent la liberté contractuelle pour limiter les effets de l'inégalité économique. » ; M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 2004, n° 472 p. 213.

contrat, ce qui est certainement une source de sécurité juridique[1084]. Les parties ont ainsi toute latitude de prévoir les effets obligatoires du contrat leur convenant à propos des questions ambigües ou non traitées au sein de la législation spéciale des contrats d'exploitation, comme la possibilité pour le licencié d'octroyer des sous-licences[1085] ou le transfert du contrat de licence[1086]. Notons que dans certaines hypothèses, l'absence de réglementation spécifique au sein de la législation spéciale semble être un choix exprès du législateur national qui s'aligne sur une politique de promotion de la liberté des parties de déterminer leurs relations contractuelles selon leur volonté[1087].

En droit français, v. A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur (études sur la loi du 11 mars 1957)*, préf. R. Savatier, Paris, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, tome 30, 1962 ; A. FRANÇON, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D.*, 1976, chron. p. 55-62 ; Ph. ALLAEYS, O. BUSTIN, J.-H. de MITRY, « La liberté contractuelle existe-t-elle en droit d'auteur ? », *Légipresse*, 2003, II, p. 117. La restriction de la liberté contractuelle et, donc, à la force obligatoire des contrats, peut être imposée par des bouleversements imprévisibles, v. sur ce point P.-Y. GAUTIER, « Le contrat bouleversé : de l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques », *Recueil Dalloz*, 1990, p. 130.

En droit allemand, v. parmi d'autres, A. DIETZ, « Amendment of German Copyright Law in order to strengthen the Contractual Position of Authors and Performers », *IIC*, n° 33, 2002, pp. 828-842 et not. p. 832.

[1084] En ce sens, à propos de la liberté des parties de choisir la *lex contractus*, P. de MIGUEL ASENSIO, « The law governing international intellectual property licensing agreements (a conflict of laws analysis) », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 312 s. et not. p. 319.

[1085] En ce sens, en droit grec des brevets d'invention, v. Lymperpoulos, p. 172; en droit d'auteur britannique, voir *a contrario*, W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, *Intellectual property*, 6e éd., Sweet & Maxwell, 2007, n° 13-11, p. 507 ; W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, p. 535: « The licensee may well not be entitled to assign or sub license his interest […] ». Comp. L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 265 : « an exclusive licensee may not always be able to grant a sublicence […] ».

[1086] En ce sens, en droit des brevets allemand, v. S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 32 : « The Patents Act leaves the contents of patent licences largely to the parties to the transaction. This is why restrictions on the transferability of licences are permissible. » ; en droit des marques allemand, v. S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 35 : « [T]his does not rule out other restrictions, particularly limitations of transfers of the licence. The question is thus left to the parties to the licensing agreement […] ».; en matière de droit d'auteur britannique, v. indirectement, W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, *Intellectual property*, 6e éd., Sweet & Maxwell, 2007, n° 13-11, p. 507 ; W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, p. 535 : « The licensee may well not be entitled to assign […] his interest. » ; S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 13 : « The act is silent on whether licences may be transferred. This will be for the licensing agreement to stipulate. »

[1087] Tel est le cas assurément du droit britannique. V. en ce sens, M. WALTER, S. von LEWINSKI (sous dir. de), *European Copyright Law*, a commentary, Oxford University Press, 2010, n° 16.0.75, p. 1493 : « Yet other Member States from the outset reject the idea of a copyright contract law because, for them, the interference of the legislature with the principle of freedom of contract as a near sacrosaint principle hardly seems conceivalbe. » Par ailleurs, la liberté contractuelle est sauvegardée par l'existence d'une règlementation largement supplétive.

Comp. aussi d'un point de vue portugais, L.-C. GONÇALVES., « Intellectual property and contract law. Contracts involving industrial property rights-some tentative thoughts », *in* A. RAMALHO, Ch. ANGELOPOULOS, *Crossroads of Intellectual Property*, Nova Science Publishers, 2012, p. 49 s. et not. p. 52 : « The principle of private autonomy, in its most important dimension of contractual freedom, has a performance edge due to the fact that the law is not very intrusive. This explains why the Portuguese Industrial Property Code (CPI) essentially limits itself to predicting a few

b.- L'apport de la doctrine et de la jurisprudence.

207.- En l'absence de prévision expresse des parties, c'est notamment aux interprètes de la loi, la jurisprudence et la doctrine[1088], de combler les lacunes de la législation spéciale des contrats d'exploitation. Souvent, leur rôle d'élucider les ambigüités caractérisant la portée ou le contenu des règles spéciales s'avère très important.

L'apport de la doctrine et de la jurisprudence prend soit la forme de propositions de solutions *ad hoc*, soit la forme de recherche de solutions au sein d'autres branches juridiques, et notamment le droit commun des contrats[1089].

i.- Le recours au droit commun des contrats.

208.- Le droit des contrats d'exploitation et le régime spécial prévu n'est certainement pas un « terrain fermé »[1090]. Par contre, il n'est qu'un droit spécial des contrats englobé dans la grande famille du droit privé, et plus précisément, du droit commun des contrats[1091]. Sur cette base, le régime spécial des contrats d'exploitation sera naturellement alimenté- directement ou par analogie- par le « thesaurus » gardé par le droit commun des contrats. Sur cette base, ce dernier est en mesure d'éclairer le régime spécial des contrats d'exploitation[1092]. La doctrine et la jurisprudence font

---

types of contracts (e.g. those of transfer and license), to establish scarce and diffuse provisions and to remitting the forming of contractual content to the will of the parties or to other legal "routes". »

[1088] V. p.ex. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 26, p. 29 : « Même si le régime légal de ces contrats se révèle lacunaire, la jurisprudence- *voire la pratique*- interviendra nécessairement pour le compléter. Ainsi, par une action conjointe de la loi et de la jurisprudence, le régime juridique du contrat sera finalement fixé. » ; *ibidem* n° 396, p. 347 : « Doctrine et jurisprudence s'accordent pourtant pour considérer que le domaine d'application de la garantie est bien plus vaste. Elle joue ainsi dans tous les contrats d'exploitation des droits d'auteur. » V. aussi D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 4e éd., Dalloz, 2004, p. 7, sur le rôle de la jurisprudence dans la matière des contrats spéciaux en général.

[1089] Certes, la référence aux usages en vue de combler les lacunes ou d'éclaircir le sens des dispositions du droit des contrats d'exploitation ne devrait pas être exclue.

[1090] Sur ce point v. *infra* n° 312.

[1091] En ce sens, en matière des contrats d'auteur et d'un point de vue du droit comparé, v. L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. p. 526 : « Copyright contract law is, strictly speaking, part of the law of contracts in general. »

[1092] En ce sens, en droit d'auteur grec v. G. KOUMANTOS, « Règles générales sur les contrats de droit d'auteur dans la nouvelle loi hellénique », *Propriétés intellectuelles*, Mélanges A. Françon, Dalloz, 1995, p. 311 et s. et not. p. 313 : « Il en est de même des règles générales du droit des obligations, contenues dans le Code civil et toujours applicables aux contrats de droit d'auteur, sauf dérogation par une disposition spécifique, soit générale pour tous les contrats de droit d'auteur soit spéciale pour un type de contrats » ; D. KALLINIKOU, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd., Sakkoulas, 2008, n° 127, p. 198 ; M.-Th. MARINOS, « Le contrat d'exploitation des biens immatériels » *in* École Nationale de Magistrature, *Problèmes contemporains et opinions jurisprudentiels sur le nouveaux types des contrats du droit de la concurrence et du consommateur*, Nomiki Vivliothiki, 2011, p. 55 et s. et not. p. 55. En jurisprudence v. MonProtAth., 4487/2009, *DiMEE*, 2009 p. 548 s. (à propos d'un contrat d'édition) ; A. DESPOTIDOU, « Les contrats d'exploitation », *in* ALAI-groupe hellénique, *L'œuvre de Giorgos Koumantos et les questions contemporaines du droit*

systématiquement appel au droit commun des contrats afin de compléter les lacunes du droit des contrats d'exploitation[1093]. Sans prétendre à une analyse exhaustive, la contribution du droit commun des contrats s'exprime notamment par l'application des principes généraux[1094], tels que le principe de la bonne foi dans les droits continentaux[1095] ou la théorie des obligations implicites

---

d'auteur, Athènes, 7 mai 2010, Sakkoulas, 2011, p. 151 s. et not. p. 182 ; en droit des brevets grec, v. V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 960, p. 736 (à propos d'une licence exclusive) ; en droit grec des marques, v. M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 542, p. 250 ; ; pour l'ensemble du droit des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle, v. M.-Th. MARINOS, *Droit du brevet*, Sakkoulas, 2013, p. 187, note n° 53.

En droit français, pour l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, v. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 905, p. 639 : « […] le cadre contractuel de référence en propriété intellectuelle est le droit commun des contrats » ; en droit d'auteur français N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 17, p. 17 : « *De nombreux aspects*, tenant par exemple à la détermination du prix, à la garantie, à la révision, demandent à être éclairés et précisés à l'aune des modèles du Code civil. » ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 641, p. 538 s. ; en droit français des brevets, voir J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007, n° 244, p. 99 : « [La licence] obéit aux règles de droit commun des obligations contractuelles, prévues par le Code civil […] ». En droit des français des marques, voir J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007, n° 641, p. 280 : « [Les opérations] à titre onéreux sont soumises aux règles générales des contrats […] ». Sur la fonction éclaircissante du droit civil, v. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 331, p. 289 : « Le droit civil éclaire le régime des contrats d'auteur, parce qu'il permet de lui donner un sens. Ainsi, certains aspects du régime des contrats ne peuvent être compris et mis en cohérence qu'á l'aide des principes du droit civil. » Comp. l'art. 1107 du Code civil français : « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre. » Pour l'ensemble du droit des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle, v. L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 81 et s.

En droit allemand v. en droit d'auteur G. SCHRICKER *in* G. SCHRICKER (sous dir. de), *Urheberrecht Kommentar*, 3e éd., C.H. Beck, 2006, § 31, n° 13, cité par A. DESPOTIDOU, « Les contrats d'exploitation », *in* ALAI-groupe hellénique, *L'œuvre de Giorgos Koumantos et les questions contemporaines du droit d'auteur*, Athènes, 7 mai 2010, Sakkoulas, 2011, p. 151 s. et not. p. 182, note n° 103. Comp. J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 16-04, p. 390, à propos des licences des marques.

En droit britannique de la propriété industrielle v. parmi d'autres G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 158, 167 et 177. En matière de marques, v. N. WILKOF, D. BURKITT, *Trade Mark Licensing*, 2e éd., Sweet & Maxwell, 2005, p. 6. Par ailleurs, en droit d'auteur britannique la protection de l'auteur-partie faible se fonde sur les mécanismes du droit général des contrats. V. sur ce point par exemple W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, p. 543 ; P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, pp. 295-296.

D'un point de vue européen, à propos du droit des licences en matière de droit d'auteur, voir A. STROWEL, « European copyright : beyond the additions made by the European Court of Justice, some pieces are still missing » *in* M.-C. JANSSENS (sous dir. de), *Harmonisation of European IP law : from European rules to Belgian law and practice. Contributions in honour of Frank Gotzen*, Bruylant-Larcier, 2012, p. 73 s. et not. p. 91 : « Some rules applicable to copyright licensing are defined in the général law on contracts which is codified in a civil code (in most Continental countries) or derived from common law (in the UK and other countries sharing the same legal tradition. »

[1093] V. d'un point de vue français, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 905, p. 639, pour qui « le cadre de référence en propriété intellectuelle est le droit commun des contrats. »

[1094] Par ailleurs, le principe de la liberté contractuelle, selon lequel les parties peuvent déterminer librement et selon leur volonté le contenu de leur contrat, est également un principe général du droit commun des contrats.

[1095] En effet, l'application du principe de bonne foi permet de déterminer les obligations secondaires des parties, même à défaut de précision dans le contrat ou en l'absence de prévision légale. En ce sens, en droit d'auteur grec, v. G. KOUMANTOS, *Droit d'auteur*, 8e éd., Ed. Sakkoulas, 2002, pp. 197-198 (à propos du contrat de cession) ; M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 2004, n° 472, p. 213, parlant d' « application complémentaire des principes généraux du droit général des contrats et surtout du principe de bonne foi » et *ibid.* n° 550, p. 244 ; A. DESPOTIDOU, « Les contrats d'exploitation », *in* ALAI-groupe hellénique, *L'œuvre de Giorgos Koumantos et les questions contemporaines du droit d'auteur*, Athènes, 7 mai 2010, Sakkoulas, 2011, p. 151 s. et not. pp. 182-183 ; en droit des

(*implied terms*) et du mécanisme d'*estoppel*[1096] en droit britannique[1097], ou encore par l'application des règles générales du droit privé relatives à la conclusion, l'exécution et l'inexécution des contrats[1098].

ii.- Le recours à une double qualification pour les contrats d'exploitation dans les droits continentaux[1099].

209.- De même, les carences du régime des contrats d'exploitation peuvent être traitées en recourant à une double qualification du contrat d'exploitation[1100], cumulée[1101] à celle du droit spécial des

---

brevets grec, v. K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 162 ; en droit des marques grec M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 577, p. 263.

En droit d'auteur français voir not. M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 641, p. 539 : « [L]a bonne foi préside à la conclusion et à l'exécution des conventions. » ; en jurisprudence v. l'arrêt récent Cass. Civ. 1re , 30 mai 2012, *Propr. Intell.*, 2012, n° 44, obs. J.-M. Bruguière ; v. Cass 1re civ., 27 mai 1986, *Recueil Dalloz Sirey*, 1987, p. 209 s., note P.-Y. Gautier et not. p. 212 ; Cass. 1re civ. 30 mai 2012, *JurisData* n° 10-17.780, *IIC*, vol. 45, n° 2, pp 231-232 (traduction de la décision en anglais par Th. Chiou). Sur l'ensemble de la question, v. C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil-une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, 2006.

Pour l'application du principe de la bonne foi (art. 242 Code civil allemand BGB) aux contrats d'exploitation d'auteur en droit allemand voir M. MARKELLOU, *Les contrats d'exploitation de droit d'auteur en droit comparé (Allemagne, France, Grèce)*, thèse Montpellier III, 2009, n° 450 *sq.*, p. 274 s.

[1096] E. COOKE, *Modern Law of Estoppel*, Oxford University Press, 2000 ; B. FAUVARQUE-COSSON (sous dir. de), *La confiance légitime et l'estoppel*, Société de législation comparée, 2007. Le mécanisme d'estoppel, instrument de justice et d'équilibre aux relations contractuelles, est susceptible de constituer le fondement des obligations implicites. V. sur ce point, à propos des licences des droits de propriété industrielle, G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 192.

[1097] Voir sur ce point, par exemple, G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 177.

[1098] En droit grec, v. par exemple MonProtAth., 4487/2009, *DiMEE*, 2009 p. 548 s., à propos de l'application des règles générales relatives à l'inexécution du contrat.

En droit français, v. parmi d'autres, A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, n° 264, p. 133, se référant à l'application des articles relatifs au droit des obligations et plus particulièrement, aux articles 1101 et s du Code civil français, relatifs aux conditions générales de validité du contrat.

En droit allemand, v. J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 16-12, p. 397, se référant à l'application du droit général des contrats à propos de l'inexécution d'une licence de marque.

En droit d'auteur britannique le transfert du droit du licencié sera régi par l'article 136 de la *Law of Property Act* (LPA) du 1925, en absence de disposition spécifique au sein de la CDPA, en ce sens S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 13 : « Nevertheless, if the licence is assignable, the assignment will, in the absence of specific provisions in the CDPA, be governed by s136 LPA 1925. » Pour l'historique de la LPA et un exposé sur l'application de la LPA aux transactions en matière de droits de propriété intellectuelle, voir par exemple, S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 2 et s. et les références y citées. *Adde* R. EPSTEIN, « *Intellectual Property and the Law of Contract : The Case Against 'Efficient Breach'* », *European Review of Contract Law*, Volume 9, Issue 4, pp. 345-362.

[1099] Il a pu être soutenu que la double qualification est un signe d'« atavisme » des droits continentaux vers les racines du droit romain, exprimé par la tendance des interprètes de rapprocher chaque convention nouvelle repérée avec une catégorie contractuelle existante. En ce sens, D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 4e éd., Dalloz, 2004, n° 10, p. 16.

contrats de propriété intellectuelle. Plus précisément, cette qualification a pour fonction de rattacher le contrat d'exploitation en question à une ou plusieurs catégories existantes du droit commun des contrats, tels que la vente, le louage, le service... Ce recours permet, en effet, de combler les nombreuses incertitudes laissées vacantes par la législation spéciale et d'éclairer le régime prévu par celle-ci. La double qualification des contrats d'exploitation est une pratique employée, tant par la doctrine que par la jurisprudence[1102] dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle.

Ajoutons que, parfois, la recherche de solutions pour combler ou éclaircir le régime (général) des contrats d'exploitation s'oriente vers la réglementation propre à certains contrats d'exploitation particuliers. Cette pratique est très notable en droit d'auteur français. En effet, la partie spéciale du droit contractuel d'auteur français comprend une réglementation assez détaillée pour certains contrats d'exploitation spéciaux (surtout le contrat d'édition, « prototype » du contrat d'exploitation[1103]). Sur cette base, la doctrine et la jurisprudence ont procédé à une « généralisation » de certaines règles spéciales afin de combler les lacunes de la partie générale du droit contractuel d'auteur. Ainsi, l'application des règles propres au contrat d'édition, telles que l'exigence du consentement personnel de l'auteur (L. 132-7 al. 1er CPI[1104]), l'obligation de garantie

---

[1100] Sur le besoin d'une seconde qualification, d'un point de vue français, v. B. MONTELS, « Contrats de production et d'exploitation des œuvres audiovisuelles », *JurisClasseur Communication*, Fasc. 6085, n° 19 ; N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 501, p. 442 ; J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, Tome 2, LGDJ, 2013, n° 579, p. 631.

[1101] Sur ce point, d'un point de vue français, v. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 322, p. 280 : « [l]a qualification civile de ces conventions ne supprime en rien le lien qui les unit aux catégories du droit d'auteur et ne fait que s'y ajouter. »

[1102] Voir *infra* n° 214 à propos des droits grec et français. D'un point de vue allemand, v. J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 16-04, p. 390 : « German contract law contains specific provisions regarding special contracts, such as rental, tenancy, sales, or contracts of employment and provision of services. Some of these provisions may also apply in an indirect manner to license agreements, since they too are *sui* generis in nature. It is accepted with respect to such agreements that other legal provisions may complement their terms if there is a *lacuna* in the contractual provisions. » ; N. WILKOF, « Trademark licensing : the once and future narrative », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 196 s. et not. p. 218 : « Furthermore, to the extent that there is a lacuna in connection with a given contractual provision in the license agreement that is not covered by s. 30 [MarkenG], reliance may still be made on provisions of relevant special contracts. » Voir aussi d'un point de vue portugais, à propos des licences de propriété industrielle, L.-C. GONÇALVES, « Intellectual property and contract law. Contracts involving industrial property rights-some tentative thoughts », *in* A. RAMALHO, Ch. ANGELOPOULOS (sous dir. de), *Crossroads of Intellectual Property*, Nova Science Publishers, 2012, p. 49 s. et not. p. 56-57.

[1103] *Cf.* A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 761, p. 658, citant Desbois ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, p. 596, note n° 2 : « La présentation des règles générales gouvernant la cession des contrats d'auteur peut parfaitement se faire à partir de cette figure contractuelle majeure [le contrat d'édition] ».

[1104] « Le consentement personnel et donné par écrit de l'auteur est obligatoire. » En ce sens, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd., Litec, 2012, n° 405 : « L'article L. 132-7 du Code de la propriété intellectuelle précise ainsi que « le consentement personnel et donné par écrit de l'auteur est obligatoire. » Cette disposition, spécifique au contrat d'édition, est généralement considérée comme étant une règle du droit commun des contrats d'auteur, au moins pour son exigence d'un consentement personnel. »

du cédant (art. L. 132-8 CPI)[1105], ou les règles particulières relatives à la transferabilité des droits transmis (art. L. 132-16 al. 1er CPI[1106]), a pu être étendue à tout contrat d'exploitation[1107].

iii.- La proposition de solutions ad hoc.

210.- Les imprécisions du régime spécial des contrats d'exploitation sont parfois levées par l'intervention doctrinale ou jurisprudentielle à vocation purement normative. Il est ainsi possible que les lacunes et les ambiguïtés de la réglementation spéciale soient comblées et clarifiées par des règles jurisprudentielles ou des propositions doctrinales *ad hoc*.

[1105] Art. L. 132-8 al. 1er : « L'auteur doit garantir à l'éditeur l'exercice paisible et, sauf convention contraire, exclusif du droit cédé. » V. sur ce point M. MARKELLOU, *Les contrats d'exploitation de droit d'auteur en droit comparé (Allemagne, France, Grèce)*, thèse Montpellier III, 2009, n° 532, p. 328 et les références citées, parlant d'application « par analogie à tous les contrats d'exploitation de droit d'auteur. » ; Th. LANCRENON, « L'application en clair-obscur des règles de la garantie d'éviction à la propriété intellectuelle », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1317, sous I : « [L]e fait que le législateur ait jugé utile de prévoir expressément, dans le livre I du code de la propriété intellectuelle, certaines dispositions garantissant le cessionnaire de droit d'auteur contre l'éviction en matière d'édition et de production audiovisuelle pour garantir « l'exercice paisible » de ces droits, ne saurait signifier que la garantie d'éviction est inapplicable aux autres cessions et licences de droits d'auteur ou aux cessions et licences d'autres droits de propriété intellectuelle. » ; N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 364, p. 318 : « En matière de droit d'auteur, la raison d'être de la garantie d'éviction réside dans la volonté de protéger celui à qui on été transmis les droits d'exploitation d'une œuvre de l'esprit contre les troubles de jouissance. Or, une telle exigence s'impose avec la même force dans tous les contrats d'auteur opérant le transfert de propriété ou la mise à disposition des droits d'exploitation et légitime donc la généralisation de l'obligation de garantie en dehors des prévisions du législateur. »
En jurisprudence, v. Civ. 1re, 19 juin 1990, *Bull. civ.* I, n° 177 ; *D.* 1990, IR, 177 : « la règle posée par l'article L. 132-8 n'est qu'une application particulière du principe général de la garantie d'éviction due par le cédant d'un droit de propriété coprorel ou incorporel. » ; Cass 1re civ., 27 mai 1986, *Recueil Dalloz Sirey*, 1987, p. 209 s., note P.-Y. Gautier, not. p. 213 : « Certes, cet article figure dans le chapitre sur le contrat d'édition (accord sur la fabrication et la diffusion d'une œuvre graphique) mais sa portée est tout à fait générale et s'applique à l'ensemble des cessions consenties par les auteurs d'œuvres de toute nature, à leurs divers interlocuteurs économiques ».

[1106] « L'éditeur ne peut transmettre, à titre gratuit ou onéreux, ou par voie d'apport en société, le bénéfice du contrat d'édition à des tiers, indépendamment de son fonds de commerce, sans avoir préalablement obtenu l'autorisation de l'auteur ». Notons sur ce point que dans l'hypothèse où la rétrocession est admise (parce que l'auteur l'a autorisée), il a pu être soutenu que le cessionnaire premier ne se libère pas vis-à-vis du cédant, de sorte que la rétrocession « ne doit pas s'analyser comme une véritable cession de contrat déployant ses effets tant du point de l'actif que du point de vue du passif. » En ce sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 3ème éd., Litec, 2006, n° 696, p. 514 et n° 704, p. 517 ; M. MARKELLOU, *Les contrats d'exploitation de droit d'auteur en droit comparé (Allemagne, France, Grèce)*, thèse Montpellier III, 2009, n° 532, p. 328, parlant d'application par analogie à tous les contrats d'exploitation. Voir toutefois, J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, p. 964 : « la cession- totale ou partielle- du contrat initial, emporte « cession » de dette du cédant (premier exploitant) au cessionnaire (exploitant ultérieur) de sorte que le consentement de l'auteur, partie au contrat initial et « créancier cède » est naturellement requis à cette occasion. »

[1107] Rappr. S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, p. 198 : « [I]l faut se féliciter de la tendance jurisprudentielle à faire du contrat d'édition le cadre commun à l'exploitation de nombre d'œuvres de l'esprit, rompant avec la logique sectorielle qui préside à la définition d'autres contrats nommés »

B.- Les problèmes liés au caractère sous-développé du régime spécial.

211.- L'efficacité des remèdes susmentionnés contre les carences du régime spécial des contrats d'exploitation est limitée.

1°.- L'efficacité limitée de la liberté contractuelle des parties.

212.- La liberté contractuelle permet effectivement aux parties de prévoir un ensemble de dispositions (contractuelles)[1108] complet et transparent qui régira leur contrat d'exploitation. De plus, en vertu de cette liberté, les parties pourront prévoir des solutions adaptées à leurs besoins individualisés. L'utilisation de la liberté contractuelle semble ainsi recommandable contre les carences du cadre juridique actuel[1109], même si son efficacité est limitée. Plus précisément, il n'est pas toujours pratique de rédiger des contrats très détaillés, afin d'établir un régime contractuel complet et transparent[1110]. D'une part, la conclusion de tels contrats augmente les coûts de transaction (surtout frais de conseil juridique). D'autre part, et d'un point de vue de la technique contractuelle, il est extrêmement difficile d'anticiper tous les problèmes liés à l'exécution ou l'inexécution de leur contrat et de prévoir une clause particulière[1111]. De même, la liberté contractuelle est parfois utilisée de manière abusive par la partie puissante de la convention, en vue d'imposer des clauses à son cocontractant[1112]. Enfin, la liberté contractuelle n'est pas illimitée : les parties ne peuvent ni éviter l'application des règles d'ordre public dans leur contrat[1113] ni dissiper

---

[1108] Le principe de la force obligatoire du contrat *(pacta sund servanda*) est relatif sur ce point. V. d'un point de vue français, l'art. 1134 al. 1er Code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

[1109] Comp. à propos des carences liées à la définition des catégories contractuelles introduites par les lois spéciales, d'un point de vue français, Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 72, (la définition de l'exclusivité en matière des licences des brevets d'invention) : « Ce point mérite d'autant plus d'être précisé dans le contrat que la jurisprudence n'est pas encore définitivement fixée.

[1110] En ce sens, d'un point de vue du droit grec contractuel des brevets d'invention, M.-Th. MARINOS, *Droit du brevet*, Sakkoulas, 2013, n° 7.37, p. 187.

[1111] *Cf. infra* n° 293 sur la facilitation des échanges en raison de l'existence d'encadrement légal.

[1112] En vérité, en absence d'égalité entre les parties, la liberté contractuelle devient le véhicule pour imposer le droit de la partie la plus puissante. V. sur ce point, F. CHRISTODOULOU, « Les nouvelles constructions contractuelles et le droit des contrats classique », *in* Union des civilistes grecs, *Questions contemporaines du droit civil au-delà du Code civil*, 1re Conférence, Naypaktos 27-28 mai 1994, Sakkoulas, 1995, p. 37 s. et not. p. 39.

[1113] Notons que les parties doivent également respecter les règles impératives incluses dans le droit commun des contrats. En ce sens, d'un point de vue de droit français des marques, v. C. GUTHMANN, « Licence de marque - Formules. Conseils pratiques », *JurisClasseur Marques et dessins et modèles*, Fasc. 7402, n° 7 : « En raison de ce principe, les parties disposent d'une très grande liberté pour définir le contenu et l'étendue des droits et obligations dans

l'ambiguïté qui les caractérise parfois[1114]. Ainsi, la liberté contractuelle est certainement un outil important de réglementation des contrats d'exploitation mais son efficacité est limitée.

2°.- Les limites du recours au droit commun des contrats.

213.- Le recours au droit commun des contrats, droit-mère de tout droit spécial des contrats, est un remède utile contre les lacunes et les imprécisions du régime spécial des contrats d'exploitation. En effet, le droit commun, par le caractère général et souple des principes généraux et des règles substantielles qu'il contient, est en mesure d'offrir des solutions adaptables aux particularités de la matière des contrats d'exploitation. En même temps, le droit commun des contrats, par sa portée générale, ne peut offrir des solutions aux questions spéciales touchant exclusivement le droit des contrats d'exploitation[1115], tel que le droit d'agir en contrefaçon du licencié par exemple. Ainsi, le recours au doit commun ne peut être sollicité qu'à titre complémentaire aux solutions de la législation spéciale.

3°.- Les limites de la double qualification : l'exemple du droit français et du droit grec des contrats d'exploitation.

214.- Le recours à la double qualification, à savoir le rattachement d'un contrat d'exploitation à une ou plusieurs catégories existantes du droit commun des contrats[1116], offre certainement un confort intellectuel à l'interprète qui tente de combler les lacunes et d'éclaircir les dispositions ambigües du droit spécial des contrats d'exploitation. Cette pratique n'est toutefois pas dépourvue d'inconvénients. En effet, la double qualification peut être controversée et inappropriée. Les droits

---

le cadre de la licence. Toutefois, cette liberté contractuelle n'est *pas totale*, les parties ne peuvent pas déroger aux *obligations d'ordre public* notamment en matière de garantie. »

[1114] V. par exemple les incertitudes liées à la portée et la fonction des règles de forme imposées par le droit spécial des contrats d'exploitation.

[1115] Comp. sur ce point B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, « *Copyright Contract Law : Towards a Statutory Regulation ?* », Study conducted on commission for the Department of Scientific Research and Documentation Centre (WODS) Ministry of Justice, The Netherlands, Aout 2004, disponible sur : < http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/Summary%2005.08.2004.pdf>, p. 1 : « the général rules on contract law are not designed for the specific contractual relationship between authors and their producer, and do not provide the normative framework for it. Similarly, the general rules on private law do not offer the legal certainty that the parties, including the producer, would need in practice. The terms in which the general rules on contract law are formulated are simply too general to give the parties any concrete basis for the construction or interpretation of an exploitation contract. » Sur le besoin d'un cadre juridique spécial des contrats d'exploitation, v. *infra* n° 291 *sq*.

[1116] V. *supra* n° 209.

grec (a) et français (b) constitueront deux cas d'étude pour démontrer les limites de la double qualification.

a.- Une double qualification controversée : l'exemple du droit grec.

215.- La pratique de la recherche d'une double qualification pour les contrats d'exploitation est assez commune en droit grec. Toutefois, les qualifications retenues sont souvent controversées, tant en doctrine qu'en jurisprudence.

i.- La qualification controversée des contrats et licences d'exploitation.

216.- En Grèce, la double qualification des licences d'exploitation est controversée, aussi bien en droit d'auteur qu'en droit de propriété industrielle. En fait, selon une partie de la doctrine, les concessions des droits de propriété intellectuelle devraient être qualifiées de contrats *sui generis*[1117]. L'idée est que les contrats d'exploitation sont des figures contractuelles assez originales, ne pouvant s'identifier à aucune catégorie contractuelle du Code civil[1118]. Il est ainsi proposé de procéder à une application sélective et analogique[1119] des règles appartenant à différentes catégories contractuelles du Code civil grec, tels que le louage des choses (art. 574 et s.), le louage d'un bien frugifère (art. 638 et s.), le mandat (art. 713 et s.) ou le contrat de société[1120].

[1117] En ce sens, en matière de droit d'auteur M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 2004, n° 547, p. 243 (« *ιδιόρρυθμες συμβάσεις* » [des contrats particuliers]) ; indirectement G. KOUMANTOS, *Droit d'auteur,* 8e éd., Ed. Sakkoulas, 2002, p. 196 qualifiant de manière générale les contrats d'exploitation de contrats mixtes. Déjà K. ASPROGERAKAS-GRIVAS, *Contrat d'exploitation des œuvres littéraires et artistiques*, 1972, p. 72-73 et 91 s. (συμβάσεις « *ιδίας φύσεως* » [des contrats « sui generis »]).
En matière de brevets d'invention, v. K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions,* Sakkoulas, 2010, p. 161 (« *ειδικής μορφής σύμβαση*» (*sui generis*) [contrat qui présente une forme spéciale (*sui generis*)]) ; Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle,* Sakkoulas, 2000, p. 243 (« *ιδιότυπη σύμβαση* » [contrat singulier]) ; N. ROKAS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2004, n° 7, p. 47 (« *ιδιότυπη σύμβαση* » [contrat singulier]).
En matière des marques, v. N. ROKAS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2004, n° 11, p. 143 (« *ιδιόμορφη σύμβαση* » [contrat particulier]) ; M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 542, p. 249, («*ιδιόρρυθμη μη ερρυθμισμένη ανώνυμη σύμβαση* » [contrat particulier, non réglementé et innomé]) mais, plus loin cet auteur opte pour la qualification de louage de bien frugifère.

[1118] En ce sens, M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 2004, n° 547, p. 243 ; A. DESPOTIDOU, « Les contrats d'exploitation », *in* ALAI-groupe hellénique, *L'œuvre de Giorgos Koumantos et les questions contemporaines du droit d'auteur*, Athènes, 7 mai 2010, Sakkoulas, 2011, p. 151 s. et not. p. 181 ; M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, p. 81 et s.

[1119] Sur ce point, v. parmi d'autres A. DESPOTIDOU, « Les contrats d'exploitation », *in* ALAI-groupe hellénique, *L'œuvre de Giorgos Koumantos et les questions contemporaines du droit d'auteur*, Athènes, 7 mai 2010, Sakkoulas, 2011, p. 151 s. et not. p. 181.

[1120] V. en ce sens par exemple I. NIKOLOPOULOS, *La cession du droit patrimonial du droit d'auteur*, Sakkoulas, 2005, p. 154 (droit d'auteur) ; N. ROKAS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2004, n° 7, p. 47 (droit des brevets). Déjà I. LEMPESI- ANDREOU, « L'exploitation des œuvres musicales », *EEmpD*, 1985, p. 607, note n° 7. L'adoption d'une qualification distributive confère aux contrats d'exploitation le statut de contrat mixte.

Selon une autre partie de la doctrine en revanche, les licences d'exploitation pourraient recevoir la qualification unitaire de contrat de louage de bien frugifère (art. 638 et s. Code civil grec) et plus précisément de louage de droit frugifère[1121].

ii.- La qualification controversée du contrat réalisant le transfert du droit dans le cadre des contrats et licences d'exploitation exclusives.

217.- Nous avons vu que selon une opinion, tout contrat d'exploitation exclusif devrait être considéré comme un contrat à effet translatif[1122]. En l'absence de dispositions particulières dans la réglementation spéciale du droit de la propriété intellectuelle, la question du transfert du droit effectué dans le cadre d'un contrat d'exploitation sera régie par le droit commun[1123]. Selon le droit commun applicable aux contrats translatifs, le transfert d'une chose (ou d'un droit) par voie contractuelle nécessite deux actes distincts, à savoir, un acte promettant le transfert et un acte réalisant le transfert (*Trennungsprinzip* en droit allemand)[1124].

La qualification de l'acte effectuant le transfert dans le cadre d'un contrat ou licence d'exploitation exclusif est controversée en matière de droit d'auteur, en doctrine comme en jurisprudence. Plus précisément, la jurisprudence dominante[1125] ainsi qu'une partie de la doctrine[1126], opte pour

---

[1121] V. en ce sens, en matière des concessions de droit d'auteur, P. KORIATOPOULOU- AGGELI, Ch. TSIGOU, *Propriété Intellectuelle, (Interprétation par entrées)*, Nomiki Vivliothiki, 2008, v° « *Contrat de représentation cinématographique* », p. 463.
En matière des brevets d'invention, v. V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 956, p. 844 : « Il est plus correct de dire qu'il s'agit d'un louage de bien frugifère et plus précisément de louage de droit frugifère ».
En matière de marques, M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 542, p. 249 : « […] selon l'opinion plus correcte, les règles du droit des contrats spéciaux relatives au louage de bien frugifère s'appliquent […] ». *Adde* A. GEORGIADIS, *Droit des contrats, Partie spéciale*, tom. I, Sakkoulas, 2004, n° 3, p. 487.

[1122] V. *supra* n° 180.

[1123] Sur ce point v. I. PITSIRIKOS, « La possibilité d'acquisition de bonne foi en droit d'auteur », *Krit.Ep.*, 1998, p. 171 et s. et not. p. 173.

[1124] Sur ce point v. G. KOUMANTOS, *Droit d'auteur*, 8e éd., Ed. Sakkoulas, 2002, p. 199 : « le contrat promettant le transfert, selon le droit civil grec n'entraîne pas le transfert du droit patrimonial mais il ne crée que l'obligation pour son transfert. Le transfert s'effectue par le contrat réalisant le transfert ». Par contre, ce principe n'existe pas en droit français ou anglais, v. Ch. LARROUMET (sous dir. de) *Droit civil, Les obligations, le contrat*, Tome III, 5e éd., Economica, 2003, n° 214, p. 190 : « On sait que, dans le système juridique français, à la différence de ce qui était admis en droit romain et dans l'ancien droit français et de ce qui est admis par certains systèmes juridiques, il n'y a pas d'obligation en vertu du contrat translatif de transférer la propriété d'un corps certain, le transfert de propriété étant un effet automatique du contrat en principe. » ; I. NIKOLOPOULOS, *La cession du droit patrimonial du droit d'auteur*, Sakkoulas, 2005, p. 129, note n° 222.

[1125] V. à titre indicatif, MonProtAth. 5417/2000, *ChrID*, A/2001, p. 648 et s., note S. Stavridou. Déjà, sous l'ancien régime, EfAth 3403/1988, *EEmpD*, MA/1990, p. 160, note M. Th. Marinos ; AP 512/1986, *NoV*, 1987, tom. 35, p. 348 et s., note G. Koumantos.

[1126] G. KOUMANTOS, *Droit d'auteur*, 8e éd., Ed. Sakkoulas, 2002, p. 191 et p. 199 et s. ; G. KOUMANTOS, « Règles générales sur les contrats de droit d'auteur dans la nouvelle loi hellénique », *Propriétés intellectuelles*, Mélanges A. Françon, Dalloz, 1995, p. 311 et s. et not. p. 317 ; D. KALLINIKOU, *Les questions fondamentales de la loi 2121/1993 pour le droit d'auteur et les droits voisins*, Sakkoulas, 1994, n° 114, p. 87-88. Pour une critique de cette opinion, v. L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 5e éd. 2010, n° 279, p. 204.

l'application (par analogie) des règles du droit commun qui s'appliquent au transfert de propriété de choses meubles corporelles (art. 1034 et s. Code civil grec). D'un autre côté, la doctrine majoritaire[1127] et une jurisprudence émergente[1128] opte pour l'application des règles relatives à la cession des créances (art. 470 et 455 et s. Code civil grec). Ajoutons qu'une doctrine minoritaire opte pour l'application des règles relatives à l'usufruit contractuel (art. 1178, 1142 et s. Code civil grec) à propos des contrats ou licences partiels (et notamment limités temporellement)[1129].

Cette controverse a des conséquences négatives assez importantes. En effet, le choix des qualifications civilistes différentes mène au comblement à contenu variable du régime spécial des contrats d'exploitation. A titre d'exemple, le choix de la qualification du transfert de cession de créance (art. 455, 470 Code civil grec) entraîne l'application des dispositions particulières régissant l'obligation de garantie due par le concédant (art. 467 s. Code civil grec). En revanche, le dispositif de transfert de propriété de choses meubles matérielles n'est pas accompagné de règles particulières. Ceci dit, le régime de l'obligation de garantie du cédant sera régi par l'application des

---

[1127] A. DESPOTIDOU, « Article 12 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, n° 28, p. 331 ; L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 5e éd. 2010, n° 277, p. 203 : M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 2004, n° 484, p. 218 ; S. STAVRIDOU, *Le contrat de mise en gestion en droit d'auteur, Sakkoulas*, 1999, p. 172 ; I. PITSIRIKOS, « La possibilité d'acquisition de bonne foi en droit d'auteur », *Krit.Ep.*, 1998, p. 171 et s. et not. p. 179 ; I. NIKOLOPOULOS, *La cession du droit patrimonial du droit d'auteur*, Sakkoulas, 2005, p. 118, uniquement pour la cession totale du droit d'auteur. Déjà V. MELAS, « La cession du droit de propriété intellectuelle et l'article 1036 Code civil », *NoV.*, 1988, p. 245 et s., note sous AP 512/1986 critiquant la solution donnée et la note de G. KOUMANTOS sous la même décision, *NoV*, 1987, tom. 35, p. 348 et s.
Notons qu'en matière de propriété industrielle l'application des dispositions des articles 470, 455 et s. (cession des créances) semble être unanimement admise en doctrine et acceptée par la jurisprudence. Voir en matière de brevets d'invention, V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 940, p. 833 ; Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 241 ; K. K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 156 et *idem*, « La nouvelle loi pour la protection des inventions », *EllDni*, 1989, p. 11, et not. p. 17 ; N. ROKAS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2004, n° 2, p. 45 ; G. MINTSIS, « La cession du droit du brevet d'invention », *Ep. epith. Armenopoulos*, 1995, n° 16, p. 77 et s. et not. p. 85. Déjà A. GEORGIADIS, « Droit de brevet, Nature juridique, Cession, Licence », *EEmpD*, 1986, p. 86. En jurisprudence v. ProtTrik 540/1965, *EEmp.*, 1965, p. 430 et s. (brevet d'invention) ; AP 1605/1985, *EEmpD*, 1987, p. 117 et s., note Th. Liakopoulos (appl. des disp. 455 et s. pour définir également le régime de responsabilité du cédant. En matière de marques, v. V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 630, p. 585 ; M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 474, p. 224 ; Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 371-372.

[1128] Voir par exemple PProtAth 5872/1997, *DEE*, 2/1998, p 147 et s., note D. Kallinikou ; PolProtAth. 9188/1995, *EllDni*, 38/1997, p. 162 et s., note M. Th. Marinos ; TrimDProtAth. 10207/1999, *DFN*, 2000, p. 550 et s. Déjà AP 1260/1983, *EllDni*, 25/1984, p. 1347 et s., note K. Lymperopoulos ; AP 1605/1985, *EEmpD*, 1987, p. 117 et s., note Th. Liakopoulos.

[1129] V. I. NIKOLOPOULOS, *La cession du droit patrimonial du droit d'auteur*, Sakkoulas, 2005, p. 124. Comp. M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, p. 50 à propos des licences partielles en matière des brevets d'invention ; Rappr. V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 960, p. 846, qui admet l'application de ces règles à une licence exclusive de brevet d'invention, sans toutefois procéder à la distinction entre le régime applicable au contrat promettant le transfert (la constitution du droit) et le régime applicable au contrat réalisant le transfert. Référence faite à cette opinion dans A. DESPOTIDOU, « Article 12 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 312 et s. et not. n° 31, p. 332-333 ; P. KORIATOPOULOU-AGGELI, Ch. TSIGOU, *Propriété Intellectuelle, (Interprétation par entrées), op. cit., v°* cession du droit patrimonial entre vifs, p. 304.

règles propres au contrat prévoyant le transfert. Ainsi, le régime de l'obligation de garantie du concédant sera soumis à un régime différent, selon le choix de qualification du contrat promettant le transfert dans le cadre d'un contrat ou licence d'exploitation exclusif[1130]. De cette manière, le régime de l'obligation de garantie du concédant demeure toujours incertain, malgré le recours à une double qualification[1131].

b.- Des qualifications inappropriées : l'exemple du droit français.

218.- En droit français, le choix de la double qualification des contrats d'exploitation n'est pas très controversé : les doubles qualifications des contrats d'exploitation retenus en doctrine et en jurisprudence sont assez stables et quasi-unanimement acceptées. La cession du droit d'exploitation en droit d'auteur[1132], qui nous intéresse, se rattache de manière générale au contrat de vente. Telle est la position de la jurisprudence[1133] et de la doctrine majoritaire[1134]. Cette qualification a pour

---

[1130] Certes, le même problème existe lorsque la qualification de cession de créance est choisie, abstraction faite de la controverse afférente. En effet, la doctrine n'est pas unanime sur la question de la relation entre le régime de l'obligation de garantie du concédant applicable au contrat réalisant le transfert et celui applicable au contrat promettant le transfert. V. ainsi en faveur d'une application exclusive des art. 467-468 du Code civil grec, G. MINTSIS, « La cession du droit du brevet d'invention », *Ep. epith. Armenopoulos*, 1995, n° 16, p. 77 et s. et not. pp. 88-89 ; Th. LIAKOPOULOS, *Questions…*, *op. cit.*, p. 79 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 630, p. 586. *Contra* N. ROKAS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2004, n° 3, p. 45 ; M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 476, p. 225, qui optent pour l'application cumulative des règles relatives à l'obligation de garantie contenues au régime du contrat promettant le transfert. Comp. aussi les décisions contradictoires de la Haute juridiction civile grecque (Areios Pagos) à propos de la question de la garantie due par le cédant dans le cadre d'une cession de brevet d'invention. D'une part la décision AP, 1re section, 1788/1983, *EllDni*, 25.913, note K. Lymperopoulos, a opté pour l'application des dispositions relatives au contrat promettant le transfert du brevet (contrat de vente, art. 513 et s. Code civil grec). D'autre part, la décision AP. 4e section, 1605/1985, *EEmpD*, 1987, p. 117, note Th. Liakopoulos, a opté pour l'application des dispositions propres au contrat réalisant le transfert (cession des créances, art. 455 et s. et not. 467-468 du Code civil grec).

[1131] Sur la reconnaissance de l'incertitude concernant le régime de l'obligation de garantie en matière des contrats d'exploitation, v. N. ROKAS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2004, n° 3, p. 45 et G. MINTSIS, « La cession du droit du brevet d'invention », *Ep. epith. Armenopoulos*, 1995, n° 16, p. 77 et s. et not. p. 88.

[1132] Comme d'ailleurs en propriété industrielle.

[1133] Voir parmi une jurisprudence abondante, Civ. 1re 27 mai 1986, *D.*, 1987, p. 209, note P.-Y Gautier ; (garantie d'éviction) Civ. 1re 7 avr. 1998, *Bull. civ.*, I, n° 145 (garantie d'éviction) ; Cass. com., 27 janv. 1998, PIBD, 1998, III, p. 234 ; Civ. 1re 8 juin 1999 ; *Comm. Com. Électr.*, 1999, n° 8, note Chr. Caron (durée du contrat), cités par A. LUCAS, H.-J. LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 3ème éd., Litec, 2006, p. 434, note n° 44= A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, p. 561, note n° 51 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8e éd., 2012, p. 485, note n° 2 ; Cass. Civ. 1re, 13 mars 2008, n° 06-20.152, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1317 (garantie d'éviction).

Adde J. RAYNARD, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC*, 2/2006, p. 597 s., n° 3 : « La jurisprudence, prenant appui sur les analyses les plus traditionnelles, rapporte la cession de ces droits à la vente. »

[1134] Voir J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, n° 11113, p. 65 : « la cession du droit d'auteur est possible : et elle s'apparente à une vente. » ; N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 300, p. 259 : « Malgré leur spécificité indéniable, les contrats de cession du droit d'auteur à titre onéreux doivent être rattachés à ce contrat » ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd., LGDJ, 2012, n° 908 *sq.*, p. 643 et s. ; plus modéré, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8e éd., 2012, n° 459, p. 475 s. : « Même ceux qui pourraient être tenus pour des « ventes » […] » ; *ibid. eod. loc.*, n° 467, p. 507 : « […] le cessionnaire sera bien propriétaire pendant la durée

résultat l'application directe des articles 1582 et s. du Code civil français[1135]. De manière similaire, la licence d'exploitation est qualifiée de louage. Telle est la position d'une jurisprudence[1136] déjà ancienne et constante et de la doctrine majoritaire[1137]. Ceci étant, les articles 1713 et suivants du Code civil français s'appliqueront alors directement aux licences d'exploitation.

---

prévue […] » ; *ibid. eod. loc.*, n° 467, p. 508 : « En bref, l'originalité n'est pas suffisante pour disqualifier [la qualification de vente] » ; *ibid. eod. loc.*, n° 473, p. 514 : « le contrat d'auteur est une vente consentie avec charge d'exploitation pour le partenaire économique » ; n° 503, p. 544 : « […] s'il s'agit bien d'organiser à l'avance le transfert de propriété sur une chose future, ce qui relève des droits réels et de la vente […] ». Indirectement A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 728, p. 634.

Contra F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 940, p. 576 : « On est bien loin de la notion de vente du Code civil. […] Aussi l'emploi du terme de cession est-il au fond assez indifférent, car déconnecté du concept de vente. » Moins clairement, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd. Litec 2012, n° 427 (à propos du contrat d'édition).

[1135] Rappr. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, *passim*, qui distingue entre les cessions auxquels le régime de vente est directement applicable et les cessions innommés (à savoir, les cessions sans contrepartie monétaire mais avec charge d'exploitation pour l'exploitant) auxquels ce régime s'applique par *analogie*.

[1136] En matière de brevets d'invention, pour ne citer que quelques exemples, v. l'arrêt de principe CA Orléans, 13 juill. 1892, *DP*, 1993, 2, p. 329 ; T. civ. Seine, 20 oct. 1922, *Ann. propr. ind.*, 1923, p. 288 ; CA Paris 22 juin 1922, *Ann. Propr. Ind.*, 1923, p. 353 ; CA Paris, 21 oct. 1999, *D.*, 2002, p. 1195, obs. J. Schmidt-Szalewski ; *PIBD*, 2000, 696, III, 181. *Adde* J. RAYNARD, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC*, 2/2006, p. 597 s., n° 3 : « La jurisprudence, prenant appui sur les analyses les plus traditionnelles, rapporte les contrats de licence (de brevets, de marques, etc.) au louage de choses […] ».

[1137] Pour l'ensemble des licences des droits de propriété industrielle, v. B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, n° 450, p. 204-205. A propos des licences des brevets d'invention, v. déjà P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 2, Sirey, 1954, n° 184, p. 264 : « s'il est vrai que le contrat de licence confère au licencié la jouissance du droit d'exploitation, qui est un des attributs du brevet, il n'y a rien de plus que dans le contrat de louage, où le preneur obtient aussi la jouissance de la chose par le moyen d'un droit, qui n'est qu'un droit de créance. » ; voir aussi les références anciennes faites par A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, n° 265, p. 134 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 694, p. 366 : « La licence de brevet est assimilée à un contrat de louage […] » ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007, n° 273, p. 109 ; Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 27. À propos des licences des marques, v. très clairement J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007, n° 659, p. 285 ; E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 66 ; plus modérés J. PASSA, *Traité de la propriété industrielle*, 2e édition, Tome 1, L.G.D.J., 2009, n° 404, p 568 : « L'habitude a donc été prise de faire application des règles du Code civil relatives au contrat de louage de chose. » ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 1593, p. 927 : « il est traditionnel de raisonner, *au moins par analogie*, avec le contrat de vente pour la cession […] et le contrat de louage pour la licence » ; *ibidem*, n° 665, p. 352 : « mieux vaut donc, *de lege lata*, s'en tenir à une analogie avec les contrats de vente et de louage » et n° 1609, pp. 935-936, parlant de l'assimilation des contrats de licence avec le contrat de louage. Comp. F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 1612, p. 936 : « Le régime de la licence s'*inspire* de celui du louage des choses. »

Contra J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, n° 21125, p. 699 : « […] on est en présence de formules originales, de contrats *sui* generis. Aussi bien, même si l'analogie avec la location existe, force est de reconnaître que ces contrats ne sauraient être enfermés dans les catégories classiques du droit civil. » En ce sens, en matière de droit d'auteur P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8e éd., 2012, n° 616, p. 635, parlant d'un « curieux mélange de louage de choses et d'usufruit contractuel ». En matière de brevets d'invention, P. MATHÉLY, *Le nouveau droit français des brevets*, LJNA, 1992, p. 322 : « […] cette assimilation [au contrat de louage] est bien inutile, car les contrats en droit français ne sont pas classés en des catégories définies. En vérité la licence est une *convention sui generis* qui tient de son objet et de son but un caractère original. » ; *idem*, *Le droit français des brevets d'invention*, 2e éd., n° 12991, p. 385, cité par SCHMIDT._2002. Déjà J. MOREL, *De la licence d'exploitation en matière de brevets d'invention*, th. Lyon, 1926 ; M. PLANIOL, note sous CA Orléans,

La double qualification des contrats d'exploitation a certainement aidé à préciser le régime spécial de ces contrats en droit français. Ainsi, la qualification constante de vente pour les cessions a permis la reconnaissance du principe général de l'existence d'une obligation de garantie à la charge du cédant d'un droit de propriété intellectuelle[1138]. Le caractère constant des qualifications retenues a aussi contribué à la prévisibilité du régime applicable. Toutefois, il y a plusieurs arguments qui remettent en question la pertinence de ces qualifications. Ils tiennent à la particularité des contrats d'exploitation par rapport aux contrats spéciaux du droit commun[1139].

i.- Double qualification et particularité de l'objet du contrat d'exploitation.

219.- La qualification civiliste se concilie mal avec les contrats d'exploitation en raison de la nature particulière de leur objet. En effet, l'économie industrielle de l'époque du Code Napoléon (1804) était basée sur les biens matériels-meubles et surtout immeubles[1140]. Ces derniers représentaient la partie la plus importante des actifs des personnes de même que la majorité- sinon la totalité- des transactions portait sur ceux-ci. C'est pourquoi les catégories contractuelles contenues au sein du

---

13 juill. 1892, *DP*, 1893, 2, p. 329. Plus modérés, A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, n° 292, p. 147 : « Bien que l'assimilation semble légitime, tant les points d'accroche entre le contrat de licence et le contrat de louage sont nombreux, le contrat de licence *reste une forme particulière de louage*. » ; J. SCHMIDT, « Les contrats d'exploitation de brevets en droit privé », *in* INSTITUT DE FRANCE, *Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention*, Actes de colloque, Paris- 10 mars 2005, Lavoisier, 2006, p. 18 : « Mais la licence est plus qu'un simple louage. ». Sur la même question, d'un point de vue portugais, v. L.-C. GONÇALVES, « Intellectual property and contract law. Contracts involving industrial property rights-some tentative thoughts », *in* A. RAMALHO, Ch. ANGELOPOULOS, *Crossroads of Intellectual Property* (sous dir. de), Nova Science Publishers, 2012, p. 49 s., not. p. 56-57.

[1138] Sur ce point voir not. Th. LANCRENON, « L'application en clair-obscur des règles de la garantie d'éviction à la propriété intellectuelle », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1317 : « Ce principe de l'application universelle de la garantie d'éviction aux transferts de choses corporelles et incorporelles ne semble pas souffrir de contestation. » En jurisprudence, v. Cass. 1re civ., 19 juin 1990, *Bull. civ.*, I, 1990, n° 177, p. 124, parlant du « principe général de la garantie d'éviction due par le cédant d'un droit de propriété corporel ou incorporel […] ».

Le même principe s'applique également en matière de licences, en tant que partie du régime légal du louage des choses, v. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 966, p. 679. La question de l'obligation de garantie en droit de propriété intellectuelle a fait l'objet des études spécifiques. V. par exemple, J.-M. MOUSSERON, « L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation de brevet d'invention », *Dossiers Brevets*, 1978, I, p. 2 ; J. M. MOUSSERON, « L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation de brevet d'invention », *Mélanges Desbois*, 1974, p. 157 ; Y. BASIRE, « Les clauses de non-garantie dans les contrats de licence de brevet », *Propriété industrielle*, n° 1, 2012, Formule 1.

Pour l'application du régime propre au contrat de louage à l'obligation de garantie du cédant en droit allemand des marques, v. J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 16-04, p. 390.

[1139] Mais, jusqu'à quel point va cette singularité ? MM. VIVANT et BRUGUIÈRE posent la même question à propos des contrats d'auteur, M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 641, p. 438= M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 639, p. 534.

[1140] V. en ce sens, J.-B. SEUBE, « Le droit des biens hors le Code civil », *Les petites affiches*, 15 juin 2005, n° 118, p. 4, n° 4 : « le droit des biens du Code civil est en réalité une exaltation de l'immeuble, conçue pour une civilisation agraire. » Par ailleurs, « des textes conçus pour l'époque des diligences, pour une société essentiellement rurale qu'était la France de 1804, ne peuvent guère convenir à l'ère d'Internet et de la mondialisation », v. R. CABRILLAC, « L'avant-projet de réforme français du droit des obligations », *in* V. SAGAERT (sous dir. de), *La réforme du droit privé en France, un modèle pour le droit privé européen ?*, Larcier, 2009, p. 59 et s. et not. p. 59.

Code civil français, et, par excellence, la vente et le louage, sont conçues pour porter sur des biens matériels[1141] et non sur des biens immatériels[1142], encore moins des biens intellectuels. Sur cette base, les contrats d'exploitation s'éloignent des catégories contractuelles du droit civil, au moins d'un point de vue théorique, en raison du caractère particulier (immatériel) de leur objet[1143]. Les contrats d'exploitation s'éloignent aussi des catégories contractuelles du droit commun d'un point de vue pratique. En effet, l'adaptabilité de la qualification civiliste aux spécificités des objets immatériels dotés d'ubiquité s'avère parfois délicate.

D'une part, l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles pose des questions inédites se conciliant mal avec une réglementation conçue pour la mise en œuvre contractuelle des objets matériels. Par exemple, telle est la question de la pluri-exploitation des propriétés intellectuelles. En matière de contrats d'exploitation, il est parfaitement réalisable de conférer simultanément et à un nombre indéfini de personnes des « titres d'occupation » autonomes d'un bien intellectuel, afin de permettre l'exploitation du même objet de manière superposée (par ex. l'octroi de licences non exclusives portant sur la même prérogative et conclues pour un territoire et pour une durée identiques) ou de manière juxtaposée, à travers l'attribution des droits d'exploitation exclusifs. La législation spéciale du droit civil n'a pas eu à prendre en considération cette réalité étant donné que l'équivalent de la pluri-exploitation dans le monde matériel correspondrait à une location simultanée de la même chose matérielle par plusieurs personnes, dans le cadre de laquelle les co-locataires devaient répartir entre eux la jouissance de la chose louée. Il en va de même de l'obligation d'exploitation[1144]. Sur cette base, le régime propre aux catégories contractuelles civilistes ne sera pas en mesure d'offrir des solutions aux questions intéressant exclusivement le droit des contrats d'exploitation.

[1141] V. en ce sens, not. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 146, p 137 et n° 258, p. 227 ; B. MONTELS, « Contrats de production et d'exploitation des œuvres audiovisuelles », *JurisClasseur Communication*, Fasc. 6085, n° 22, à propos du contrat de louage. Par ailleurs, plusieurs termes employés par le Code civil, tels que la possession (art. 1625) ou l' « objet » (art. 1626) renvoient expressément aux choses matérielles. Sur ce point v. Th. LANCRENON, « L'application en clair-obscur des règles de la garantie d'éviction à la propriété intellectuelle », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1317, pour qui cependant, cette terminologie ne fait obstacle à l'application des règles du droit civil aux contrats ayant pour objet des choses immatérielles. »

[1142] Sur l'ascension des objets immatériels des contrats en général, v. p. ex. J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ, 3e éd., 2001, n° 110, p. 135 : « D'une façon générale, depuis *quelques décennies*, l'objet matériel d'une convention n'est plus exclusivement constitué par une chose corporelle, mais par des choses incorporelles, des valeurs immatérielles comme le savoir-faire, le conseil et l'information […] » ; *Cf.* D. GRILLET-PONTON, « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle », *D.* 2000, Chron. 331, n° 4 : « Le droit des affaires reflète surtout la complexification croissante des objets du contrat […] ».

[1143] Sur la particularité des objets des contrats d'exploitation, v. *infra* n° 297. Sur la relation entre la particularité de l'objet et la particularité des contrats d'exploitation en eux-mêmes, v. *infra* 305 *sq*.

[1144] Sur ce que l'obligation d'exploitation constitue une originalité du droit contractuel de la propriété intellectuelle, v. *infra* n° 220, note n° 1133.

D'autre part, la transposition des règles du droit commun conçues à propos des objets matériels en matière de contrats d'exploitation est aussi problématique. Tel est le cas de l'application du régime de l'obligation de garantie d'éviction due par le cédant au cessionnaire du fait de la contrefaçon, en application de la règle de l'article 1626 du Code civil, propre au contrat de louage. En effet, selon cette règle, le cédant « se trouve dans une situation bien délicate puisqu'il doit une garantie d'éviction dans un domaine où les potentiels troubles de droit émanant de tiers sont très délicats voire impossibles à cerner avec certitude »[1145].

L'analyse précédente démontre que l'analogie entre les contrats d'exploitation et les contrats consacrés par les catégories du Code civil en principe est imparfaite. Dès lors il serait au moins souhaitable d'éviter la transposition mécanique des solutions données à propos de biens matériels aux contrats d'exploitation car « l'application d'une démarche métaphorique aux régimes spéciaux du Code civil est impropre à rendre compte des questions posées par la spécificité de l'objet du contrat[1146]. »

ii.- Double qualification et particularité de l'opération véhiculée par un contrat d'exploitation.

220.- Le rattachement d'une double qualification au contrat d'exploitation peut s'avérer problématique car l'opération véhiculée par les contrats du droit commun s'adapte mal aux particularités de l'opération envisagée par certains contrats d'exploitation. En effet, plusieurs éléments caractérisant l'opération véhiculée par un contrat d'exploitation sont exorbitants des qualifications contractuelles du droit commun.

α.- L'obligation d'exploitation à la charge du cocontractant.

221.- Ainsi que vu précédemment, l'existence d'une obligation d'exploitation à la charge du cocontractant est un élément potentiel -et parfois essentiel- d'un contrat d'exploitation. De son côté,

---

[1145] Th. LANCRENON, « L'application en clair-obscur des règles de la garantie d'éviction à la propriété intellectuelle », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1317 s.

[1146] J. RAYNARD, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC*, 2/2006, p. 597 s., n° 3 ; A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, n° 270, p 137 : « [L]e contrat de licence est indéniablement marqué par son objet immatériel, à l'égard duquel des adaptations se révèlent logiquement nécessaires. » C'est par ailleurs pour cette raison que certains auteurs admettent que les « biens spéciaux » font l'objet des « contrats spéciaux », rappr. J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD Civ.*, 1984, p. 255 et s. et not. p. 214 : « Il arrive forcément un moment où la spécificité d'une situation la différencie de celles auxquelles on peut la rattacher à un niveau de plus grande généralité. On peut fort bien admettre que les nouveaux biens sont des biens spéciaux, comme de nouveaux contrats constituent des contrats spéciaux. » *Cf.* D. GRILLET-PONTON, « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle », *D.* 2000, Chron. 331, n° 4 : « Le droit des affaires reflète surtout la complexification croissante des objets du contrat […] ».

la double qualification de vente ou de louage se rattache aux contrats d'exploitation même en présence d'une obligation d'exploitation. Or, cette double qualification se concilie mal avec l'existence d'une charge d'exploitation. En effet, l'obligation d'exploitation est un élément original du droit des contrats d'exploitation de propriété intellectuelle[1147]. Sur cette base, elle est *a priori* inconnue des qualifications civilistes de vente et de louage. La comparaison entre ces opérations démontre qu'en vérité, l'exploitant (cessionnaire ou licencié) chargé d'une obligation d'exploitation est dans une position sensiblement différente de celle d'un acheteur ou d'un locataire du droit commun. En réalité, un propriétaire ou un locataire d'un immeuble ont un pouvoir discrétionnaire de ne pas utiliser le bien acquis ou loué. A l'opposé, le cessionnaire ou le concessionnaire d'un contrat d'exploitation avec charge d'exploitation n'a pas cette liberté. En vérité, par la conclusion de la cession ou de la licence avec charge d'exploitation, le titulaire ne lui a pas attribué seulement la possibilité d'exploiter mais, au contraire, lui a confié l'exploitation de son droit. Ceci signifie que le cessionnaire ou le concessionnaire sera obligé d'avoir un rôle actif afin de mettre en valeur l'objet du droit d'exploitation transmis (l'œuvre de l'esprit, l'invention ou la marque)[1148]. De son

---

[1147] Sur cette originalité v. de manière générale, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 975, p. 686 : « L'obligation d'exploiter est l'une des originalités majeures de la propriété intellectuelle. » ; en matière des cession de droit d'auteur, plus réticent, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8e éd., 2012, n° 473, p. 490, pour qui la charge d'exploitation aux cessions en droit d'auteur est « une particularité […] exorbitante du droit commun, qui doit être marquée », sans toutefois rejeter la qualification de vente, emportant une cession à caractère fiduciaire. A propos des licences, A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, n° 269, p. 136 : « des obligations qui ne s'inspirent pas des solutions applicables en matière de louage ont été « découvertes » telle l'obligation, imposée au licencié, d'exploiter le bien objet du contrat de licence, même en l'absence de toute disposition expresse en ce sens. » ; J. SCHMIDT, « Les contrats d'exploitation de brevets en droit privé », *in* INSTITUT DE FRANCE, *Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention*, Actes de colloque, Paris- 10 mars 2005, Lavoisier, 2006, p. 18 : « Mais la licence est plus qu'un simple louage. » ; moins clairement, *idem* note sous CA Paris, 21 oct. 1999, *D.*, 2002, p. 1195 : « […] la jurisprudence met à la charge du licencié l'obligation d'exploiter le brevet, *qui ne figure pas dans le droit commun du bail*, Cass. com., 16 mai 1961, *Bull. civ.* III, n° 212 et jurisprudence constante) » ; P. MATHÉLY, *Le nouveau droit français des brevets*, LJNA, 1992, p. 322 : « En vérité la licence est une convention sui generis qui tient de son objet et de son but un caractère original. » Comp. article premier, par. 1 b. de l'ancien Règlement 772/2004, préc., classant les contrats de cession des droits de propriété intellectuelle dans le cadre desquels « une partie du risque lié à l'exploitation de la technologie est supportée par le cédant, notamment lorsque le montant dû au titre de la cession dépend du chiffre d'affaires réalisé par le cessionnaire avec les produits qui sont produits » au sein de la catégorie des accords de transfert de technologie, à côté des licences. *Adde* Le Groupe Européen du Max-Planck « Conflict of Laws in Intellectual Property-Clip », « Les relations conflictuelles de la propriété intellectuelle et la réforme du droit international privé en Europe », *Propr. Intell.*, n° 24, juill. 2007, p. 291 et s., p. 299 : « le CLIP propose de modifier l'article 4.1 *f)* de la proposition en une présomption en faveur de la loi du cédant ou du donneur de licence qui, cependant, exclut les contrats dans lesquels le cessionnaire ou le licencié a accepté une obligation *explicite ou implicite* d'exploiter les droits de propriété intellectuelle. »
Voir toutefois, E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 95 pour qui l'obligation d'exploitation en matière des marques « n'est en fait que l'expression de l'article 1728 du Code civil [français], qui indique que le preneur doit user de la chose conformément à sa destination. »

[1148] En ce sens, en droit français, J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, n° 21125, p. 698 : « Le souhait de l'auteur n'est pas tant de conférer la jouissance d'un bien à une personne qui en fasse usage (ce qui serait le cas d'une licence pure et simple), que de confier son œuvre aux mains d'autrui afin qu'elle soit mise en valeur : l'exploitation des droits en cause est *l'objectif essentiel*. » ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd. Litec

côté, le cocontractant dans le cadre d'un contrat d'exploitation avec charge d'exploitation ne cherche pas à obtenir uniquement la possibilité d'accès à l'objet immatériel protégé par le droit d'exploitation, mais veut tirer lui-même un profit à travers une exploitation auprès du public[1149]. Sur cette base, le cessionnaire ou licencié devient un véritable exploitant du droit transmis. Il semble ainsi que l'existence d'une charge d'exploitation à l'encontre du cocontractant attribue au contrat d'exploitation une finalité particulière[1150] et distincte de la simple transmission de la maitrise économique et juridique traditionnellement envisagée par le contrat de vente et de louage[1151]. La différence de finalité du contrat correspond *a priori* à une différence de structure de la qualification[1152]. Il en découle que le rattachement du contrat d'exploitation avec charge d'exploitation aux qualifications civilistes des ventes ou de louage paraît inapproprié.

2012, n° 416 : « L'exploitant, partie à un contrat d'exploitation, n'est pas le bénéficiaire d'une cession pure et simple qui lui permet, en toute liberté de ne pas exploiter l'œuvre. Ayant conclu un contrat « d'exploitation », il doit avoir un rôle actif comme le précise l'article L. 131-3 du CPI : il doit exploiter l'œuvre, ce qui constitue une *obligation fondamentale à sa charge*. » ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 7e éd., 2010, n° 262, p. 453 : « ce n'est pas parce que le cessionnaire acquiert régulièrement les droits qu'il pourra en faire ce qu'il voudra, en premier en n'exploitant pas et s'assoupissant ; il devra mettre l'œuvre en valeur » (même si cet auteur qualifie finalement les cessions en droit d'auteur de ventes avec charge d'exploitation ») ; plus générique B. MONTELS, « Contrats de production et d'exploitation des œuvres audiovisuelles », *JurisClasseur Communication*, Fasc. 6085, n° 20, qui parle d'une « fréquente inadéquation » de la qualification de vente. Moins clairement, M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 822, p. 672, qualifiant une licence d' « une sorte de louage avec charge d'exploitation. » *Cf.* B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 29 *sq.*, p. 50 s., qui trace la ligne entre « les véritables producteurs (fiduciaires) » chargés d'obligation d'exploitation et les « simples diffuseurs » d'une œuvre audiovisuelle. En jurisprudence, Cass. 1er civ, 5 janv., 1970, *D.*, jurispr., p. 281, note A. Breton.

[1149] En ce sens, à propos des licences en droit d'auteur, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 3ème éd., Litec, 2006, n° 567.

[1150] Une « économie » particulière ? V. sur ce point, J. MOURY, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 382. Comp. sur ce point N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 979, pp. 688-689 : « L'intention des parties est d'exploiter le bien, cela concourt à la cause objective de la convention pour le concédant. »

[1151] Certes, des cessions ou licences pures et simples sont certainement envisageables. Sur ce point, v. par exemple, J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 649, p. 575 : « […] au titre d'une *simple cession* du droit de reproduction, le cessionnaire pourrait à sa guise publier l'œuvre ou s'en abstenir, contrairement à l'éditeur. […] [Une simple cession « civiliste »] offre liberté au cessionnaire de procéder à la publication au moment où il le juge opportun, ou encore au regard de la liberté de suspendre l'exploitation en se réservant la possibilité de la reprendre et sans s'exposer à une résiliation du contrat. Contrairement à un éditeur, le simple cessionnaire aurait la faculté de céder librement ses droits à un tiers. » A propos des licences, *a contrario*, J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, n° 21125, p. 698 : « Le souhait de l'auteur n'est pas tant de conférer la jouissance d'un bien à une personne qui en fasse usage (ce qui serait le cas d'une licence pure et simple) […] ». Rappr. M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 47, p. 57, parlant du simple cessionnaire : « Libre d'exploiter l'œuvre au moment et selon les modalités qu'il jugerait opportunes, libre encore de ne pas exploiter, le cessionnaire disposerait d'une maitrise totale de l'œuvre, l'auteur s'étant dessaisi de son droit. »
Quant à elles, elles sont certainement plus proches à la finalité d'un contrat de vente ou de louage respectivement. L'argument de la particularité de l'objet du contrat sera dans ce cas déterminant, afin de rejeter la double qualification civiliste du contrat.

[1152] V. en ce sens, J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, LGDJ, coll. « Bibl. de droit privé », tome 311, 1999. *Cf.* J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 301, p. 335. *Cf.* J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD Civ.*, 1984, p. 255 s., p. 266.

Notons cependant que pour une partie de la doctrine, les contrats d'exploitation avec charge d'exploitation, loin d'être autonomes, ne constituent que des espèces nouvelles de contrats connus du droit civil et plus précisément des variétés de ventes ou de louages[1153]. En effet, pour les partisans de cette approche, la charge d'exploitation n'est pas un élément inconnu aux qualifications du droit commun. Il a été soutenu que la charge d'exploitation était une obligation accessoire de l'obligation de paiement d'un prix proportionnel[1154]. Il a été également souligné que le contrat d'exploitation avec charge d'exploitation se rapprochait de la figure contractuelle de la location-gérance (d'un fonds de commerce par exemple), elle-même variété du contrat de louage[1155]. Cette approche ne devrait toutefois pas être admise. En effet, comme l'affirment, à juste titre selon nous, Mme et MM Lucas, l'obligation d'exploitation et la rémunération proportionnelle sont des éléments

---

[1153] Selon une métaphore stellaire, les contrats d'exploitation avec charge d'exploitation sont des « satellites » gravitant autour de grandes et anciennes « planètes contractuelles », suite à un effet de « tropisme juridique ». Allégorie faite par D. GRILLET-PONTON, « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle », *D.* 2000, Chron. 331, n° 2. *Cf.* la théorie sur les contrats *typiques* et *atypiques* dans D. GRILLET-PONTON, *Essai sur le contrat innommé*, Thèse Ronéot, Lyon III, 1982.
En ce sens, v. not. P.- Y. ANTONMATTEI**,** J. RAYNARD**,** *Droit civil, contrats speciaux*, 4e éd., Litec LexisNexis, 2004, n° 4, p. 3 : « Les contrats de cession et de licence de brevet réglementés dans le CPI ne sont que vente et bail de biens corporels. » ; N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 16, p. 17 et *ibidem* n° 501, p. 443 : « loin de se détacher des modèles définis par le Code civil, les contrats d'exploitation en sont des variétés particulières ». Indirectement B. MONTELS, « Contrats de production et d'exploitation des œuvres audiovisuelles », *JurisClasseur Communication*, Fasc. 6085, n° 21 : « Il faut avoir une qualification unitaire en droit de propriété intellectuelle et accepter la distinction cession-licence mais il n'est pas nécessaire d'opter pour une qualification spécifique. Pour la qualification de vente en matière des cessions avec charge d'exploitation, v. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 303, p. 261 : « plus précisément les contrats translatifs pour toute la durée du monopole s'accompagnant d'une contrepartie monétaire pour l'auteur avec charge d'exploitation sont qualifiés « ventes avec charge d'exploitation » Pour la qualification de louage en matière des licences avec charge d'exploitation, v. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 316, p. 275, à propos des licences temporaires avec charge d'exploitation, « lorsque la convention prévoit une contrepartie monétaire, la qualification de louage de choses s'impose sans difficulté que le contrat comporte ou non une obligation d'exploiter » ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 822, p. 672 : « […] nous pourrions dire ici que la licence est une sorte de louage avec charge d'exploitation- ce qui permet de distinguer cette figure de celle du contrat de représentation, porteur lui aussi d'une simple autorisation mais dont il n'est pas assuré qu'il emporte obligation d'exploitation. » ; B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 94, p. 144, qui assimile la licence avec le louage malgré la spécificité d'objet mais sans examiner la spécificité de la charge d'exploitation,: « […] il est préférable d'utiliser le vocable licence pour désigner une variété de concession-portant sur un droit particulier-dont l'objet est un droit de propriété intellectuelle. »

[1154] En ce sens, N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 314, p. 273 et les références citées ; J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, Tome 2, LGDJ, 2013, n° 593, p. 640.

[1155] V. l'art. L. 144-1 Code de Commerce français. V. en ce sens, S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 513 ; N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, p. 270, note n° 1. Comp. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8e éd., 2012 n° 467, p. 485, assimilant la location-gérance avec les simples autorisations : « Dans le cas de simples autorisations (concessions ou licences) on se rapproche alors du louage, *une sorte de* location-gérance de l'œuvre, car le concessionnaire de l'œuvre loue l'œuvre pour l'exploiter. » Rappr. B. MONTELS, « Contrats de production et d'exploitation des œuvres audiovisuelles », *JurisClasseur Communication*, Fasc. 6085, n° 22.

relevant de préoccupations de nature différente[1156]. Effectivement, la charge d'exploitation peut être mise à la charge du cocontractant indépendamment de l'existence ou de la nature du prix, comme l'attestent certains domaines d'édition. Dès lors, l'argument du caractère accessoire de l'obligation d'exploitation est assez faible[1157]. De même, le rattachement d'une licence d'exploitation avec charge d'exploitation à une location-gérance semble assez artificiel pour être admis, surtout si nous prenons en considération la particularité de l'objet d'un contrat d'exploitation des propriétés intellectuelles[1158].

β.- Le lien étroit entre les parties.

222.- En matière de contrats d'exploitation, des liens étroits se tissent entre les parties. Ceci s'exprime, d'une part, par la reconnaissance du caractère *intuitu personae* desdits contrats et l'imposition de restrictions à la rétrocession du droit du cocontractant à des tiers, à savoir, l'exigence, *a priori*, d'accord préalable du titulaire pour conclure des sous-contrats et le transfert du contrat[1159]. D'autre part, les contrats d'exploitation ont pu être qualifiés de contrats d'intérêt

---

[1156] A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 673, p. 595 (à propos des cessions de droit d'auteur).

[1157] Comp. S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 548, qui rejette la qualification de vente pour les contrats d'exploitation ayant comme obligation principale l'obligation d'exploiter, seule la qualification de louage étant possible faute de mieux et *ibidem*, n° 549, p. 588 : « le rapprochement avec le bail « se présente comme la meilleure des solutions ». De même, selon le même auteur, dans le cas de rémunération forfaitaire « le cocontractant ne supporte tous simplement d'obligation d'exploiter » (*op. cit.*, n° 547, et 587). Or, les parties ne sont-elles pas libres de prévoir une obligation d'exploitation en cas de cession forfaitaire, voir en cas de cession dépourvue de prix monétaire ? Rappr. *ibidem* n° 525 : « Reste à ne pas négliger une conséquence qui en constitue l'inévitable corollaire : la qualification de vente est exclue lorsque l'obligation d'exploiter est stipulée en dépit de la prévision d'une rémunération forfaitaire. » *Adde* N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 293, pp. 252-253 et n° 301, p. 260, pour qui, la cession sans contrepartie monétaire mais avec la charge d'exploitation ne pourrait pas se réduire à une vente ou à une donation (en absence d'intention libérale, ce qui est possible), et devrait à ce titre être qualifiée de *contrat translatif à titre onéreux innommé*. Toutefois, alors qu'elle accepte la possibilité d'une cession forfaitaire avec une charge d'exploitation « certes dérogatoire », elle retient la qualification de vente avec charge d'exploitation (n° 298, p. 257).

[1158] Voir *infra* n° 297 *sq*.

[1159] Pour l'affirmation du caractère *intuitu personae* des contrats d'exploitation en doctrine v., en matière de propriété littéraire et artistique, A. LUCAS, « Droit d'auteur. Exploitation des droits. Dispositions spécifiques à certains contrats. Contrat d'édition », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1320, n° 9 et A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 761, p. 658 s. (à propos du contrat d'édition) ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 940, p. 577 et 578 ; *cf.* Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd. Litec 2012, n° 428, à propos du contrat d'édition. Expressions légales du caractère i*ntuitu personae* d'un contrat d'exploitation peuvent être retrouvées dans la partie spéciale du droit contractuel d'auteur. V. ainsi l'art. L. 132-16 du CPI en matière de contrat d'édition et l'art. L. 132-19 dern. al. en matière de contrat de représentation. Comp. cependant l'inexistence d'*intuitus personae* dans le cas du contrat général de représentation, v. en ce sens M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 764, p. 636. En droit des brevets, v. J. AZEMA, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, coll. Précis, Dalloz, 6e éd., 2006, n° 510, p. 312 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 695, p. 366 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007, n° 276, p. 111. En matière des marques, E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *Jurisclasseur Marques – Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 101 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, Montchrestien, 1999, n° 1340, p. 628 : « Cependant, parce que le contrat principal est conclu *intuitu personae*, doctrine et

commun[1160]. En effet, dans certaines hypothèses[1161] les parties des contrats d'exploitation « ont un but commun, c'est-à-dire elles font cause commune[1162]», surtout lorsqu'une obligation d'exploitation incombe au cocontractant. Ce but commun est l'exploitation fructueuse des objets immatériels protégés par les propriétés intellectuelles[1163]. C'est d'ailleurs sur cette base que certains

---

jurisprudence, confortées par les stipulations contenues dans les contrats, s'accordent pour exiger l'autorisation du concédant de la licence. » ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 1610, p. 935 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007, n° 662, p. 285 : « la sous-licence suppose l'accord du concédant principal. »

Pour une vue d'ensemble en matière des licences des droits de propriété industrielle, v. G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 99 s.

Comp. e*n droit grec*, v. M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 2004, p. 244, n° 550 et p. 233, n° 522 ; A. DESPOTIDOU, « Article 13 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, n° 44-45, p. 369 ; I. NIKOLOPOULOS, *La cession du droit patrimonial du droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2005, p. 106 ; D. KALLINIKOU, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd., Sakkoulas, 2008, p. 202 ; G. KOUMANTOS, *Droit d'auteur*, 8e éd., Ed. Sakkoulas, 2002, p. 343 ; indirectement V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 972, p. 852 ; M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, p. 76 (brevets d'invention), M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 2004, n° 567 s., pp. 258-259.

En droit comparé, v. C. COLOMBET, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde : approche de droit comparé*, 2e éd, Litec/UNESCO 1992, p. 105.

V. not. A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 761, p. 658 s. Le même auteur parait, néanmoins, plus réticent á accepter le caractère « *bilatéral* » de l'*intuitus personae* dans un autre ouvrage : A. LUCAS, « Droit d'auteur. Exploitation des droits. Dispositions spécifiques à certains contrats. Contrat d'édition », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1320, n° 9. *Cf.* aussi Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd. Litec 2012, n° 428.

En matière des brevets il est admis que le caractère *intuitus personae* est ici, sauf clause contraire, à sens unique, c'est-à-dire « que la considération de la personne même du donneur de licence est indifférente au licencié, tant que ce donneur de licence est bien propriétaire du brevet… », F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, Montchrestien, 1999, n° 720, p. 377. *Contra* J.-J. BURST, « Licence de Brevets- Effets du contrat de licence –Fin du contrat de licence », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 491, n° 147 et 148.

Voir toutefois A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 630, p. 558 : « Quant à l'*intuitus personae*, il n'est pas de l'essence de la licence […] »

[1160] En ce sens, pour les contrats d'exploitation en matière de droit d'auteur v. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8e éd., 2012, n° 459, p. 475 s. ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd. Litec 2012, n° 428 (à propos du contrat d'édition) ; B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 33, p. 56, qui parle de « communauté d'intérêt » et d'« *intérêt mixte* » entre le titulaire et l'exploitant.

En jurisprudence, v. CA Paris, 12 févr. 2003, CCE, 2003, n° 6, p. 23-25, note Ch. Caron (contrat d'édition) ; T. com. Seine, 21 juin 1937, *Gaz. Pal.* 1937, 2, p. 583. En matière de droit des brevets, A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, n° 299 *sq*., p. 151 s.

En droit comparé, v. M. JOSSELIN, « The concept of the contract for the exploitation of author's rights : a comparative approach », *Bull. UNESCO*, vol. XXVI, n° 4, 1992, p. 6-16, disponible sur : < unesdoc.unesco.org/images/0009/000945/094583eo.pdf>, p. 6, parlant de « *joint endeavour* ».

[1161] Le contrat d'exploitation sera un contrat d'intérêt commun surtout lorsqu'il comporte une obligation d'exploitation à la charge du cocontractant et *a fortiori*, lorsqu'un prix proportionnel est stipulé.

[1162] A. de GUILLENCHMIDT-GUIGNOT, « Typologie des contrats », *JurisClasseur contrats – distribution*, Fasc. 15, n° 60. *Cf.* l'article L. 330-3 du Code de commerce, inséré par la *loi Doubin* (L. n° 89-1008, 31 déc. 1989 : Journal Officiel 2 Janvier 1990).

[1163] L'exploitation indirecte, autrement dit « [l]a cause du contrat, c'est-à-dire l'opération envisagée par les parties, le but du contrat est commun aux parties », A. de GUILLENCHMIDT-GUIGNOT, « Typologie des contrats », *JurisClasseur contrats – distribution*, Fasc. 15, n° 60. *Cf.* S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 2, p. 2 : « il ne faut pas ignorer la force d'un rapport dont la permanence est la meilleure garantie de l'accès du public aux œuvres créées ».

auteurs attribuent aux cessions du droit d'auteur un caractère fiduciaire[1164]. L'imbrication des intérêts des deux parties[1165] mène à la création d'un lien (juridique et économique) très étroit entre le titulaire et l'exploitant, un « microcosme » entre des contractants-partenaires[1166]. Les contrats d'exploitation deviennent sur cette base des contrats moins collatéraux et plus collaboratifs[1167].

De leur côté, les ventes ou louages du Code civil relèvent davantage de la catégorie des « contrats-échange »[1168]. Ainsi, ils ne se caractérisent par aucun intérêt commun entre les parties, au contraire. Sur cette base, l'économie des contrats d'exploitation est, le plus souvent[1169], bien différente de celle des catégories civilistes de vente ou de louage auxquelles elle s'assimile[1170]. Il est également significatif de noter que pour la licence, par dérogation de l'art. 1717 du Code civil français qui « devrait » normalement s'appliquer, il est admis que par défaut, le licencié n'a pas le droit d'octroyer de sous-licences[1171].

[1164] V. not. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8e éd., 2012, p. 490, note n° 5, qui assimile le caractère fiduciaire à l'intérêt commun des parties. Voir *supra* n°197 pour davantage de références.

[1165] *Cf.* Y. IWASAKI, « La licence en tant qu'outil d'expansion pour l'entreprise », présentation *in Propriété industrielle Bulletin documentaire (PIBD)*, 01/07/2001, n° 723, pp. 105 -106 et not. p. 105. En droit d'auteur, ce lien étroit peut prendre parfois la forme *d'un rapport personnel*. En ce sens, v. S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 1, p. 1 et not. note n° 4.

[1166] Comp. R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, tome III, 1931, n° 3 : « Les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. », cité par M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, p. 605, note n° 9. V. aussi P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8e éd., 2012, n° 473, p. 490, qui parle de « partenaire économique ».

[1167] C'est le terme employé élaboré par le groupe des privatistes de Pavie pour le Titre deuxième du Livre deuxième du Code Européen des contrats, qui s'oppose aux contrats « collatéraux », comme la vente. V. les travaux de la Conférence Internationale de Pavie des 27-28 juin 2009, disponibles sur : < www.eurcontracts.eu>. Comp. J.-J. BURST, *Breveté et licencié : leurs rapports juridiques dans le contrat de licence*, Litec, coll. CEIPI, 1970, p. 89 et A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, n° 273, p. 138, parlant de l'*affectio societatis* qui caractérise les contrats d'exploitation. *Cf.* Ch. CARON, « Gatsby le Magnifique au pays des auteurs et des éditeurs », *Communication Commerce Électronique*, 1/3/2011, n° 3, p. 1. Dans le même sens, R.-L. STEVENSON, « Auteurs et éditeurs », *in Essais sur l'art de la fiction*, Payot, 1992, p. 287 : « L'auteur, l'éditeur, l'imprimeur, le libraire, le fabricant de papier, tous solidaires, sont comme des puces sur le dos les uns des autres ».

[1168] Catégorisation propre à P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation » *in L'avenir du droit, Mélanges F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 636, cité par A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, n° 276, p. 139.

[1169] Certes, des « contrats-échanges » existent aussi en matière de contrats d'exploitation. On songe ici à une licence purement permissive (licence pure et simple), accompagnée d'un prix forfaitaire et dépourvue d'une obligation d'exploitation.

[1170] Du point de vue du droit des brevets, v. J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, Tome 2, LGDJ, 2013, n° 579, p. 632 ; Cass. com., 17 mars 2004, *PIBD*, 2004, n° 788, III, 346. *Contra* G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 103 : le caractère *intuitu personae* de la licence n'a pas de conséquence sur la qualification du contrat, qui dépend plus particulièrement de ses effets caractéristiques. […] Les différences entre les deux contrats [licence et louage] tiennent toutes au droit de propriété industrielle et donnent son originalité à la licence. Mais, elles n'impliquent pas que les relations des parties soient différentes dans ces deux contrats. »

[1171] En ce sens, A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, n° 270, pp. 136-137.

γ.- Le caractère temporaire de la cession.

223.- Selon le droit commun, une cession ne peut être que définitive et irrévocable. Or, comme nous l'avons vu, le CPI reconnait expressément des cessions temporaires en matière de droit d'auteur. De même, dans l'hypothèse où une obligation d'exploitation est stipulée dans le contrat à l'encontre du cessionnaire, ces cessions correspondent à des contrats à exécution successive, à la durée limitée. Les cessions temporaires sont un concept exorbitant du droit commun des contrats[1172]. Cette originalité des cessions du droit d'auteur semble assez problématique quant au choix de la qualification du droit commun de la vente[1173]. Ici encore, une partie de la doctrine a tenté de diminuer l'importance de cette originalité par rapport au contrat de vente, en rapprochant une cession temporaire d'une vente à condition résolutoire, assimilable à la figure de « vente à réméré »[1174]. L'artificialité de cette assimilation conduit d'autres auteurs à abandonner l'idée de la qualification de vente au profit de la fiducie[1175] ou même du démembrement conventionnel

---

[1172] En ce sens, v. M.-E. LAPORTE, « Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle », *JCP, éd. G* 1991, I, 3540, p. 371 et s. et not. n° 25, p. 374 : « Il ressort donc que le droit acquis par le cocontractant est limité soit dans le temps, soit par un nombre de représentations. Or, l'une des caractéristiques de la cession ou de la vente est d'opérer un transfert instantané mais définitif de la propriété. » ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8e éd., 2012, n° 467, p. 484 : « ajoutons simplement que, *contrairement à la vente du droit commun*, définitive et irrévocable, les cessions d'auteur sont généralement limitées dans le temps […] » Comp. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 324, p. 281: « Selon que l'exploitation est exclusive et opérée ou non pour toute la durée des droits, la qualification en droit civil ne sera pas la même. »D'un point de vue grec, v. I. NIKOLOPOULOS, *La cession du droit patrimonial du droit d'auteur*, Ed. Sakkoulas, 2005, p. 286.

[1173] Sur ce point v. Cass. 1re civ., 8 juin 1999, *Sté Colorado* c/ *Sté Lee Cooper International*, *Juris-Data* n° 003227, *Comm. comm. electr.*, octobre 1999, p. 18, note Ch. Caron : « D'ailleurs, le contrat de cession doit, comme le précise l'article L. 131-3 alinéa 1er, du Code de la propriété intellectuelle, préciser la « durée » de la cession. Peut-il être qualifié de vente, alors même que le transfert de propriété est temporaire ? Le doute est permis : la convention est-elle une vente assortie d'un terme extinctif ? Est-ce un contrat *sui generis* ou un contrat de louage ? Peut-on parler de transfert de propriété ? ».

[1174] En ce sens, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8e éd., 2012, n° 467, p. 485 : « En bref, l'originalité n'est pas suffisante pour disqualifier. » ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 698, p. 587. Comp. S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 450, p. 308, qui qualifie de vente le cas de création d'un démembrement en vue de son transfert. D'après cet auteur, la cession serait une vente qui emporterait la constitution d'un démembrement du droit d'exploitation mais aussi le transfert de ce droit. Comp. En matière de propriété industrielle, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, Montchrestien, 1999, n° 604, p. 225, parlant de vente sous condition résolutoire ou *buy-back*. Voir aussi F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 670, pp. 354-355. Sur ce dernier voir not. G. RAYMOND, « Analyse juridique du « buy-back » », *Contr. Concurr. Consomm.*, Aout-septembre 1991, p. 3. *Contra* N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 283, p. 245 ; M.-E. LAPORTE, « Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle », *JCP, éd. G* 1991, I, 3540, p. 371 et s. et not. n° 25, p. 374.

[1175] Certains auteurs attribuent la possibilité de transfert temporaire en droit d'auteur au *caractère fiduciaire* au contrat de cession (*cessions fiduciaires*). En fait, la fiducie permet de transférer la titularité d'un bien à un gérant unique, qui bénéficiera d'une liberté plus grande qu'un simple mandataire, mais qui sera néanmoins tenu de satisfaire la confiance (*fiducia*) du cédant. En ce sens, v. p. ex. B. MONTELS, « Contrats de production et d'exploitation des œuvres audiovisuelles », *JurisClasseur Communication*, Fasc. 6085, n° 8 : « En effet, la cession […] a une nature fiduciaire qui […] s'accommode parfaitement d'un transfert seulement temporaire des droits. » ; N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 283, p. 245, qui, toutefois, finalement rejette cette qualification. *Cf.* P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8e éd., 2012, n° 473, p. 490 et B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*,

assimilable à l'usufruit[1176]. En définitive, les cessions temporaires du droit d'auteur soulèvent des difficultés importantes lors de leur interaction avec les figures contractuelles du droit commun[1177]. Ceci démontre que l'acceptation de la qualification de vente pour les cessions du droit d'auteur ne peut aller de soi.

224.- L'analyse précédente a démontré que la double qualification des contrats d'exploitation de vente et de louage était inappropriée pour des raisons tenant à la nature particulière de l'objet et de l'opération véhiculée par un contrat d'exploitation. « Si certaines conventions sont irréductibles aux modèles du Code civil, il faudra le dire », nous invite Mme Blanc[1178]. Il nous apparaît que l'originalité des contrats d'exploitation telle que présentée plus haut met en évidence les limites inhérentes à l'adoption de la double qualification de vente et de louage[1179].

225.- La qualification *sui generis* : une solution « faute-de-mieux ». Notons sur ce point que certains auteurs[1180] ont qualifié les contrats d'exploitation de contrats *sui generis*[1181] à cause de la

---

PUAM, 2001, n° 33, p. 55, qui qualifient les cessions en droit d'auteur de nature fiduciaire, pour justifier toutefois l'existence d'intérêt commun entre le titulaire et l'exploitant pour l'exploitation du bien immatériel ou l'existence d'une charge d'exploitation à toute cession du droit d'auteur (sur cette dernière v. *infra* n° 197. *Contra* S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 518 *sq*.

[1176] V. p. ex. en droit français, S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n°[s] 441 *sq.* ; R. LIBCHABER, « Une cession temporaire d'usufruit ? », *Defrénois*, 2008, art. 38816, n° 2 et s. Rappr. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 8[e] éd., 2012, n° 616, p. 635, parlant d'un « curieux mélange de louage de choses et d'usufruit contractuel », pour le contrat de concession.

[1177] S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 435, p. 298 : « Le concept de cession partielle n'en soulève pas moins une difficulté d'analyse. » ; comp. R. LIBCHABER, « Une cession temporaire d'usufruit ? », *Defrénois*, 2008, art. 38816, n° 2 et s.

[1178] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 259, p. 228. Comp. P.- Y. ANTONMATTEI**,** J. RAYNARD**,** *Droit civil, contrats speciaux*, 4[e] éd., Litec LexisNexis, 2004, n° 5, p. 5 : « Sauf à déformer des qualifications existantes, il faut parfois admettre le sui generis. » Rappr. J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ, 3e éd., 2001, n° 106, p. 131 : « L'élargissement des catégories de rattachement ou le renforcement de la théorie générale du contrat a nécessairement pour effet de détruire les classifications préétablies par l'harmonisation de leurs régimes juridiques. »

[1179] *Cf.* J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, Les effets du contrat, LGDJ, 3e éd., 2001, n° 104, p. 126 : « On a essayé de définir le contrat innomé comme un contrat étranger aux catégories nommées, légales ou extra-légales, issues du code civil ou apparues postérieurement, soit que cette résistance […] mette en évidence les limites inhérentes à telle ou telle catégorie nommée, à propos de formes contractuelles hétérodoxes mais conceptuellement atypiques. »

[1180] Voir *supra* n° 216.

[1181] Littéralement, un contrat *sui generis* signifie un « contrat de son propre genre », N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 141, p. 131 ; A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 11[e] éd., Montchrestien, 2007, n° 9, p. 6. En fait, l'attribution de la qualification *sui generis* présuppose l'existence d'une convention portant la marque *d'autonomie conceptuelle véritable*, autrement dit, d'une nouveauté ou une spécificité remarquable. Sur les conditions strictes de l'affirmation de l'innommé en droit français, v. à titre indicatif, J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ, 3e éd., 2001, n° 109, p. 132 ; F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, n° 604, p. 481 : « Pour qu'il y ait acte innomé, il faut que celui-ci soit *effectivement nouveau* par rapport aux classifications antérieurement admises par le législateur ou consacrées par la jurisprudence. » Sur la source du caractère innommé, v. à titre indicatif, J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ, 3e éd., 2001, n° 104, p. 126 et *ibidem*, n° 111, p. 136. *Cf.* J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 313, p. 352. Par ailleurs, « la dématérialisation aboutit à la création de l'innomé. », D. GRILLET-PONTON, *Essai sur le contrat innommé*, th. Lyon III, 1981, n° 113 et s., p. 123 et s. Sur le

négation de la double qualification. Toutefois, l'adoption de la qualification *sui generis* pour les contrats d'exploitation présente également plusieurs inconvénients. Plus précisément, le recours à l'innommé est l'expression d'un « doute juridique »[1182] et la qualification *sui generis*, malgré sa flexibilité lors de la précision du régime applicable[1183], n'est souvent qu'une commodité ou simplement un « refus paresseux d'analyse »[1184]. Plus important, la qualification *sui generis* ne permet pas de combler le régime spécial avec constance. En effet, par application de la qualification *sui generis* le régime spécial sera complété à travers l'application par analogie des règles propres à d'autres contrats comparables[1185]. Sur cette base, l'adoption de la qualification *sui generis* aboutira donc à une qualification distributive *ad hoc*, en fonction du contrat individuel en question. Par conséquent, la qualification *sui generis* d'un contrat d'exploitation est empreinte d'incertitude[1186] et n'est qu'une solution « faute-de-mieux »[1187].

4°.- L'efficacité limitée des interventions doctrinales et jurisprudentielles *ad hoc*.

226.- Des interventions doctrinales ou jurisprudentielles *ad hoc* sont susceptibles de combler ou éclaircir le régime spécial des contrats d'exploitation, et d'offrir effectivement des solutions

---

degré de l'innommé, v. *eod. loc.* n° 132, p. 144 : « On s'élève d'un degré dans l'innommé lorsque l'autonomie d'une opération nouvelle apparait tout à la fois sous l'angle de l'objet des obligations et sous celui de l'objet du contrat. »

[1182] Pour certains, l'adoption de la qualification *sui generis* est l'aveu de l'échec du syllogisme de la qualification civiliste des ces contrats D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 4e éd., Dalloz, 2004, n° 11, p. 18 : « Enfin la qualification peut échouer. Le contrat sera alors un contrat *sui generis*. » En outre, pour certains, la qualification *sui generis* n'est pas une vraie qualification mais un simple constat d'échec de la tentative de qualification, en ce sens, A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Montchrestien, 2007, n° 9, p. 6. Comp. M.-Th. MARINOS, « Accords de transfert de technologie-questions élémentaires et problèmes », *EEmpD*, 1998, p. 719 et s. et not. p. 738, parlant de « *έκφραση νομικής απορίας* » [expression d'un embarras juridique].

[1183] En ce sens, M.-Th. MARINOS, « Accords de transfert de technologie-questions élémentaires et problèmes », *EEmpD*, 1998, p. 719 et s. et not. p. 738, parlant de « *πλεονέκτημα μιας ελαστικής αξιολόγησης* » [l'avantage d'une appréciation flexible].

[1184] J. HUET, « De la « vente » de logiciel », *in* Mélanges P. Catala, *Le droit privé à la fin du XXe siècle*, Litec, 2001, p. 799 et s. et not. n° 12, p. 806.

[1185] L'analogie est la technique de définition du régime juridique des contrats irréductibles aux cadres préexistants, N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 12, p. 12 ; *ibid.* n° 259, p. 228 : « Le caractère innommé de ces conventions en droit civil n'interdira pas, pour autant, de leur appliquer par un raisonnement analogique, certaines règles des contrats spéciaux du Code civil. » *Cf.* l'art. 14 du projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie de juillet 2008 (disponible sur : < http : //www.lexinter.net/ACTUALITE/projet_de_réforme_du_droit_des_contrats.htm.> : « Les contrats innommés sont ceux que la loi ne réglemente pas sous une dénomination propre. Ils sont soumis par analogie aux règles applicables à des *contrats comparables*, dans la mesure où leur spécificité n'y met pas obstacle. »

[1186] Sur ce point v. M.-Th. MARINOS, « Accords de transfert de technologie-questions élémentaires et problèmes », *EEmpD*, 1998, p. 719 et s. et not. p. 738 s. ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 956, p. 844, à propos de la concession des marques : « Selon une autre opinion, elle est un contrat *sui generis.* Néanmoins, une telle opinion favorise l'insécurité juridique et l'incertitude aux échanges. »

[1187] Comp. M.-Th. MARINOS, « Accords de transfert de technologie-questions élémentaires et problèmes », *EEmpD*, 1998, p. 719 et s. et not. p. 738, pour qui la qualification *sui generis* est peu satisfaisante (« *ελάχιστα ικανοποιητικός*»).

adaptées aux questions intéressant exclusivement le droit des contrats d'exploitation. L'examen des droits nationaux retenus démontre que la doctrine comme la jurisprudence apportent des précisions sur une série de questions peu ou pas traitées par la législation spéciale, notamment le droit d'agir du licencié, la transferabilité du contrat et la possibilité de concession des sous-licences. Toutefois, la précision du régime spécial par la doctrine et la jurisprudence est souvent d'une efficacité limitée. En effet les solutions proposées sont parfois controversées[1188] (a) et les interventions doctrinales et jurisprudentielles sont fortuites et sélectives (b).

a.- Des solutions controversées.

227.- Les apports doctrinaux et jurisprudentiels sont parfois homogènes. Par exemple, en droit grec des brevets, il est admis que seul le licencié exclusif est présumé avoir le pouvoir de concéder une sous-licence[1189]. De manière similaire, en droit français des brevets, il est généralement admis, en doctrine[1190] et en jurisprudence[1191], que, par défaut[1192], le droit du licencié n'est pas transmissible et

---

[1188] Comp. les apports controversés concernant la détermination des éléments essentiels des catégories des contrats d'exploitation spéciales. V. *supra* n° 193 *sq.*

[1189] En ce sens, V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 972, p. 741 pour qui il y a une présomption en faveur du licencié exclusif selon laquelle ce dernier est en mesure de conclure de sous-licences : « Il est toutefois admis que dans le cas d'une licence exclusive, il est *présumé que le licencié a cette possibilité*, étant donné que dans le cadre d'une telle licence ses pouvoirs sont étendus. » ; K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 172, pour qui la question doit être traitée au cas par cas.

[1190] Sur ce point, à propos du transfert du contrat de licence, voir F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 695, p. 366 (et les références y citées) : « L' « *intuitus personae* » exclut la possibilité pour le licencié de céder sa licence ou d'en faire l'apport en société sans l'accord du donneur de licence. » et 720 p. 376 : « le licencié n'est donc pas autorisé à céder la licence […] sans l'accord du titulaire du brevet […] » ; J. SCHMIDT, « Les contrats d'exploitation de brevets en droit privé », *in* INSTITUT DE FRANCE, *Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention*, Actes de colloque, Paris- 10 mars 2005, Lavoisier, 2006, p. 18 : « en raison de l'*intuitus personae* qui marque le contrat, il peut […] céder sa licence sans le consentement du breveté. » ; J.-J. BURST, « Licence de Brevets- Effets du contrat de licence –Fin du contrat de licence », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 491, n° 142 et 143 : « Le licencié n'est pas autorisé à céder son contrat de licence isolement. […] Cette règle s'explique également par l'idée d'*intuitus personae*. » ; C. GUTHMANN, « Contrats d'exploitation », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4723, n° 83, n° 76.

A propos de la concession des sous-licences F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 695, p. 366 et n° 720 p. 376 ; J. SCHMIDT, « Les contrats d'exploitation de brevets en droit privé », *in* INSTITUT DE FRANCE, *Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention*, Actes de colloque, Paris- 10 mars 2005, Lavoisier, 2006, p. 18.

[1191] A propos du transfert du contrat de licence, déjà T. Com. Nantes, 28 fév. 1912, *Ann. Prop. Ind.*, 1913, p. 218 ; CA Paris, 6 janvier 1983, *Dossiers brevets*, 1984, III, p. 5 ; Cass. Com., 17 mars 2004, *PIBD*, n° 788, III, p. 346. A propos de la concession des sous-licences CA Paris, 31 mai 1906, *D.*, 1908, n° 5, p. 1.

[1192] En ce sens, à propos du transfert des licences C. GUTHMANN, « Contrats d'exploitation », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4723, n° 85. A propos de la concession des sous-licences, v. C. GUTHMANN, « Contrats d'exploitation », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4723, n° 50, n° 76 et n° 84 : « Si le contrat de licence le prévoit expressément, le licencié peut concéder une sous-licence. […] le licencié n'a pas le droit de concéder de sous-licence sauf stipulation contraire dans le contrat. »

Voir toutefois A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 630, p. 558, se référant aux licences en général : « Quant à l'intuitus personae, il n'est pas de l'essence de la licence […] »

le licencié ne peut octroyer des sous-licences sans le consentement du concédant[1193]. Des solutions similaires sont généralement aussi admises en droit français des marques[1194]. De même, en droit d'auteur allemand, il est généralement admis, aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence, que le titulaire d'un droit d'utilisation exclusif a (par défaut) le droit d'agir en contrefaçon[1195]. Par ailleurs, malgré le silence de la loi, en droit des brevets britannique, il est généralement admis que les licences peuvent être limitées quant aux prérogatives, à la durée et au territoire concerné[1196].

[1193] Notons que des tempéraments à cette restriction du transfert des droits du licencié sont prévus dans l'hypothèse du transfert du contrat dans le cadre d'une procédure collective (F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 720, p. 376). De même, la cession libre du contrat de licence dans le cadre d'une cession du fonds de commerce du licencié est controversée. En faveur, TGI Paris, 11 janv. 1970, *Bull. I.N.P.I.*, 1970, p. 111. *Contra* J.-J. BURST, « Licence de Brevets- Effets du contrat de licence –Fin du contrat de licence », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 491, n° 144 : « Il serait donc plus juste de décider que l'*intuitus personae* qui marque le contrat de licence fait obstacle à la transmission du contrat y compris avec le fonds du commerce. »

[1194] Sur l'interdiction par défaut du transfert du contrat de licence de marque v. F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 1610, p. 935 : « [S]auf stipulation différente, le licencié doit exploiter lui même la marque concédée et […] il ne peut pas, sans l'accord du donneur de la licence […] transférer sa licence que ce soit par voie de cession, de donation ou d'apport en société. » ; E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 101 : « Sans la cession du fonds de commerce, la cession de la licence parait difficile en raison du caractère personnel de l'obligation d'exploiter mise à la charge du licencié. » Comp. C. GUTHMANN, « Licence de marque - Formules. Conseils pratiques », *JurisClasseur Marques et dessins et modèles*, Fasc. 7402, article 16.- Caractère personnel de la licence, parlant de la « faculté pour le licencié de transférer à un tiers tout ou partie des droits et obligations résultant du contrat sous réserve d'avoir obtenu préalablement l'accord écrit du donneur de licence. »

Notons que dans l'hypothèse de cession du contrat de licence en cas de procédure de sauvegarde, de mise en redressement, de liquidation judiciaire, l'accord préalable du concédant n'est pas exigé. Voir F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, Montchrestien, 1999, n° 1340, p. 628 : « la jurisprudence n'admet pas que l' « *intuitus personae* » puisse entrainer la résiliation du contrat ni faire obstacle à la décision de continuation du contrat par l'administrateur judiciaire ou le liquidateur. » *Adde* F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 1610, p. 935. L'hypothèse de la cession du contrat dans le cadre de cession de fonds de commerce du licencié est plutôt controversée, voir E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 101.

Sur l'interdiction par défaut de la possibilité pour le licencié d'octroyer des sous-licences, v. En ce sens, voir F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 1610, p. 935 ; E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 100 ; C. GUTHMANN, « Licence de marque - Formules. Conseils pratiques », *JurisClasseur Marques et dessins et modèles*, Fasc. 7402, article 17.- sous-licence, pour qui, en absence de clause concernant l'octroi de sous-licence, le licencié ne peut pas concéder de sous-licences. En jurisprudence, voir TGI Paris, 24 janvier, 1990, *PIBD*, n° 480, III, p. 398.

[1195] En ce sens, voir G. SCHRICKER, « German and Comparative Intellectual Property Law. Efforts for a Better Law on Coypright Contracts in Germany-A Never-Ending Story », *IIC*, 2004, p. 850 s. et not. p. 852 : « If it is defined as an exclusive right it gives the licensee standing to sue third parties and even the author for copyright infringement. » ; M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 56, p. 64 : « le bénéficiaire d'un tel droit a en outre la capacité pour agir en justice afin de sanctionner la violation du droit d'auteur par des tiers dans le domaine couvert par le droit d'utilisation exclusif. » ; B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur : <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 84 et les arrêts y cités. Comp. art. 9§2 de la loi allemande relative au contrat d'édition.

[1196] Sur ce point voir notamment W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, n° 7-24, p. 306 et *ibid*. n° 7-26, p. 307 s., se référant aux « manufacturing or sales licences » ; M. FYSH, A. ROUGHTON, T. COOK, M. SPENCE, *The Modern law of patents*, Lexis Nexis Butterworths, 2005, n° 12-29, p. 235 ; C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-30, p. 47, à propos des limitations quant aux prérogatives couvertes par la licence : « Of course, the licence may be limited to only of some of these activities. » *Cf.* implicitement, C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 152, p. 150 : « an exclusive licensee

Toutefois, parfois, le comblement et la précision du régime spécial des contrats d'exploitation par la doctrine et la jurisprudence ne se fait pas de manière homogène[1197]. Nous allons illustrer nos propos par la présentation des interventions controversées au sein des droits nationaux retenus.

Tout d'abord, en droit grec des brevets, en l'absence de disposition légale expresse, la résolution du problème de l'effet *erga omnes* du contrat de licence reste controversée en doctrine. D'une part, il a pu être soutenu que la question devrait être réglée par application analogique de l'article 614 du Code civil grec qui prévoit l'opposabilité, sous certaines conditions, du droit du locataire face aux ayants cause du bailleur[1198]. D'autre part, selon une autre opinion, le problème devrait être résolu par l'application par analogie de l'art. 13§7 de la loi 1733/1987 qui prévoit une formalité d'enregistrement et de publication de la décision judiciaire octroyant une licence obligatoire[1199]. Par application par analogie de cet article, l'enregistrement au Registre des brevets et la publication au Bulletin de Propriété industrielle attribuerait au contrat de licence un effet *erga omnes* face aux tiers de bonne foi[1200]. Ajoutons que selon une variation de la dernière approche, l'enregistrement en question ne devrait concerner que les licences exclusives[1201].

Ensuite, en droit d'auteur français les interventions jurisprudentielles et doctrinales portant sur la question du droit d'agir du licencié (dans l'hypothèse où les licences en matière de droit d'auteur sont acceptées)[1202] sont controversées. Plus précisément, certains arrêts se montrent hostiles à attribuer le droit d'agir à tout licencié, exclusif ou non exclusif[1203]. Cependant, selon une autre

---

may, by the terms of the licence, acquire substantially the whole of the rights in the patent. » Comp. aussi C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-32, p. 48, se référant aux limitations quant aux modes d'exploitation d'un brevet d'invention. Rappr. H. McQUEEN, C. WAELDE, L. GRAEME, A. BROWN, *Intellectual Property Law and Policy*, 2e éd., Oxford University Press, 2011, n° 21.8, p. 931 : « Patents tend to be exploited in a more unitary fashion, the right to exploit the bundle of rights protected by a patent being given to one or more parties. »

[1197] Comp. aussi les apports controversés de la doctrine concernant la précision des contours des catégories contractuelles spéciales, v. *supra* n° 185 *sq*.

[1198] En ce sens, G. MINTSIS, « La cession du droit du brevet d'invention », *Ep. epith. Armenopoulos*, 1995, n° 16, p. 77 et s. et not. p. 91. *Contra* not. Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 96, pour qui, la solution doit être recherchée au sein du droit spécial de propriété industrielle. Voir toutefois *ibid.* p. 376, pour qui l'article 614 Code civil grec s'applique également aux licences (simples ou exclusives) en matière des marques. Rappr. pour une solution similaire, l'arrêt française CA Douai, 26 sept. 1994, *RD propr. intell.*, 1994, n° 56, p. 41, selon lequel, la cession n'a pas pour effet de mettre un terme aux licences concédées par le breveté cédant.

[1199] En ce sens, surtout, G. MINTSIS, « La cession du droit du brevet d'invention », *Ep. epith. Armenopoulos*, 1995, n° 16, p. 77 et s. et not. p 92 ; Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 97 et pp. 244-245. Comp. aussi M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, p. 56, sur la solution donnée sous l'ancien régime.

[1200] Certes le contrat déploie tous ses effets *inter partes*, même en absence d'enregistrement et de publicité, V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 961, p. 848.

[1201] V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2002, n° 961, p. 848. La justification de cette variation se trouve à la reconnaissance du caractère *in rem* de la licence exclusive de brevet.

[1202] Sur cette discussion, v. *supra* n° 189 *sq*.

[1203] V. à titre indicatif, Cass. 1re civ., 22 janv. 2009, n° 07-21.498, *F-D, SARL Cédric Brochier Soieries* c/ *Carrasset-Marillier*, *JurisData* n° 2009-046658, *Communication Commerce électronique*, n° 4, Avril 2009, comm. 32, note Ch. Caron, « Le bénéficiaire d'une simple autorisation d'exploitation ne peut pas agir en contrefaçon ». Voir aussi B.

approche doctrinale, confirmée également en jurisprudence[1204], le licencié exclusif aura le droit d'agir en contrefaçon, sous les mêmes conditions que son homologue en droit de propriété industrielle[1205]. De manière similaire, l'interprétation de la portée de la formalité de l'article L. 131-3 al. 1er CPI en droit d'auteur français est controversée tant en doctrine qu'en jurisprudence. Selon une approche, cette règle s'applique traditionnellement à toute cession du droit d'auteur[1206], au moins au niveau d'exploitation primaire[1207]. Toutefois, il a pu être jugé que la règle en question ne concernait que les contrats énumérés par l'art. L. 131-2, qui doivent être constatés par écrit[1208]. De même, il faut s'interroger sur l'applicabilité des règles de formalisme des articles L. 131-1 et s. à propos des autorisations ou concessions. En fait, l'application de l'article L. 131-3 al. 1er aux concessions reste moins évidente. En pratique, pour certains auteurs, la concession, exclusive ou non est en dehors du champ des dispositions du CPI et notamment du champ du formalisme strict exigé par l'article L. 131-3 du CPI. Ceci signifie que la règle de spécialité de la cession ne saurait

---

MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 97, p. 147 et les arrêts cités sous note n° 459.

[1204] V. par exemple, CA Paris, 10 mars 1983, *Gaz. Pal.* 1983-2-365, obs. crit. A. Oser.

[1205] V. en ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 1249, p. 741. Pour une présentation transversale de ces conditions voir A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, n° 370 *sq*. p. 184 s.

[1206] Voir par exemple, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 644, p. 570 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2006, n° 403, pp. 319-320 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd., Litec, 2012, n° 407 et références sous note n° 71 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2006, n° 445, p. 352 : « l'objet du contrat de représentation répond au principe de spécialité qui domine tous les contrats du droit d'auteur. ». Sur l'application de cette disposition aux contrats à titre gratuit, voir par exemple, S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 146, p. 104 ; Cass 1er civ., 23 janv. 2001, *Comm. comm. electr.*, 2001, comm. n° 34, obs. C. Caron.
Il faut noter sur ce point que le formalisme strict de l'article L. 131-3 al. 1er, rend l'utilisation d'un écrit indispensable, même pour les hypothèses non couvertes par l'article L. 131-2 al. 1er et L. 131 al. 3e CPI. Sur ce point, voir Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2006, n° 402, p. 319 : « C'est aussi grâce à l'écrit qu'il est possible de respecter les exigences de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle » (cette affirmation n'est pas reprise au sein de la 3e édition) ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 645, p. 571 : « On ne voit guère que cela soit possible autrement que par écrit. » ; A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2011, n° 112.25, p. 369 : « On peut donc déduire de ces deux articles qu'un écrit est également exigé pour toutes les « cessions de droits d'auteur » ; Ph. GAUDRAT, « Le point de vue d'un auteur sur la titularité », *in* I. de LAMBERTERIE, *Le droit d'auteur aujourd'hui*, éd. du CNRS, 1991, p. 43 et s. et not. p. 50.

[1207] Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2006, n° 403, p. 320 : « Il vaut mieux considérer que les dispositions de l'article L. 131-3 concernent donc tous les contrats du droit d'auteur dès lors qu'une des parties est l'auteur de l'œuvre. » (cette affirmation n'est pas reprise au sein de la 3e édition) ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 644, p. 570 ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 694, p. 584, faisant référence à la jurisprudence « Perrier ». Voir toutefois Caron 2012, n° 407. Plus ambigu A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2011, n° 112.29, p. 372.

[1208] Voir Cass. 1re civ., 21 nov. 2006, *Comm. Comm. Electr.*, 2007, comm. 3, note Ch. Caron ; G. VERCKEN, « Le formalisme dans les contrats d'auteur : un point après la décision de la Cour de Cassation du 21 novembre 2006 », *RIDA*, janv. 2009, n° 219, p. 5 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd., Litec, 2012, n° 407, pour qui « les dispositions de l'article L. 131-3 ne concerneraient que les contrats d'édition, de représentation et de production audiovisuelle, qui sont les principaux contrats spéciaux nommés du droit d'auteur. Il est vrai que l'article L.131-3 fait référence à un « acte de cession », ce qui laisse penser qu'il ne s'applique qu'aux contrats pour lesquels l'écrit est exigé. » Critique, M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 694, p. 585 : « [M]ême si l'écrit n'est exigé que pour des raisons de preuve, dans la logique du législateur la cession ne va pouvoir produire des effets qu'à la condition de respecter le formalisme propre de l'article L. 131-3 (et réciproquement). »

s'appliquer[1209]. Ainsi, une concession « peut être générale dans la portée, de manière à viser tous les modes d'exploitation connus ou inconnus sans limitation dans le temps ou dans l'espace. »[1210] Par contre, pour d'autres auteurs, la concession est soumise au formalisme des dispositions des articles L. 131-1 et suivants[1211]. Dès lors, l'intervention doctrinale et jurisprudentielle, de par sa nature controversée, n'a pas réussi à dissiper les ambiguïtés qui caractérisent la portée de l'art. L. 131-3 al. 1er CPI. L'insécurité en résultant est de taille, surtout lorsque la sanction au cas de non respect du formalisme prévu dans cet article est la nullité.

De même, en droit des brevets allemand, la jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer pour pallier le silence de la loi sur la question de la transférabilité du contrat de licence et la possibilité pour le licencié d'octroyer des sous-licences. Sur cette base, il a été jugé que par défaut, une licence de brevet exclusive, contrairement à la licence non exclusive[1212], pouvait être librement transférée et permettait au licencié de concéder des sous-licences[1213]. Toutefois, ces présomptions jurisprudentielles ne sont pas unanimement partagées en doctrine. Ainsi l'approche jurisprudentielle a été critiquée afin de défendre le caractère *intuitu personae* du contrat[1214].

[1209] En ce sens A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2011, n° 112.25, p. 369 : « Dès lors que l'auteur conserve la pleine propriété de ses droits et qu'il n'en concède qu'un droit d'usage, exclusif ou non, notamment par un « contrat de licence », *il se trouve en dehors du champ des dispositions du CPI.* Une licence d'utilisation n'est donc soumise à aucun formalisme […] » ; M.-A. LEDIEU, « Le contrat de licence de logiciel : les points clés de négociation », *Cahiers du droit de l'entreprise*, n° 3, mai-juin 2005, p. 61 s., not. p. 61 : « À la différence de la cession de logiciel, le Code de la propriété intellectuelle n'impose aucune condition de rédaction des clauses relatives à l'objet de la licence. »

[1210] En ce sens, A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2011, n° 112.25, p. 369 et n° 112.35, p. 375.

[1211] À propos de toute concession, N. BINCTIN, *Droit de la propriété* intellectuelle, LGDJ, 2010, n° 904, p. 566 ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 986, p. 692, à propos des licences, M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 823, p. 673 : « [S]i le formalisme légal est un formalisme de protections, on ne voit pas pourquoi la licence devrait échapper. ». Par ailleurs, si nous considérons que le contrat de représentation est une concession nommée, le formalisme de l'art. L. 131-3 devrait s'appliquer puisque ce contrat est expressément prévu par l'art. L. 131-2 qui établit l'exigence d'un acte écrit pour certains types des contrats d'exploitation. Voir l'arrêt Cass. 1re civ., 21 nov. 2006, *Comm. Comm. Electr.*, 2007, comm. 3, note Ch. Caron.

[1212] Voir les arrêts cités par S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 32 note n° 138.

[1213] Voir les arrêts cités par S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 32 note n° 137.

[1214] Voir S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, pp. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 32 et les références y citées : «[…] An exclusive licence is often granted in order to allow the patentee to penetrate new markets, or to ensure a permanent local presence, allowing for a swift reaction to market trends. This would bring about a much closer mutual dependence of licensor and licensee, and thus militant against the general assumption that exclusive licences are assignable. »

Enfin, en droit d'auteur britannique, la question de la possibilité du transfert du contrat de licence reste controversée en doctrine[1215]. Plus précisément, selon une approche doctrinale, par défaut, la licence (exclusive ou non exclusive) ne peut pas être transférée[1216]. Selon une autre opinion, le droit du licencié exclusif ne peut pas être transféré à un tiers sans le consentement préalable du concédant alors que le droit du licencié non exclusif n'est pas cessible[1217]. Par ailleurs, il a pu être soutenu qu'il s'agissait d'une question à juger au cas par cas, à travers l'évaluation du caractère *intuitu personnae* de chaque contrat individuel[1218]. Ceci étant, en l'absence de clause expresse des parties, l'intervention controversée de la doctrine sur cette question n'est pas en mesure de combler de manière efficace la lacune du droit spécial des contrats d'auteur britannique et d'offrir un minimum de sécurité juridique aux parties. Par ailleurs, nous avons déjà signalé la controverse doctrinale relative à la question de la possibilité de transfert d'une licence d'exploitation en matière de marques[1219]. Ajoutons que, ainsi que susmentionné[1220], l'intervention doctrinale est également controversée à propos de la détermination de la fonction du formalisme d'une licence exclusive de droit d'auteur introduit par les termes assez vagues de l'art. 92§1 CDPA.

b.- Des interventions fortuites et sélectives.

228.- Les interventions jurisprudentielles et doctrinales sont par définition non coordonnées[1221]. Parfois, les imprécisions du régime spécial n'ont pas bénéficié d'une décision judiciaire ou d'une

---

[1215] Comp. l'article 56 CDPA prévoit une règle spéciale pour le transfert d'une licence d'utilisation d'une œuvre sous forme digitale, comme un logiciel Sur ce point, C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 90, pp. 90-91.

[1216] En ce sens, D. BRAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 9e éd., Pearson, 2012, p 116 : « [I]n the absence of express provisions to the contrary, an assignment will generally be assignable, but a licence will not be assignable unless expressly provided for. » ; H. LADDIE, P. PRESCOTT, M. VITORIA, (sous dir. de), *The Modern Law of Copyright and Designs*, 4e éd., vol. 1, Lexis Nexis, 2011, n° 25.2, p. 1045 : « [A licensee] has he any rights to transmit unless the licence itself so provides either expressly or by implication. »

[1217] En ce sens, B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 131 et les références y citées. Comp. L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 265 : « an exclusive licensee may not always be able to […] transfer the benefit of their licence to a third party.

[1218] En ce sens, S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 13 : « If the parties have not made any provision in this respect the nature of the respective rights and duties will determine whether the bond between the parties is so close that it must not be severed by substituting another person for the licensee without the licensor's consent. » ; indirectement, H. LADDIE, P. PRESCOTT, M. VITORIA, (sous dir. de), *The Modern Law of Copyright and Designs*, 4e éd., vol. 1, Lexis Nexis, 2011, n° 24.13, p 1013 : « A licence is often a personal right which cannot be transferred ».

[1219] V. *supra* n° 121.

[1220] V. *supra* n° 55.

[1221] *Cf.* J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 6, p. 15 : « La jurisprudence, dépourvue d'un cadre légal véritable, s'est révélée foisonnante et désordonnée. »

interprétation doctrinale[1222]. Par exemple, tel est le cas de la question de la transférabilité du droit du licencié ainsi que de la fonction de la formalité de « notification » en matière de droit grec des marques[1223]. Ceci étant, l'apport des interventions doctrinales ou jurisprudentielles pour combler ou clarifier le régime spécial peut être très limité.

5°.- Les limites de la généralisation des règles de la partie spéciale.

229.- La pertinence de la pratique de la généralisation des règles spéciales en droit contractuel d'auteur français est discutable pour au moins deux raisons. D'une part, en théorie, les règles spéciales ont pour fonction de préciser ou de déroger aux règles de la partie générale, afin de répondre aux besoins spécifiques de certains types particuliers de contrats d'exploitation. Sur cette base, la relation en principe tissée entre les deux niveaux de réglementation est une relation de complémentarité à voie unique : les règles générales sont d'une application de principe, sauf si la partie spéciale prévoit une solution particulière[1224]. L'introduction par voie de généralisation des solutions du droit spécial des contrats d'exploitation au sein de la partie générale bouleverse la relation de principe qui caractérise les deux strates de réglementation. Ceci a des répercussions négatives sur la lisibilité et sur la consistance structurelle du cadre juridique des contrats d'exploitation. De même, nous ne pouvons éviter de prendre en considération la volonté du législateur de « placer » une règle au sein de la partie spéciale du droit des contrats d'exploitation. Le choix d'adopter une règle spéciale au lieu d'une règle générale suggère qu'effectivement, la règle présente un caractère exorbitant du droit commun et qu'elle est destinée à s'appliquer aux seuls types des contrats d'exploitation spéciaux pour lesquels elle a été initialement adoptée. Par ailleurs, « si le législateur avait voulu énoncer une règle de portée aussi générale, il lui était facile de le faire. »[1225] Sur cette base, la généralisation d'une solution prévue par la partie générale du droit des contrats d'exploitation ne semble pas légitime[1226].

[1222] Du point de vue du droit d'auteur contractuel grec v. P. NIKOLOPOULOS, « La contribution de la jurisprudence nationale à l'interprétation et l'application de la loi n° 2121/1993, surtout en ce qui concerne la notion d'œuvre protégée et les dispositions relatives aux contrats et licences d'exploitation », *DiMEE*, 2014, p. 21 s. et not. p. 27.

[1223] Sur ce point v. *supra* n° 95 *sq*.

[1224] *Specialia generalibus derogant*.

[1225] A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 672, p. 595, qui sont opposés à la généralisation de l'obligation d'exploitation consacrée par l'art. L. 132-18, à propos du contrat d'édition : « Si le législateur avait voulu énoncer une règle de portée aussi générale, il lui était facile de le faire. Or force est de constater que l'obligation d'exploitation n'a été formulée qu'à propos du contrat d'édition et du contrat de production audiovisuelle. »

[1226] En ce sens, à propos de la généralisation de la disposition de l'art. L. 132-7 al. 1er CPI à tous les contrats d'exploitation, v. A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 648, p. 575 s.

D'autre part, les règles spéciales applicables par généralisation à l'ensemble de la matière des contrats d'exploitation sont elles-mêmes incomplètes. Par exemple, l'art. L. 132-8 al. 1er du CPI, relatif à l'obligation de garantie due par le cédant du droit d'auteur, dont l'application généralisée à tout contrat d'auteur a été suggérée en doctrine[1227], n'offre qu'une règle simplement énonciative et ne précise pas le régime de cette garantie. Ainsi, la pratique de la généralisation des règles de la partie spéciale des contrats d'exploitation s'avère à elle seule impuissante à combler et à clarifier[1228] la réglementation de la partie générale du droit contractuel d'auteur.

[1227] Voir *supra* n° 209.

[1228] Comp. l'arrêt Cass 1re civ., 19 juin 1990, *Bull. Civ.* I, 1990, n° 177, p. 124 : « Mais attendu qu'abstraction faite de ce dernier motif, en effet surabondant, la cour d'appel s'et en réalité fondée sur le principe général de la garantie d'éviction due par le cédant d'un droit de propriété corporel ou incorporel, principe dont l'article 54 de la loi du 11 mars 1957 [art. L. 132-8 CPI] vise un cas particulier d'application. »

Conclusion de la Section 1.

230.- Au sein de la présente section, nous avons tenté de démontrer les défauts du cadre juridique actuel des contrats d'exploitation au sein des quatre droits nationaux examinés. Les lacunes actuelles touchent l'ensemble des droits nationaux examinés, dans toutes les branches des droits de propriété intellectuelle ainsi que tous les niveaux d'exploitation, même si elle présente *une géométrie variable* selon l'ordre juridique et la branche du droit de propriété intellectuelle examiné. La faiblesse touche aussi bien la catégorisation des contrats d'exploitation par les lois spéciales que le régime spécial applicable. D'une part, l'état actuel de catégorisation se caractérise par des dénominations peu réussies et des distinctions parfois non opératoires. De même, les contours des catégories établies, plus précisément, les définitions et les éléments essentiels des contrats d'exploitation nommés, sont imprécis[1229]. D'autre part, le régime spécial des contrats d'exploitation est lacunaire et ambigu, ce qui renforce l'insécurité juridique des parties. Par ailleurs, les remèdes utilisés à l'heure actuelle pour combler et clarifier le régime des contrats d'exploitation, à savoir, la volonté des parties et l'apport doctrinal dans ses différentes formes (application du droit commun des contrats, double qualification, interventions *ad hoc*) ont une efficacité limitée[1230]. La situation actuelle compromet la performance du droit spécial des contrats d'exploitation au niveau national, car ce dernier ne remplit pas sa fonction de cadre juridique prévisible, flexible et directeur pour les parties. Sur cette base, il est possible d'affirmer que le cadre juridique actuel des contrats d'exploitation au niveau national est insuffisant.

L'insuffisance au niveau national étant démontrée, nous allons par la suite examiner l'insuffisance du cadre juridique actuel au niveau européen (Section 2).

[1229] Nous devons rajouter ici que la défectuosité du cadre juridique actuel résulte aussi de la catégorisation sectorielle des contrats d'exploitation et des problèmes en découlant. Sur les défauts de l'approche sectorielle, v. *infra* n° 353.

[1230] Comp. E. TERRYN, P. NAEYAERT, « An optional instrument for commercial agency, franchise and distribution contracts ? », *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 189 s. et not. pp. 196-197, à propos du cadre juridique national actuel relatif aux contrats de distribution, de franchise et d'agence commerciale : « The absence of comprehensive legislation for these contracts creates legal uncertainty. Similar situations are regulated differently. Judges try to solve the gaps the legislator left through an application by analogy of the regulation on commercial agents or through the application of general principles of contract law. These solutions however, tend to vary and lead to legal uncertainty, that is considered crucial in commercial relationships. »

Section 2.- L'insuffisance au niveau européen.

231.- Nous nous efforcerons de démontrer au sein de la présente section l'insuffisance de l'acquis communautaire en matière des contrats d'exploitation. Pour ce faire, nous allons détecter ses faiblisses dues au caractère fragmenté (§1) et inachevé (§2) de celui-ci.

§1.- Un acquis fragmenté.

232.- À l'heure actuelle, l'acquis communautaire en matière des contrats d'exploitation est fragmenté. Cette fragmentation présente un contenu différent selon la branche de propriété intellectuelle concernée. Plus précisément, en matière de droit d'auteur, l'acquis est ultra-sectoriel (A). De même, en matière de marques, l'acquis communautaire présente une fragmentation fondée sur une distinction entre les contrats d'exploitation portant sur les titres nationaux et ceux portant sur les titres européens (B).

A.- Un acquis ultra-sectoriel en droit d'auteur.

233.- Ainsi qu'examiné précédemment, l'acquis communautaire en matière des contrats d'exploitation d'auteur est sporadique et fragmenté. En effet, les instruments juridiques européens traitent essentiellement[1231] soit des contrats relatifs à l'exploitation contractuelle des droits d'exploitation particuliers (droit de mise à disposition du public des œuvres de l'esprit par satellite, droit de retransmission par câble, droit de location et de prêt…) soit des contrats visant l'exploitation d'une catégorie particulière d'œuvres de l'esprit (par exemple, œuvres musicales ou audiovisuelles, logiciel), souvent sous une forme d'exploitation particulière[1232]. Ainsi, l'acquis

[1231] Les références de portée générale dans la Directive 2001/29 et de la Communication de la Commission de 2004, relative à la gestion des droits de propriété intellectuelle (préc.), n'ont pas de force normative. Comp. cependant, M. WALTER, S. von LEWINSKI (sous dir. de), *European Copyright Law*, a commentary, Oxford University Press, 2010, n° 16.0.108 : « From a horizontal point of view, the Directives deal with the following specific issues : rules on transferability of exclusive rights aim only at safeguarding the marketability of such rights according to the laws of the Member States. »

[1232] En ce sens, v. M. WALTER, S. von LEWINSKI (sous dir. de), *European Copyright Law*, a commentary, Oxford University Press, 2010, n° 16.0.111, p. 1505 : « The résumé of the existing provisions on *copyright* contract law within the existing Directives hardly shows any overarching thought or any clear tendency. Any of the relevant provisions favour one certain party, whether the authors and performers, the exploitation businesses and employers, or the users.

communautaire en matière des contrats d'exploitation présente une nature ultra-sectorielle. Dès lors, une grande partie de la matière des contrats d'exploitation d'auteur est exclue de l'acquis communautaire[1233].

Le caractère ultra-sectoriel de l'acquis est à l'origine d'une série de problèmes. Plus précisément, des inconsistances terminologiques sont à relever parmi les différents instruments juridiques[1234]. Par exemple, le législateur de la Directive de retransmission par câble et satellite utilise le terme d'« autorisation » comme dénomination des contrats d'exploitation évoqués, alors que le terme « licence » est choisi dans tous les autres instruments. De même, l'acquis sporadique a des répercussions négatives au sein des différents ordres juridiques nationaux au sein desquels il s'intègre lors de sa transposition. En effet, la législation européenne prend la forme d'« ilots » au sein d'« océans » des droits nationaux[1235]. Une telle européanisation à caractère « *patchwork* » est susceptible d'affecter l'intégrité[1236] des systèmes juridiques nationaux[1237].

The are very specific rather than horizontal; for example, they are limited to certain types of works or certain types of rights, following the fragmentary approach to European harmonization to date. » ; S. von LEWINSKI, « Copyright Contracts », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 241 s. et not. p. 256.

[1233] Comp. J. SMITS, « Law Making in the European Union: On Globalization and Contract Law in Divergent Legal Cultures», *Louisiana Law Review*, 67, 2007, pp. 1101-1203, disponible aussi sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1104386>, p. 5, à propos du droit des contrats en général : « For example, in the field of contract law only some specific contracts are covered and of these contracts only specific aspects are addressed. » ; à propos des contrats d'exploitation d'auteur v. par exemple S. von LEWINSKI, « Copyright Contracts », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 241 s. et not. p. 241.

[1234] Comp. M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 8, « The Blessings and Curses of Harmonization », p. 297 et s., not. p. 301 : « Inconsistencies in the Acquis » ; J. SMITS, « Diversity of Contract Law and the European Internal Market » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 153 et s. et not. p. 165, se référant aux inconsistances de l'acquis communautaire en droit européen des contrats.

[1235] Comp. S. AUGENHOFER, « A European Civil law- for whom and what should it include, Reflections on the scope of Application of a future European legal instrument », *ERCL*, 2/2011, p. 195 et s., disponible aussi sur : <ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/21_en.pdf>, pp. 1-18, not. p. 15 : « [I]slands of European law would still float in national waters making it burdensome for all legal subjects to obey the law. » ; R. MICHAELS, « Of Islands and the Ocean : The Two Rationalities of European Private Law », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 139 s. ; J. SMITS, « Law Making in the European Union : On Globalization and Contract Law in Divergent Legal Cultures», *Louisiana Law Review*, 67, 2007, pp. 1101-1203, disponible aussi sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=1104386>, p. 5, parlant de « Brussels brick here and there ».

[1236] R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'européanisation du droit privé », *RTD Civ.*, 2007, p. 451 s. : « les droits nationaux acquièrent inévitablement par [la transposition des directives] une nouvelle dimension de complexité et souvent aussi de fragmentation interne. » *Cf.* A. WIJFFELS, « Préface », *in* A. WIJFFELS (sous dir. de), *Le Code civil entre ius cmmune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. IX, parlant de « l'idéal d'uniformité du droit dans chaque ordre juridique envisagé ». Sur l'intégrité nationale, v. par exemple M.-W. HESSELINK, *The New European Private law*, Kluwer Law International, 2002, p. 37 : « specific subjects […] in most legal systems are merely one part of a broader subject which in turn may be systematically connected with other subjects (national integrity) » ; V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *Recueil Dalloz*, 2006 p. 2279 et les références sous les notes n°[s] 9, 10 et 11, sur la présentation de l'idéal de l'unité de l'ordre juridique : « L'ordre juridique présuppose ainsi une unité d'espace et de temps. Il se fonde sur l'unité de la norme fondamentale, point de

Encore pire, la justification du choix d'un acquis ultra-sectoriel en matière de contrats d'auteur semble parfois arbitraire. En fait, il n'est pas toujours évident de savoir pourquoi certains contrats d'exploitation sont touchés par le droit européen et d'autres pas[1238]. Sur ce point, l'argument lié au

---

départ des opérations de création du droit et principe unificateur de toutes les règles du système. Il représente aussi le droit comme un tout homogène, un bloc sans fissure. » ; Ph. COPPENS, « Sur la cohérence des ordres juridiques », *in* A.WIJFFELS (sous dir. de), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. 4 et s.

[1237] Sur les effets négatifs du caractère patchwork de l'acquis communautaire d'un point de vue du droit privé, voir, à titre indicatif W.-H. ROTH, « Transposing 'Pointillist' EC Guidelines into Systematic National Coes-Problems and Consequences », *ERPL*, 2002, p. 761 s., not. p. 776 ; Ch. JOERGES, « The Impact of European Integration on Private Law : Reductionist Perceptions True Conflicts and a new Constitutional Perspective », *European Law Journal*, 1997, p. 378 ; Th. WILHELMSSON, « Private Law in the EU : Harmonized or Fragmented Européanisation ?, *ERPL*, 1/2002, pp. 77-94 et not. p. 82 ; Ch. JOERGES, « Interactive Adjudication in the Européanisation Process ? A Demanding Perspective and a Modest Example », *ERPL*, 1/2000, pp. 1-16 et not. p. 4 : « European Directives regularly require changes at national level. These changes may be welcome innovations yet they will, by the same token, be perceived as interventions and thus exhibit "disintegrative" effects. » ; S. AUGENHOFER, « A European Civil law- for whom and what should it include, Reflections on the scope of Application of a future European legal instrument », *ERCL*, 2/2011, p. 195 et s. et not. p. 217, se référant à l'intrusion des droits étatiques qui serait éventuellement causée par l'adoption des trois options d'action européenne les plus réalistes, proposées dans le Livre vert de la Commission en matière de droit des contrats ; M.-W. HESSELINK, *The New European Private law*, Kluwer Law International, 2002, p. 37 : « The disruptive effect of directives is a direct result of the impressionistic approach. As said directives deal with specific subjects which in most legal systems are merely one part of a broader subject which in turn may be systematically connected with other subjects (national integrity). » ; W. van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », *in* F. GAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 37 et s. et not. p. 38 ; W. van GERVEN, « A common Framework of Reference *and* Teaching », 1, *European Journal of Legal Education*, 2004, p. 1 et s. et not. pp. 2-3, se référant au « droit communautaire » en général et *ibidem* p. 75 se référant au droit européen privé. Comp. F. ZOLL, « A Need for a New Structure for European Private Law », *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 555 et s. et not. p. 557 : « The problem approach of European private law very often ignores the holistic and complex structure of these systems. » Du point de vue du droit d'auteur voir A. LUCAS, « La longue route vers l'harmonisation du droit d'auteur. Analyse critique », *in* M.-C. JANSSENS (sous dir. de), *Harmonisation of European IP law : from European rules to Belgian law and practice. Contributions in honour of Frank Gotzen*, Bruylant-Larcier, 2012, pp. 17-27.

Sur les effets négatifs d'une européanisation fragmentée en droit d'auteur, d'un autre point de vue (dilution de la nature du droit d'auteur), v. A. DIETZ, « The Harmonization of Copyright in the European Community », *IIC*, 1985, p. 379 s. et not. p. 400 : « A step by step harmonization of isolated individual copyright problems, even such significant questions as those arising in the area of modern technical development, entails the risk that copyright's basic values and evaluations will be obscured and the path of corrective shifts and alterations which has been followed will be continued. » ; F.-K. BEIER, A. DIETZ *et alii*, « Harmonisation of Industrial Property and Copyright Law in the European Community. Report of a Symposium held by the Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, at Ringberg Castle near Tegernsee », *IIC*, 1987, p. 303 s. et not. p. 326 : « Dietz did not conceal his concern that due to the ad hoc method of the aforementioned case law practice on the one hand, and the conception that only individual areas of copyright law (exploitation rights) fall under the EEC Treaty and thus under harmonisation efforts on the other hand, copyright law as a whole could be endangerd, with the risk that it is reduced to its mere economic aspects. »

[1238] En ce sens, voir par exemple à propos de la dernière proposition de Directive en matière de licences muti-territoriales J.-P. QUINTAIS, « Proposal for a Directive on Collective Rights Management and (some) Multi-territorial licensing. (Part II) », 24 juillet 2012, Kluwer Copyright Blog, disponible sur <kluwercopyrightblog.com/2012/07/24/proposal-for-a-directive-on-collective-rights-management-and-some-multi-territorial-licensing-part-ii/> : « Arguably the crown jewel of the proposal – its provisions on MTL – is however open to some criticism : its scope seems too narrow, as it applies solely to the online licensing of author's rights in musical works, excluding any such rights in broadcaster's own programs […] ». En ce sens, en matière des contrats, J. SMITS, « Diversity of Contract Law and the European Internal Market » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 153 et s. et not. p. 164 : « [T]he acquis is impressionistic (it is often unclear why some topics are covered and others are not » […] » ; J. SMITS, « Convergence of Private Law in Europe : Towards a New Ius Commune », *in* E. ÖRÜCÜ, D. NELKEN, *Comparative law: a handbook*, Hart Publishing, 2007, pp. 219-240, disponible sur SSRN: <ssrn.com/abstract-1111593>, not. p. 225,

caractère limité de la compétence de l'Union européenne à légiférer et au caractère fonctionnel et exceptionnel de l'intervention législative de l'Union[1239] n'est pas assez fort. En effet, la compétence de l'Union n'a pas été un obstacle pour l'adoption des instruments juridiques à portée horizontale dans le droit d'auteur[1240]. En effet, l'examen de l'acquis communautaire démontre que des instruments à portée horizontale ont pu être adoptés en matière de droit d'auteur pour des questions autres que les questions contractuelles, comme par exemple, la Directive 2006/116/CE du 12 décembre 2006, sur la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins[1241]. De même, comme déjà vu, les contrats d'exploitation sont touchés de manière horizontale au sein des différentes branches du droit de la propriété industrielle. *A fortiori* le législateur européen a adopté des instruments juridiques qui régissent certains aspects du droit de la propriété intellectuelle de manière transversale (par exemple, la Directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle[1242]). Nous ne pouvons également ignorer l'influence de groupes de pression sur la détermination de la portée des instruments juridiques européens en matière de contrats d'exploitation[1243]. Qui plus est, l'approche ultra-sectorielle de l'acquis communautaire concernant

---

parlant de la nature « arbitraire » de l'acquis communautaire. Rappr. J. SMITS, « Law Making in the European Union : On Globalization and Contract Law in Divergent Legal Cultures», *Louisiana Law Review*, 67, 2007, pp. 1101-1203, disponible aussi sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=1104386>, p. 6, à propos du droit europeen des contrats : « The *acquis* is also quite arbitrary in the senset that it remains unclear why some types of contracts are being covered and others are not. » Rappr. A. LUCAS, « La longue route vers l'harmonisation du droit d'auteur. Analyse critique », *in* M.-C. JANSSENS (sous dir. de), *Harmonisation of European IP law : from European rules to Belgian law and practice. Contributions in honour of Frank Gotzen*, Bruylant-Larcier, 2012, pp. 17-27 et not. p. 22, pour qui la « méthode des « petits pas » […] s'expliquait, en grande partie, par le souci de la Commission de ne pas mettre sur la table des sujets trop conceptuels, sur lesquels les États membres divergent souvent beaucoup […] [et] de commence par ce qui était supposé fâcher le moins […] ».

[1239] En ce sens, M. WALTER, S. von LEWINSKI (sous dir. de), *European Copyright Law*, a commentary, Oxford University Press, 2010, n° 16.0.111, p. 1505 : « Given the doubts about a sufficiently broad competency of the EC to legislate on copyright contract law in general […]. » En matière du droit des contrats, v. C. NOURISSAT, « Droit du contrat et droit du marché intérieur », *Revue des contrats*, 01 octobre 2006, n°4, p. 1355 : « L'œuvre n'était cependant pas systématique et, en tout cas, s'avérait indiscutablement subordonnée à des finalités particulières mais mal identifiées par certains - telles que l'organisation du marché (recherche d'une concurrence effective entre opérateurs économiques) ou la protection de la partie faible (institution de dispositions supposées correctrices du déséquilibre économique, contractuel ou non) » V. *infra* n° 522 sur la connotation politique de la question de la compétence de l'Union.

[1240] Pour un bilan entre les démarches d'harmonisation à caractère sectoriel et transversal, voir C. ZOLYNSKI, N. MARTIAL-BRAZ (sous dir. de), *Réponse du réseau Trans Europe Experts Pôle droit de la propriété intellectuelle au Livre Vert sur La distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne COM (2011) 427 final*, novembre 2011, disponible sur : <www.transeuropeexperts.eu>, p. 71 et s. *Adde* Ph. JOUGLEUX, « The Plurality of Legal Systems in *Copyright* Law : An Obstacle to a European Codification? », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 55 s. et not. p. 58 s.

[1241] JO n° L 372 du 27/12/2006 p. 0012 – 0018. V. cependant critique sur ce point, Ch. ANGELOPOULOS, « The Myth of European Term Harmonisation : 27 Public Domains for the 27 Member States », *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2012, Vol. 43, n° 5, pp. 567-594.

[1242] JO L 157.

[1243] Voir ainsi M. WALTER, S. von LEWINSKI (sous dir. de), *European Copyright Law*, a commentary, Oxford University Press, 2010, n° 16.0.96, p. 1500 : « One may observe a tendency to purport a lack of competence of the European Union when a protective contractual law provision is to be adopted in favour of authors, while no one raises the question of competence when a contractual law provision in favour in favour of exploitation businesses (such as a

les contrats d'auteur démontre l'absence de stratégie intégrale concernant le développement de l'acquis en la matière[1244].

B.- La distinction entre titres nationaux et titres européens.

234.- Comme nous l'avons vu, l'acquis communautaire traite séparément les contrats d'exploitation afférents aux titres européens (brevet à effet unitaire, marque communautaire) et les contrats d'exploitation portant sur les titres analogues nationaux. L'examen de l'acquis communautaire en matière de marques est significatif en ce sens.

D'après une approche sectorielle de la matière, les contrats d'exploitation portant sur les marques nationales, et les contrats d'exploitation portant sur les marques communautaires sont régis par deux instruments différents et indépendants l'un de l'autre : la Directive d'harmonisation et le Règlement de marque communautaire. De son côté, l'article 16§1 RMC énonce que la marque communautaire comme objet de propriété est considérée en sa totalité et pour l'ensemble du territoire de la Communauté comme une marque nationale enregistrée dans l'État membre dans lequel le titulaire a son siège ou son domicile à la date considérée ou le titulaire a un établissement à la date considérée, en fonction du registre des marques communautaires, sauf disposition contraire des articles 17 à 24. Sur cette base, les régimes applicables aux contrats d'exploitation des marques communautaires prévalent sur les règles nationales applicables aux contrats d'exploitation des marques nationales. En raison de l'approche sectorielle de l'acquis en matière de contrats d'exploitation des marques, les régimes prévus au sein de chaque instrument européen ne sont pas alignés dans tous leurs aspects[1245]. Ceci est à l'origine de plusieurs problèmes, ainsi que démontré par l'examen des règles de forme et les règles relatives au le droit d'agir du licencié consacrées par les deux instruments.

Plus précisément, le RMC ne prévoit pas de formalisme particulier *ad validitatem* pour la conclusion d'une licence de marque communautaire. La licence peut être conclue oralement ou

---

presumption of transfer) is at stake. » ; Ch. GEIGER, « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 2 : « On a parfois dans le passé reproché [à la Commission européenne] de céder trop facilement aux pressions des lobbys et de légiférer trop rapidement à la demande d'intérêts sectoriels. » Pour une vue d'ensemble v. J. LAPOUSTERLE, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des* normes : *Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 2009, *passim.*

[1244] Sur l'absence de vraie stratégie en matière de droit de la propriété intellectuelle en Europe en général, v. M. VIVANT, T. SUEUR *et alii*., « Une Europe de la propriété industrielle ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, entretien 1 : « [I]l n'y a pas de véritable politique européenne de propriété industrielle, si on entend par « politique » une stratégie réfléchie et organisée. »

[1245] Notons que le type d'instrument (Directive-Règlement) utilisé à propos de chaque titre de marque est variable, ce qui mène à une européanisation à géométrie variable (harmonisation-unification).

tacitement. Cette solution est d'une application uniforme dans toute l'UE[1246]. De manière similaire, la Directive d'harmonisation ne prévoit pas non plus de dispositions de formalités *ad validitatem*. En l'absence d'harmonisation sur ce point, la question de la forme du contrat de licence portant sur une marque nationale sera régie par le droit national applicable. Or, les solutions nationales ne sont pas toujours alignées sur l'absence de formalisme *ad validitatem* consacrée par le RMC à propos de la licence de marque communautaire. Ceci peut mener à des discriminations inéquitables, surtout à l'encontre des licenciés d'une marque nationale. Cette situation problématique a été mise en évidence par la décision britannique *Jean Christian Perfumes Ltd/Jigsaw European Sales Ltd* v. *Sanjay Tharkar* rendue par la *High Court of Justice* le 27 mai 2011. Selon la Cour, et en conformité avec le RMC, le licencié d'une licence d'exploitation orale et exclusive de marque communautaire a le droit d'agir en contrefaçon, si le titulaire de la marque en a donné son consentement. En revanche, le licencié exclusif d'une marque nationale (britannique) n'aura le droit d'agir que si la licence d'exploitation de marque (nationale-britannique) est constatée par écrit, par application de l'art. 28§2 TMA[1247].Ainsi, au sein du même système juridique, le licencié exclusif d'une marque communautaire reçoit un traitement plus favorable par rapport à celui de son homologue exploitant une marque nationale en raison des différences afférentes aux règles de forme[1248].

Par ailleurs, des discriminations similaires apparaissent également en raison des différences entre les règles applicables concernant le droit d'agir d'un licencié. À titre d'exemple, un licencié non exclusif d'une marque communautaire semble avoir un traitement privilégié par rapport à un licencié non exclusif d'une marque française. Plus précisément, par défaut, le licencié (simple) d'une marque communautaire a le droit d'agir en contrefaçon après avoir obtenu l'accord préalable du titulaire de la marque (article 22§3, al 1er du Règlement). Cependant, en droit français, le CPI ne reconnait pas au licencié simple la possibilité d'agir en contrefaçon *ex jure proprio*. Dès lors, le licencié non exclusif d'une marque française ne pourrait qu'intervenir dans l'instance en contrefaçon engagée par une autre partie afin d'obtenir la réparation du préjudice qui lui est propre (art. L. 716-5 al. 2^{e} CPI). De même, la disparité de la disposition prévue, d'une part par l'article 30§3 MarkenG et, d'autre part, par l'article 22 par. 3 RMC, est à l'origine des discriminations

[1246] Voir l'art. 16§1 : « Sauf disposition contraire des articles 17 à 24, la marque communautaire en tant qu'objet de propriété est considérée en sa totalité et pour l'ensemble du territoire de la Communauté comme une marque nationale […] ».

[1247] Sur cet article et la controverse qui caractérise son contenu, voir *supra* n° 203.

[1248] Sur ce point, voir J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., pp. 107-108 : « By doing so, the Court granted *a privileged treatment* to the oral licensee of a CTM trademark by comparison to a licensee of a UK trademark which would not have such power given that under UK trademark law a license must be made in writing. » ; J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European Perspective », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 450 s. et not. p. 469.

similaires entre les licenciés exclusifs d'une marque allemande et les licenciés exclusifs d'une marque communautaire, en ce qui concerne leur droit d'agir[1249].

235.- Selon l'analyse précédente, l'absence des régimes alignés applicables aux licences de marques nationales et européennes mène à des résultats inéquitables. En vérité, il semble que la situation actuelle aboutisse à des statuts juridiques à deux vitesses pour les licenciés au sein d'un seul pays, selon le type de marque exploitée, ce qui nuit certainement à la clarté du régime des licences de marques au niveau européen[1250]. La question qui se pose est de savoir si cette asymétrie des régimes est nécessaire. Autrement dit, y a-t-il des raisons particulières justifiant le traitement inégal entre les parties à un contrat d'exploitation portant sur une marque nationale et celles d'un contrat identique portant sur une marque communautaire ? Nous ne le pensons pas. En fait, il est significatif que l'article 22 du RMC constitue une version plus étendue du seul article de la Directive 2008/95/CE relatif aux licences de marques nationales. De même, nous constatons que les législateurs nationaux s'inspirent des solutions du RMC lors des réformes des droits nationaux (des contrats d'exploitation) des marques[1251]. Par ailleurs, le projet de refonte de la Directive d'harmonisation contient une proposition d'alignement du régime des licences d'exploitation avec celui du RMC[1252].

[1249] V. P. LANGE, *International Trade Mark and Signs Protection*, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2010, n° 2097, p. 473.

[1250]Comp. L. DYBDAHL, « Transfer of rights and their registration in the European Patent and Community Patent Registers », *IIC*, 1998, p. 387 s. et not. p. 406, se référant à la divergence du régime des formalités entre les licences qui portent sur les brevets nationaux et celles afférentes au brevet à effet unitaire : « The present difference between the legal effect of registration in the European Patent register and the forseen Community patent register or possible revised provisions about the future community patent register, if the agreement relating to community patents only enters into force in part-gives rise to the question whether the legal effect of registration in the registers should be harmonised. In favour of harmonizing speaks the fact that it is *a complication to the users* and creates *legal uncertainty* if one kind of legal effect is attached to the registration of transfers, licences, etc during the application stage and opposition phase where the EPC applies, whereas once granted as a community patent other provisions apply. »

[1251] Sur l'effet « *spill over* » du regime applicable aux licences des marques communautaires, v. F. ASENDORF, « A piece of (the) cake-damages for proprietor and licensee due to infringements of Community trade marks », *GRUR Int.* 2011, p. 802 s., not. p. 807 : « It is noteworthy, though that the Directive 2008/95 EC does not provide for any particular rights of licensees. Some countries though, such as Germany have widely adopted the wording of the CTMR in order to further assimilate national and European trademark law. » De même, le nouvel article 132 par. 4 et 5 de la nouvelle loi hellénique sur le marques (4072/2012) est quasi identique à l'article 22 par. 3 et 4 du RMC. Par ailleurs, selon le Rapport introductif de cette loi (préc., p. 30), « le Règlement codifié sur la marque communautaire 207/2008/CE a été pris en considération. »

[1252] Proposal for a Directive of The European Parliament and of the Council to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, Brussels, 27.3.2013, COM(2013) 162 final, 2013/0089 (COD), p. 5 : « While the Regulation provides a comprehensive system in which all issues of substantive and procedural law are provided for, the current level of legislative approximation provided for in the Directive is limited to selected provisions of substantive law only. In order to be able to ensure effective and sustainable coexistence and complementarity between the components involved, it is therefore necessary to create an overall harmonious system of trade mark protection in the Union with substantially similar substantive rules and at least principal procedural provisions which are compatible." Cette affirmation a été appliquée en matière des contrats d'exploitation par le nouvel art. 26 de la proposition en question qui reprend à l'identique le contenu de l'art. 22 du RMC. En ce sens, déjà, MAX PLANCK INSTITUTE FOR INTELLECTUAL PROPERTY AND COMPETITION LAW, *Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System*, 15.02.2011, disponible sur: < http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/tm/20110308_allensbach-

Il semble ainsi que l'asymétrie entre les deux instruments est plutôt accidentelle. Sur cette base, l'approche fragmentée en matière de marques ne semble pas un choix pertinent[1253]. Certes, l'existence d'instruments *ad hoc* pour les titres européens (et de manière subséquente, leur exploitation contractuelle) se justifie par l'intervention par définition ciblée du législateur européen, mais aussi par l'existence d'une base légale spéciale pour l'adoption des titres européens de propriété intellectuelle (art. 118 TFUE). L'existence d'instruments autonomes n'exclut pas celle de règles harmonisées afférentes à l'exploitation des marques tant nationales qu'européennes. L'alignement des deux séries de régimes est souhaitable, surtout lorsque le système européen en matière de marques se caractérise par le principe de coexistence et de complémentarité entre la protection émanant des titres nationaux et européens[1254].

§2.- Un acquis inachevé.

236.- Au-delà de son caractère fragmenté, l'acquis communautaire en matière des contrats d'exploitation est inachevé. Nous allons d'abord présenter les caractéristiques de l'acquis inachevé (A), avant d'analyser les problèmes qui l'accompagnent (B).

---

study_en.pdf>, n° 217 s., p. 225 s. : « Pursuant to the principle of coherence, the provisions of the TMD should be brought in accordance with those of the CTMR, where it appears appropriate and does not clash with important legal principles and traditions in national law. […] The TMD should be complemented by a comprehensive body of rules addressing trade marks as objects of property. With the exception of rules regulating the thirdparty effects of registration of legal transactions and the examination of transfer documents for risks of consumer deception, the rules to be introduced should follow those of the CTMR, so as to ensure coherence. »

[1253] En ce sens, U. CEMALOVIC, *Le mouvement d'unification du droit des marques dans l'Union Européenne*, thèse CEIPI, Université de Strasbourg, 2010, p. 399 : « Force est, néanmoins, de constater que la convergence progressive du droit uniforme et des droits harmonisés rend de moins en moins nets les contours de la division binaire : droits nationaux – droit européen. » ; D. FIELDS, H. SHERATON, « European Commission proposes reform of European trade mark system », *EIPR*, n° 35(10), 563-566, *passim* ; MAX PLANCK INSTITUTE FOR INTELLECTUAL PROPERTY AND COMPETITION LAW, *Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System*, 15.02.2011, disponible sur : <http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/tm/20110308_allensbach-study_en.pdf>, n° 217 s., p. 225 s.

[1254] Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil rapprochant les législations des États membres sur les marques, Brussels, 27.3.2013, COM(2013), 162 final, 2013/0089 (COD), p. 5 : « the Community trade mark system is embedded in the European trade mark system - the latter being built on the principle of coexistence and complementarity between national and Union-wide trade mark protection. » ; D. FIELDS, H. SHERATON, « European Commission proposes reform of European trade mark system », *EIPR*, n° 35(10), 563-566, *passim.*

A.-Les contours du caractère inachevé de l'acquis.

1°.- Un acquis superficiel.

237.- L'acquis communautaire traite de manière superficielle la matière des contrats d'exploitation. Ceci se reflète aussi bien au niveau de la catégorisation des contrats d'exploitation qu'au régime qui y attaché. Plus précisément, d'une part les contours des catégories des contrats d'exploitation sont peu définis au sein de l'acquis communautaire. En effet, les instruments européens ne définissent pas les contrats d'exploitation qu'ils consacrent et ne précisent par les éléments essentiels de ces derniers[1255]. D'autre part, la réglementation attachée aux catégories contractuelles des contrats d'exploitation au niveau européen est incomplète[1256]. Ainsi, très souvent, l'acquis communautaire des contrats d'exploitation est simplement « énonciatif » et ne prévoit que la possibilité de conclure des licences[1257]. Comme nous l'avons vu, dans plusieurs instruments juridiques européens, surtout en matière de droit d'auteur, les contrats d'exploitation sont seulement évoqués sans toutefois être

---

[1255] En ce sens, J. De WERRA, « La création d'un droit européen des contrats de licence : quelques réflexions sur l'arrêt *Pie Optiek* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris (LexisNexis) 2014, p. 801-811 et not. p. 801 : « Le droit européen de la propriété intellectuelle ne comporte ainsi à l'heure actuelle pas de définition ni de réglementation complète du contrat de licence. » ; J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., p. 104 : « Community law only refers to license agreements in a sporadic manner without effectively regulating them, i.e. without laying down provisions "on the conclusion of a licence agreement and [on] its characteristics. […] This lack of harmonized approach to licensing is confirmed by the review made by the Advocate General of the scarce European intellectual property legal texts which only refer to license agreements without defining them in any manner. », citant l'opinion de l'avocat général, M^me^ Vernica Trstenjak, présentées le 27 janvier 2009 à l'affaire C533/07, *Falco Privatstiftung et Thomas Rabitsch contre Gisela Weller-Lindhorst*, para. 50 : « Community law on the protection of intellectual property does govern the possibility of granting licences, but it does not lay down provisions on the conclusion of a licence agreement and its characteristic features ». D'un point de vue plus général, v. C. AUBERT de VINCELLES, « Acquis européen, cadre commun de référence et proposition de Directive européenne au droit des consommateurs : quelle place pour les contrats spéciaux ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 53 s. et not. p. 57 : « Si les directives précisent généralement leur champ d'application par quelques définitions annoncées au début de texte, elles ne définissent jamais les contrats de manière à préciser les contours de la catégorie ainsi créée et à établir des critères pertinents de distinction. »

[1256] En ce sens, J. PASSA, *Traité de la propriété industrielle*, 2^e^ édition, Tome 1, L.G.D.J., 2009, n° 392, p. 557 ; T. COHEN-JEHORAM, C. van NISPEN, T. HUYDECOPER, *European Trademark Law*, Kluwer Law International, 2010, n° 16.2, p. 533 : « The regulation deals with community trademarks as objects of property more extensively in section 4 of title 2 (articles 16-23). However, these stipulations also contain only incomplete stipulations governing the property right regarding Community trademarks. »

[1257] En ce sens, J. De WERRA, « La création d'un droit européen des contrats de licence : quelques réflexions sur l'arrêt *Pie Optiek* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris (LexisNexis) 2014, p. 801-811 et not. p. 802 : « [Le droit européen se limite généralement à confirmer la possibilité pour le titulaire de droit de concéder des licences. »

accompagnés de règles applicables[1258]. De même, les dispositions prévues en matière de propriété industrielle sont aussi lacunaires et ne traitent que certains aspects des contrats d'exploitation[1259].

En somme, l'absence des catégories contractuelles aux contours déterminés ainsi que le caractère lacunaire de la réglementation spéciale y afférente démontre que l'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation est très superficiel voire quasi-inexistant[1260]. Par conséquent, les contrats

---

[1258] En ce sens, Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, la gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur, Bruxelles, le 16.04.2004, COM(2004) 261 final, p. 7 : « […] les directives confirment généralement que les droits économiques exclusifs peuvent être transférés, *cédés ou donnés en licence contractuelle*, mais ne traitent pas des conditions de la gestion des droits en tant que telle […] ». Comp. B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 9 : « On the other hand, rights administration or licensing *in general* and the issue of collective management in particular has been addressed in several community instruments. »

[1259] En ce sens, A. BOUVEL, « Quinze années d'étude du droit des signes distinctifs. Essai d'appréciation critique de l'évolution d'une matière » *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 75-87 et not. p. 76, à propos de la Directive d'harmonisation du droit des marques ; R.-M. HILTY, Th. JAEGER, M. LAMPING, H. ULLRICH, « The Unitary Patent Package : Twelve Reasons for Concern », Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, disponible sur : <www.ip.mpg.de/files/pdf2/MPI-IP_Twelve-Reasons_2012-10-17_final3.pdf>, not. p. 2, à propos du regime applicable aux licences du brevet à effet unitaire : « By contrast, as regards the unitary patent as an object of property, the UP Regulation contains only a very truncated set of rules. Basic rules, as contained in all previous proposals (transfer of right, rights *in rem*, treatment in execution and insolvency, *erga omnes* effect of restrictive contractual licensing, date of third-party effects of patent transactions), are missing. Instead, Art. 10 of the UP Regulation provides for the exclusive application of national law. » A propos de l'ensemble de la propriété intellectuelle, v. l'opinion de l'avocat général, M[me] Vernica Trstenjak, présentée le 27 janvier 2009 à l'affaire C533/07, *Falco Privatstiftung et Thomas Rabitsch contre Gisela Weller-Lindhorst*, para. 50 : « Community law on the protection of intellectual property does govern the possibility of granting licences, but it does not lay down provisions on the conclusion of a licence agreement and its characteristic features. » Comp. F. ASENDORF, « A piece of (the) cake-damages for proprietor and licensee due to infringements of Community trade marks », *GRUR Int.* 2011, p. 802 s., not. p. 813 : « The CTMR only provides for a fragmentary regulation of the sanctions for CTM infringements. »

[1260] Sur l'inexistence d'*acquis communautaire* substantiel relatif au régime applicable aux contrats d'exploitation, v. à propos des contrats d'auteur, L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. p. 519 : « Exploitation contracts have so far never been subject to overall harmonisation within the Community. The European legislator has until now refrained form intervening on the issue of transfers of rights and of contractual agreements between authors and producers […] ; *ibid.* p. 528 : « There exists very little acquis communautaire in the area of licensing contracts for the end-use *copyright* protected material. » ; *ibid.* p. 541 : « the current European acquis communautaire is mostly silent on the subject of the contractual relationship between authors and producers on the one hand, and between rights owners and end-users, ont the other hand. » ; B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 8 : « Licensing contracts and contractual relations concerning copyright and related rights have not been subject to overall harmonization within the Community. The European legislator has until now refrained from intervening on the issue of transfers of rights and of contractual agreements between authors or performing artists on the one hand and exploiters on the other hand, because contractual and civil matters have traditionnaly fallen under the exclusive competence of the Member States. » et *ibid*, p. 147 : « […] contain a few rules and references relating to contractual practices, an *acquis communautaire* in this field hardly exists. » ; Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, la gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur, Bruxelles, le 16.04.2004, COM(2004) 261 final, p. 13 : « Le cadre juridique communautaire sur le droit d'auteur et les droits voisins, *l'acquis communautaire*, fait certes référence à la gestion des droits mais ne comprend aucune réglementation spécifique à ce sujet. » ; Communication commission droit des contrats 2001, Annexe I, p. 28 : « Les contrats de licence et les relations contractuelles concernant la propriété intellectuelle n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation globale au sein de la Communauté. » ; N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats*

d'exploitation en Europe (tant internes que transfrontières) sont essentiellement régis par les droits nationaux[1261]. Or, comme nous le verrons par la suite, les droits nationaux des contrats d'exploitation sont divergents.

2°.- L'état non harmonisé des droits nationaux des contrats d'exploitation en Europe.

238.- L'examen des droits nationaux des contrats d'exploitation démontre qu'ils divergent sur le plan de la catégorisation des contrats d'exploitation comme sur le plan du régime qui leur est applicable. Certes, il faut noter que la diversité en droit des contrats d'exploitation en Europe n'est pas absolue. Des points de convergence peuvent ainsi être détectés, tant au niveau de la catégorisation des contrats d'exploitation qu'au niveau des régimes applicables attachés au sein des différents systèmes juridiques[1262]. Dans l'analyse qui suit, nous ne procéderons pas à une

---

nommés et innommés, Dalloz, 2010 : « […] de nombreux textes communautaires interviennent dans le domaine de la propriété littéraire et artistique. On constate toutefois que, à l'instar des conventions internationales, ces textes délaissent quelque peu la matière contractuelle […] » ; M. WALTER, S. von LEWINSKI (sous dir. de), *European Copyright Law*, a commentary, Oxford University Press, 2010, n° 16.9.111 : « The résumé of the existing provisions on *copyright* contract law within the existing Directives hardly shows any overarching thought or any clear tendency. »= S. von LEWINSKI, « Copyright Contracts », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 241 s. et not. p. 256. Pour l'ensemble du droit de la propriété intellectuelle, v. not. N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64 et not. p. 60 : « Toutefois il n'y a pas pour autant un droit communautaire des contrats de la propriété intellectuelle. »

Par ailleurs, le législateur européen a parfois démontré sa volonté de ne pas toucher le droit des contrats d'exploitation. V. ainsi l'art. 9 de la Directive 2001/29/CE : « La présente directive n'affecte pas les dispositions concernant notamment […] le droit des contrats » et l'art. 8 de la Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, (version codifiée), JO, n° L 11, du 05.05.2009, p. 16 : « les dispositions de la présente directive n'affectent pas les autres dispositions légales concernant notamment […] le droit des contrats ». En ce sens, S. Von LEWINSKI, « Copyright Contracts », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 241 s. et not. p. 255 : « The Directives are regularly without prejudice to national laws on contracts, unless stipulated otherwise. »

[1261] En ce sens, en matière de droit d'auteur, S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, p. 18, note n° 5 : « Il faut cependant rappeler l'absence de règles relatives aux contrats d'auteur, abandonnés à des législations nationales […] » ; à propos des licences des marques communautaires, v. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La marque communautaire », *JCP* E, n° 31, 1994, pp. 368-369 : « Ce régime consiste dans les règles du droit communautaire, mais aussi, dans une certaine mesure, dans l'application des droits nationaux. » ; G. BONET, « Questions sur la licence de marque communautaire », *Revue Des affaires européennes*, janv. 1999, p. 44, et not. p. 44 : « les règles de forme et de fond régissant [les contrats concernant la marque communautaire] sont celles du droit national. »

[1262] A titre indicatif, au niveau de la catégorisation, que le *nomen* de *licence* est utilisé au sein des tous les droits retenus en matière de propriété industrielle. De même, au niveau des définitions des contrats d'exploitation, la licence exclusive en matière de droit d'auteur est définie de la même manière en droit grec et britannique (art. 13§3 loi 2121/1993 et art. 92§1CDPA respectivement).

De manière similaire, au niveau de réglementation spéciale, la question de la transmissibilité du droit concédé est régie de manière similaire en droit d'auteur grec et allemand ainsi qu'en droit grec et britannique des brevets. V. les articles 13§6 loi 2121/1993 et 34§1 al. 1er UrhG et les art. 12 §4 loi 1733/1987 et l'art. 30§4a PA respectivement. De même, la question de l'effet *erga omnes* d'un contrat d'exploitation est régie de manière similaire en droit d'auteur allemand et britannique et le droit des brevets français et allemand. V. les articles 33 UrhG et 90§4 CDPA et les art. L. 618 al. 4 CPI

présentation exhaustive de la diversité en matière des contrats d'exploitation[1263]. En revanche, nous allons utiliser certaines illustrations de choix et solutions divergents susceptibles d'être détectés parmi les droits nationaux spéciaux des contrats d'exploitation retenus. Les illustrations en question ont pour objectif de prouver l'existence de divergences, touchant aussi bien la catégorisation des contrats d'exploitation que le régime spécial qui y est attaché dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle.

a.- La diversité au niveau de la catégorisation des contrats d'exploitation.

239.- La comparaison de la catégorisation des contrats d'exploitation au sein des droits nationaux retenus permet de détecter les divergences qui caractérisent tant les dénominations que les contours des catégories contractuelles qui sont consacrées, comme le démontrent les exemples utilisés ci-après.

i.- Des dénominations divergentes : l'exemple des dénominations choisies concernant les contrats d'exploitation en matière de droit d'auteur.

240.- La terminologie choisie par les législateurs nationaux pour nommer les catégories de contrats d'exploitation en matière de droit d'auteur est très variable. Plus précisément, le législateur grec a choisi les dénominations de « contrat d'exploitation » et de « licence d'exploitation ». Le législateur français utilise les termes de « cession », d'« autorisation » et de « concession ». Le législateur allemand fait usage de la dénomination de « concession (de droit d'utilisation) » alors que la loi britannique utilise le terme de « licence ». Cette comparaison montre qu'une même réalité, l'opération de la mise en œuvre contractuelle du droit d'auteur, est représentée au sein des droits nationaux par des dénominations multiples. Ainsi, un flou terminologique caractérise les contrats d'auteur au niveau européen[1264].

---

et art. 15§4 PatG respectivement. La question de la concession des sous-licences est également régie de manière similaire en droit des marques grec et britannique. V. les articles 132 § 3 loi 4072/2012 et 28§4 TMA.

[1263] Sur ce point, des études comparatives plus détaillées pourraient être utilisées comme références. V. par exemple en matière des contrats d'auteur, M. MARKELLOU, *Les contrats d'exploitation de droit d'auteur en droit comparé (Allemagne, France, Grèce)*, thèse Montpellier III, 2009. Par ailleurs, pour avoir une image exacte de la diversité en matière de contrats d'exploitation en Europe il faudrait procéder à une analyse comparative exhaustive de tous les ordres juridiques de tous les États membres.

[1264] En ce sens, M. MARKELLOU, *Les contrats d'exploitation de droit d'auteur en droit comparé (Allemagne, France, Grèce)*, thèse Montpellier III, 2009, n° 551, p. 341.

ii.- Des distinctions divergentes : l'exemple du droit contractuel d'auteur.

241.- La matière des contrats d'exploitation d'auteur nous offre plusieurs illustrations de diversité au niveau des distinctions utilisées par les législateurs nationaux. Ainsi, le droit britannique ne connaît pas la distinction entre contrats primaires et secondaires, alors qu'elle existe dans les législations continentales[1265]. De même, la distinction entre contrat et licence d'exploitation, consacrée par le législateur grec n'est pas reconnue au sein des autres droits examinés. De manière similaire, le législateur allemand ne connaît pas la distinction entre cession et licence existant en droit britannique et grec[1266].

iii.- Des définitions divergentes : l'exemple de la licence d'exploitation des brevets d'invention exclusive.

242.- Les définitions des contrats d'exploitation ne sont pas toujours homogènes dans les droits nationaux examinés. La définition de la licence d'exploitation d'un brevet d'invention exclusive est une bonne illustration en ce sens, car elle présente une géométrie variable au sein des différents droits nationaux[1267]. En effet, en droit grec, allemand et britannique, la licence exclusive permet par défaut au licencié d'exploiter l'invention, dans les limites de l'autorisation donnée, à l'exclusion de toute autre personne, y compris le titulaire-même du brevet d'invention[1268]. Par contre, en droit français, la définition du contrat de licence reste controversée. Selon l'opinion d'une partie

---

[1265] La diversité en question est l'expression de la différence entre la tradition de la *copyright* et la tradition des pays du droit d'auteur. V. *infra* 395 *sq*.

[1266] La diversité en question règle la divergence fondamentale dans la nature du droit d'auteur (théorie moniste, dualiste et tradition de la *copyright*). Comp. M. MARKELLOU, *Les contrats d'exploitation de droit d'auteur en droit comparé (Allemagne, France, Grèce)*, thèse Montpellier III, 2009, n° 551, p. 341 : « les différences d'approche apparaissent indéniables et reflètent des divergences fondamentales dans la nature du droit (théories moniste et dualiste). »

[1267] Sur ce point, se référant expressément à la question de la définition de la licence d'exploitation des brevets d'invention, déjà, H. KROITZSCH, « Exclusive Licenses as a Means of Advancing Technical Progress. Report on a Panel Discussion Held on June 9, 1977 », *IIC*, 1997, p. 542 s. : « Under the German law, an exclusive license means not merely that the patentee will grant no further licenses, but also that he will himself not exploit the patent rights. In contrast, under the laws of France and Holland, an exclusive license excludes exploitation by the owner of industrial property rights only if this is specifically stipulated in the contract. »

[1268] Telle est la position de la doctrine dominante en droit grec. V. en ce sens, K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 162 ; Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 243-244 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 952, p. 731.

En droit allemand v. G. METAXAS-MARANGHIDIS (sous dir. de), *Intellectual Property Laws of Europe*, John Wiley & Sons, 1995, Germany, n° 8.2.14 : « The owner of the patent may only exploit the invention with the consent of the grantee of the exclusive licence. » ; H. KROITZSCH, « Exclusive Licenses as a Means of Advancing Technical Progress. Report on a Panel Discussion Held on June 9, 1977 », *IIC*, 1997, p. 542 s. : « Under the German law, an exclusive license means not merely that the patentee will grant no further licenses, but also that he will himself not exploit the patent rights. »

En droit britannique, v. l'article 130 PA prévoit que la licence exclusive est la licence qui confère au licencié tout droit sur l'invention breveté à l'exclusion de toute autre personne, y compris le titulaire du brevet.

importante de la doctrine[1269], également représentée en jurisprudence[1270], la licence exclusive devrait par défaut être qualifiée de *sole licence,* ce qui permettrait au titulaire du brevet d'exploiter le brevet concurremment avec le licencié exclusif. Cette comparaison montre que la même dénomination de contrat d'exploitation est susceptible de renvoyer à un signifié différent au sein des différents droits nationaux.

iv.- Des catégories aux éléments essentiels divergents : la question de l'obligation d'exploitation en tant qu'élément essentiel des contrats d'exploitation.

243.- Des diversités peuvent être détectées également au niveau des contours des catégories des contrats d'exploitation. Plus précisément, la question de savoir si l'obligation d'exploitation est un élément essentiel de la qualification spéciale d'une licence reçoit des réponses divergentes au sein des différents droits nationaux.

Ainsi, comme déjà vu, l'obligation d'exploitation en droit d'auteur grec n'est pas un élément essentiel de la qualification d'une licence d'exploitation[1271]. En effet, par définition légale, la licence est un contrat simplement permissif, excluant l'existence d'obligation d'exploitation mise à la charge du licencié. En revanche, en droit d'auteur britannique, l'obligation d'exploitation n'est pas un élément exorbitant de la qualification de licence. Au contraire, les parties d'un contrat de licence sont libres de stipuler une obligation d'exploitation à la charge du licencié. De manière similaire, la catégorie du « contrat d'exploitation » consacrée par le législateur grec n'est pas retrouvée dans les autres ordres juridiques nationaux.

De même, en droit des brevets français, il est généralement admis, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que l'obligation d'exploitation est un élément essentiel du contrat de licence[1272] ; ce

---

[1269] En ce sens, Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 72 ; J.-J. BURST, *Breveté et licencié : leurs rapports juridiques dans le contrat de licence*, Litec, coll. CEIPI, 1970, n° 209, p. 117 ; plus nuancé, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 963, p. 678 (à propos de toute licence de droits de propriété intellectuelle) : « [la licence exclusive] peut aussi interdire au concédant d'utiliser pour lui-même son bien intellectuel. »

[1270] V. par exemple, CA Paris, 1er mai 1902, *Ann. Prop. Ind.*, 1903, p. 258 : « la licence exclusive n'implique que l'aliénation du droit de concéder d'autres licences. » ; T. com. Seine, 12 déc. 1917 et T. com. Paris, 7 nov. 1919, *Ann. Propr ind*., 1920, p. 150 ; TGI Paris, 18 déc. 1985, *PIBD*, 1986, n° 390, III, p. 175.

[1271] Comp. les réserves émises plus haut, concernant l'influence de l'art. 15§5 de la loi 2121/1993, à propos de la licence d'exploitation *exclusive*.

[1272] En ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, Montchrestien, 1999, n° 719, p. 375= F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 719, p. 375 ; J.-J. BURST, « Licence de Brevets- Effets du contrat de licence –Fin du contrat de licence », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 491, n° 70 : « Le licencié a, non seulement le droit, mais encore l'obligation d'exploiter. […] Le principe s'applique de façon identique à la licence exclusive et non exclusive, mais l'application doit être particulièrement rigoureuse dans le premier cas » ; Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 95 ; C. GUTHMANN, « Contrats d'exploitation », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4723, n° 76 ; J. SCHMIDT, « Les contrats d'exploitation de brevets en droit privé », *in* INSTITUT DE FRANCE, *Les contrats*

n'est pas le cas en droit des brevets britannique, où il a pu être admis en doctrine que, par défaut, l'obligation d'exploitation ne devait pas être mise à la charge du licencié[1273].

En outre, il est généralement admis en droit grec des marques que l'obligation d'exploitation est un élément essentiel d'une licence d'utilisation exclusive[1274], alors qu'elle ne constitue pas un élément essentiel d'une licence non exclusive. En revanche, en droit français, selon l'approche doctrinale dominante, l'obligation d'exploitation forme un élément essentiel de toute licence d'exploitation de marque[1275].

L'analyse précédente démontre que la détermination des éléments essentiels des catégories contractuelles n'est pas homogène au sein des droits nationaux examinés. Ceci s'explique soit par l'existence des dispositions légales divergentes au sein des droits nationaux, soit par la mise en place des interventions doctrinales ou jurisprudentielles *ad hoc* visant à fixer ces éléments au contenu différent au sein de chaque droit national.

b.- La diversité au niveau de la réglementation spéciale des contrats d'exploitation.

244.- L'examen comparatif de la réglementation spéciale des contrats d'exploitation des droits nationaux retenus révèle l'existence de diversités dans les règles de forme (exigence d'un écrit), l'effet *erga omnes* du contrat d'exploitation, le droit d'agir du licencié mais aussi les règles protectrices des droits d'auteur contractuels continentaux[1276].

---

d'exploitation des droits de brevets d'invention, Actes de colloque, Paris- 10 mars 2005, Lavoisier, 2006, p. 17 ; déjà, G.H.C. BODENHAUSEN, « L'obligation d'exploiter les brevets d'invention et ses sanctions », *P.I.*, 1950, p. 69.
En jurisprudence, voir par exemple, Cass. com., 16 mai 1961, *Bull. civ.*, III, n° 212 ; Cass. com. 4 nov. 1974, *Dossiers brevets*, 1975, V, n° 3 ; Cass. com., 5 janv, 1983, *JCP*, 1984, II, 20182, note Vivant ; *D.*, 1985, inf. rapides, p. 45, obs. Mousseron et Schmidt ; CA Lyon, 29 oct. 1986, *PIBD*, 1987, n° 405, III, p. 46.

[1273] En ce sens, M. FYSH, A. ROUGHTON, T. COOK, M. SPENCE, *The Modern law of patents*, Lexis Nexis Butterworths, 2005, n° 12.41, p. 241 : « There is ordinarily no implied term that a licensee will manufacture or use his licence. »

[1274] En ce sens, M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 557, p. 255 ; de manière plus explicite, A. PSARRAS, « Article 16 » *in* N. ROKAS, *Droit des marques*, Nomiki Viviliothiki, 1996, n° 33, p. 166.

[1275] V. en ce sens, E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 95 et les références y citées Lamy commercial 1993, n° 2076, b) et n° 1812 ; P. MATHÉLY, *Le nouveau droit français des brevets*, LJNA, 1992, p. 371 ; J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, 2e éd., éd. F. Lefebvre, 1999, n° 1110 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007, n° 677, p. 288 et les arrêts y cités ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, 1999, n° 1620 ; J. PASSA, *Traité de la propriété industrielle*, 2e édition, Tome 1, L.G.D.J., 2009, n° 403, p. 568, qui se réfère toutefois plutôt aux licences exclusives des marques. Comp. aussi N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 979, pp. 688, pour qui l'obligation d'exploitation est une « obligation maîtresse » de toute concession en droit de la propriété intellectuelle.

[1276] Le problème de la manque d'harmonisation entre les solutions nationales a été signalé également dans le cadre de la réforme du droit européen des marques. Voir not. la Proposition de directive rapprochant les législations des États membres sur les marques (préc.), p. 8 : « des aspects essentiels de l'exploitation commerciale des marques sont mal réglementés dans l'Union, ou réglementés différemment d'un État à l'autre. » Sur ce point voir aussi J. De WERRA, « La création d'un droit européen des contrats de licence : quelques réflexions sur l'arrêt *Pie Optiek* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris (LexisNexis) 2014, p. 801-811 et not. p. 802.

i.-La diversité relative à l'exigence d'un écrit.

245.- Les règles de forme, plus précisément la question de l'exigence d'un écrit, est traitée de manière divergente au sein des différents droits nationaux retenus[1277]. Ainsi, en matière de droit d'auteur, en droit grec l'article 14 al. 1er de la loi 2121/1993 exige un écrit *ad validitatem* pour les contrats et les licences d'exploitation primaires. En revanche, en droit britannique, la CDPA (art. 92§1) prévoit exige un accord écrit *ad validitatem* uniquement à propos des licences exclusives. Enfin, en droit allemand la forme écrite n'est exigée qu'à titre exceptionnel[1278].

Ensuite, en matière de licences de brevets, l'écrit n'est exigé *ad validitatem* qu'en droit grec (12 §3 al. 1 de la loi n° 1733/1987) et en droit français (art. L. 613-8 dernier alinéa CPI). Au contraire, en droit allemand et en droit britannique la loi n'établit pas cette formalité.

De même, en matière de licences de marques nationales, seule la TMA (art. 28§2) britannique prévoit que la licence doit être constatée par un écrit signé par ou au nom du concédant[1279]. Ce n'est pas le cas des droits français et allemand[1280] où l'exigence d'un écrit n'est pas prévue.

ii.- La diversité relative à l'effet erga omnes du contrat d'exploitation.

246.- La question de l'opposabilité des contrats d'exploitation n'est pas traitée de manière homogène dans les différents droits nationaux. Ainsi, en matière de brevets d'invention, les législateurs français et allemand ont consacré une règle spéciale selon laquelle les licences d'exploitation sont en principe et par défaut opposables aux ayants droit du concédant (v. l'art. L. 618 al. 4 CPI et l'art. 15§4 PatG). Or, en droit des brevets britannique, l'opposabilité du contrat de licence est soumise à l'accomplissement de la formalité d'enregistrement au Registre des brevets (art. 33 PA (1) et (2) PA)[1281].

[1277] *Contra* L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. p. 523, à propos des contrats d'auteur : « [T]he requirement of form of a transfer of right should cause no problem, since the majority of Member States require formalities of some sort (usually a written deed) for assignments or licences to be valid or validly proven. »

[1278] V. *supra* n° 44.

[1279] « Une licence ne produit pas d'effet si elle n'est pas constatée par écrit dans un acte signé par le cédant ou en son nom. »

[1280] Sur ce point v. A. KUR, « Harmonization of the Trademark Laws in Europe-An overview », *IIC*, 1997, p. 1 s., not. p. 12 : « In the UK and Ireland, transfer and licences must be in writing in order to be valid. In France and the Benelux countries, this requirement only applies to assignment. »

[1281] Art. 33(1)(a) et (c) : « Le droit sur le brevet appartient à toute personne qui allègue en avoir acquis la propriété en vertu d'une transaction, d'un instrument ou d'un événement auquel le présent article s'applique, à l'encontre de toute autre personne qui allègue en avoir acquise la propriété en vertu d'une transaction antérieure, d'un instrument antérieur ou d'un événement antérieur auquel le présent article s'applique lorsque, à la date de la transaction ultérieure, le l'instrument ultérieur ou de l'événement ultérieur (a) la transaction antérieure, l'instrument antérieur ou l'événement antérieur n'était pas enregistré et […] (c) en tout état de cause, la personne qui allègue en avoir acquis la propriété en

De même, l'effet *erga omnes* des licences d'exploitation en droit des marques français et britannique dépend de l'enregistrement du contrat au Registre des marques (v. les art. L. 714-7 1er al. CPI et 25§3 a) TMA). Cependant, l'opposabilité de la licence de marque en droit allemand est établie directement par l'art. 30§5 MarkenG, en l'absence de toute formalité d'enregistrement.

iii.- La diversité relative au droit d'agir du licencié.

247.- La question du droit d'agir du licencié est également traitée de manière divergente au sein des droits nationaux retenus. Plus précisément, en droit d'auteur grec le cocontractant et licencié non exclusifs ont par défaut et sans conditions le droit d'agir en contrefaçon en leur propre nom (article 13§3, al. 3e). Ce n'est pas le cas en droit britannique où le licencié non exclusif jouit d'un droit d'agir conditionné (article 101A CDPA).

De même, en matière de brevets d'invention, seul le législateur grec offre la possibilité à un licencié non exclusif d'agir en contrefaçon *ex proprio jure* (17ΣΤ a) loi 1733/1987). En outre, concernant le droit d'agir du licencié exclusif, les lois nationales examinées proposent également des solutions variables. Plus précisément, les législateurs grec et britannique offrent par défaut et sans conditions le droit d'agir au licencié exclusif de brevet d'invention (art. 17 loi 1733/1987 et art. 67 PA). En revanche, en droit français, le licencié exclusif a par défaut le droit d'agir en contrefaçon à condition que, d'une part le titulaire de brevet reste inerte, même après mise en demeure par le licencié et, d'autre part, que le contrat de licence soit inscrit au Registre national des brevets (art. L. 615-2 al. 2e et L. 613-9 CPI).

Enfin, concernant les marques[1282], en droit grec et allemand, le licencié non exclusif ne pourra agir en contrefaçon qu'à condition que le titulaire donne son consentement (art. 132 § 4 al. 1er 4072/2012

---

vertu de la transaction ultérieure, de l'instrument ultérieur ou de l'événement ultérieur ne connaissait pas l'existence de la transaction antérieure, de l'instrument antérieur ou de l'événement antérieur »
Art. 33(2) : L'alinéa 1 s'applique également lorsqu'une personne allègue avoir acquis le droit sur le brevet […] en vertu d'une transaction, d'un instrument ou d'un événement auquel le présent article s'applique et que ce droit est incompatible avec un droit de ce genre acquis en vertu d'une transaction antérieure, d'un instrument antérieur ou d'un événement antérieur auquel le présent article s'applique. » (Traduction disponible sur la base de données WIPO lex, <www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=127489>).

[1282] Pour une analyse comparative de la question en droit britannique, irlandais, allemand et anglais, v. A. KUR, « Harmonization of the Trademark Laws in Europe-An overview », *IIC*, 1997, p. 1 s., not p. 13 : « According to the UK and Irish laws, an exclusive licensee may have conferred on him by contract the same rights as an assignee, which includes the possibility to sue for infringement without needing the consent of the trademark owner. In case of limited licenses [non exclusive], the licensee has the right to call upon the right owner to enter into proceedings in case of infringement which affects the licensee's interests. If he fails to do so within two months, the licensee may initiate the proceedings in its own name. In Germany, the consent of the owner for the licensee to take up proceedings is in principle required by law, however the contract may provide otherwise. According to French law, the holder of an exclusive license is entitled to file an opposition against the registration of an infringing mark as well as to commence judicial proceedings, if the trademark owner did not react within due time. »

et 30§§3 et 4 MarkenG). En droit britannique, le licencié non exclusif a par défaut le droit d'agir en contrefaçon lorsque, suite à une demande adressée au titulaire de la marque, ce dernier refuse d'engager une procédure ou n'engage pas de procédure dans les deux mois suivant la date à laquelle cela lui a été demandé (art. 30§§2 et 3 TMA). En droit français, le législateur n'a pas prévu la possibilité pour le licencié non exclusif d'agir en contrefaçon *ex proprio jure*.

En ce qui concerne le droit d'agir du licencié de marque exclusive, en droit grec et français, par défaut, le licencié exclusif peut agir en contrefaçon, même sans obtenir le consentement du titulaire, lorsque ce dernier n'agit pas dans un délai raisonnable alors qu'il a été avisé de la contrefaçon de la marque (art. 132§4 al. 2e 4072/2012 et art. 716-5 al. 1er CPI). En droit allemand, le licencié exclusif ne pourra agir en contrefaçon qu'à condition que le titulaire donne son consentement (30§§3 et 4 MarkenG). En droit britannique, un licencié exclusif aura le droit d'agir en contrefaçon *ex jure proprio* par accord exprès des parties et à condition que le contrat de licence soit inscrit au Registre des marques (art. 31§1 et 25§3 (b) TMA).

Ajoutons que, compte tenu de la diversité qui caractérise le droit d'agir du licencié dans les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle[1283], la dimension de la diversité qui caractérise les droits nationaux concernant la question du droit d'agir d'un licencié (comme d'autres questions) sera cumulative dans le cas d'un contrat d'exploitation (européen) qui porte à la fois sur plusieurs droits de propriété intellectuelle.

iv.- La diversité qui caractérise le régime protecteur en droit contractuel d'auteur.

248.- Les États membres ont toujours eu toute latitude pour légiférer en matière de contrats d'auteur[1284]. C'est pourquoi, au-delà de la diversité d'ordre culturel, relative à l'existence ou à l'absence de règles protectrices en faveur de l'auteur présumé partie faible du contrat d'auteur au sein des différents droits nationaux des États membres[1285], d'autres diversités peuvent être détectées parmi les législations du continent qui contiennent effectivement des règles protectrices. À titre

[1283] En ce sens, J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., p. 108 : « This absence of a European-wide solution addressing the conditions and consequences of standing to sue of intellectual property licensees is not adequate: it means that a licensee benefiting from a multiterritorial intellectual property license covering various European Union countries would not necessarily have the right to sue third party infringers in a uniform manner in the relevant territories in the absence of a harmonized solution regulating this issue at the regional level. »

[1284] En ce sens, L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. p. 519 : « Member states have until now enjoyed the freedom to adopt under their own national legal systems protective measures to the benefit of authors of performing artists […] ».

[1285] V. *infra* n° 395 *sq.*

purement indicatif[1286], nous exposerons la diversité caractérisant les règles de forme et la question de la rémunération de l'auteur en droit grec, français et allemand[1287].

Plus précisément, quant aux règles de forme, la loi hellénique du droit d'auteur prévoit uniquement l'exigence d'un écrit *ad validitatem* pour les contrats d'auteur primaires (art. 14 loi 2121/1993). Le CPI français établit une formalité de mentions obligatoires ainsi que la forme écrite *ad probationem* pour, au moins[1288], un nombre de contrats d'exploitation spéciaux conclus au niveau primaire (contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle, autorisations gratuites d'exécution, cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle, art. L. 131-2 al. 1er et L. 131-3 al. 1 et 3e). La loi allemande n'exige pas de formalités particulières pour les contrats d'auteur, à l'exception des hypothèses prévues par les art. 40§1 al. 1er et 31a §1 al. 1er UrhG)[1289].

Pour ce qui est de la question de la rémunération de l'auteur, les droits grec et français consacrent le principe de la rémunération proportionnelle (v. art. 32 loi 2121/1993 et art. L. 131-4 CPI). En revanche, le législateur allemand a prévu un système de rémunération basé sur l'idée d'une rémunération équitable (v. not. art. 32§1 UrhG)[1290].

[1286] D'autres exemples pourraient être utilisés, notamment celui de la question de la transmission anticipée des droits portant sur des modes d'exploitation inconnus au moment de la conclusion du contrat, traitée de manière divergente en droit grec, français et allemand. Sur ce point comp. les art. 13§5 de la loi 2121/1993, L. 131-6 CPI et 31§1 UrhG. V. aussi L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. p. 523.

[1287] En ce sens, L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. p. 523. Comp. T. COHEN-JEHORAM, C. van NISPEN, T. HUYDECOPER, *European Trademark Law*, Kluwer Law International, 2010, qui font reference aux « national legal differences in modes of establishing royalty rates. » Pour une analyse de droit comparé plus détaillé voir not. P. MOHR, *L'harmonisation européenne du droit des contrats d'auteur – Etude de droit comparé à partir des droits allemand, anglais, espagnol et français*, thèse Strasbourg, 2014, p. 146 s. et 342 s.

[1288] La portée de cette règle est discutée. V. *supra* n° 203.

[1289] Sur ce point de différence, v. not. L. GERSTNER, « L'influence du droit comparatif sur le droit des contrats en matière de propriété intellectuelle », *Communication Commerce électronique*, n° 10, Octobre 2006, alerte 198.

[1290] Sur ce point de différence, v. L. GERSTNER, « L'influence du droit comparatif sur le droit des contrats en matière de propriété intellectuelle », *Communication Commerce électronique*, n° 10, Octobre 2006, alerte 198. Pour une évaluation comparative entre la solution du droit français et du droit allemand v. Ch. GEIGER, « Synthèse-Thèses dégagées. Les aspects contractuels du droit d'auteur » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, « le droit des affaires », t. 29, Litec, 2007, p. 521 s. et not. p. 521 : « Le principe d'un droit impératif à une rémunération « équitable », tel que retenu en droit allemand depuis la loi de 2002, est préférable à la notion de rémunération « proportionnelle » telle que concrétisée en droit français depuis 1957. En effet, dans ce dernier cas, le cocontractant de l'auteur peut annihiler cette protection par un pourcentage réduit au minimum. De plus, le prix public, sur lequel se base cette rémunération, n'est pas aisé à déterminer. La référence à l'équité, absente en droit français, permet un plus grand contrôle par le juge en cas d'insuffisance de la rémunération. »

c.- La diversité qui caractérise les questions non traitées par la réglementation spéciale des contrats d'exploitation.

249.- La diversité qui caractérise le droit applicable aux contrats d'exploitation en Europe ne se limite pas à celle touchant leur réglementation spéciale. En pratique, la diversité touche également les questions pour lesquelles la loi spéciale n'offre pas de règle particulière.

L'examen comparatif des droits nationaux retenus démontre que le comblement des lacunes du droit spécial des contrats d'exploitation mène parfois à des solutions divergentes. Ceci concerne tant le comblement des lacunes du droit spécial par des interventions doctrinales ou jurisprudentielles *ad hoc* que l'application du droit commun des contrats.

i.- La diversité qui caractérise les solutions jurisprudentielles et doctrinales.

250.- Les solutions *ad hoc* proposées par la doctrine et la jurisprudence nationales afin de combler les lacunes de la réglementation spéciale des contrats d'exploitation sont parfois divergentes. Tel est par exemple le cas des solutions proposées par la doctrine et la jurisprudence à propos de la possibilité de concéder des sous-licences. En pratique, en droit grec des brevets, il est admis que seul le licencié exclusif est présumé avoir le pouvoir de concéder une sous-licence[1291], alors qu'en droit français des brevets, il est généralement admis, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que par défaut, le droit du licencié n'est pas transmissible et le licencié ne peut pas octroyer de sous-licences sans le consentement du concédant[1292].

ii.- La diversité qui caractérise le droit commun des contrats.

251.- Le comblement des lacunes de la législation spéciale des contrats d'exploitation par application du droit commun des contrats mène aussi à des solutions divergentes dans les différents

---

[1291] En ce sens, V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 972, p. 741 selon lequel il y a une présomption en faveur du licencié exclusif selon laquelle ce dernier est en mesure de conclure des sous-licences : « Il est toutefois admis que dans le cas d'une licence exclusive, il est *présumé que le licencié a cette possibilité*, vu que dans le cadre d'une telle licence ses pouvoirs sont étendus. » ; K. LYMPEROPOULOS, *Le droit des inventions*, Sakkoulas, 2010, p. 172, pour qui la question doit être traitée au cas par cas.

[1292] V. *supra* n° 227. Comp. aussi J. DREXL, S. NÉRISSON, F. TRUMPKE, R.-M. HILTY, « Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition law on the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market com (2012)372 », *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper Series*, No. 13-04. Disponible sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2208971 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2208971> (16 janvier 2013), n° 13, p. 10, qui se réfère à la diversité qui caractérise les solutions jurisprudentielles dans les différents États-membres, concernant la question de la divisibilité du droit d'exploitation en matière de droit d'auteur : « In particular, the issue of fragmentation of copyrights by way of licensing has not been explicitly addressed in any Directive by the European legislature ».

droits nationaux examinés. En l'absence d'harmonisation, la diversité juridique qui caractérise la matière du droit civil en général et du droit des contrats en particulier, se répercute également par ricochet en matière des contrats d'exploitation[1293]. À titre d'exemple, nous pouvons nous référer à la diversité relative aux dispositifs de cession des droits en droit grec et allemand (licences exclusives) et en droit français ou à la question de l'inexécution du contrat[1294].

252.- En conclusion, nous avons tenté de démontrer que l'acquis communautaire en matière des contrats d'exploitation était inachevé. D'une part, il s'agit d'un acquis superficiel, et d'autre part, le droit des contrats d'exploitation en Europe n'est pas harmonisé. Les droits nationaux retenus se caractérisent par une diversité qui touche tant la catégorisation que la réglementation de ces contrats dans l'ensemble des branches du droit de la propriété intellectuelle[1295].

[1293] En ce sens, Ch. GEIGER e*t alii*, « Compte-rendu du colloque et clôture », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 571 s. et not. p. 606 : « L'harmonisation du droit contractuel d'auteur a été de l'avis général, jugée souhaitable mais difficile à mettre en œuvre en l'absence de poursuite de l'harmonisation du droit privé dans son ensemble. Or, dans ce domaine précisément, on observe, y compris entre la France et l'Allemagne, des différences significatives, qui se répercutent sur le droit d'auteur. […] ».

[1294] V. par exemple Y.-M. LAITHIER, *Les sanctions de la rupture pour inexécution* en *droit comparé*, LGDJ, 2004 ; O. LANDO, « Principes de droit européen des contrats, Une première étape vers un code civil européen ? », *RDAI/IBLJ*, 1997, n° 2, p. 189 et s. et not. p. 197 s.

[1295] Voir les Conclusions de l'avocat général, M[me] Vernica Trstenjak, présentées le 27 janvier 2009 à l'affaire C-533/07, *Falco Privatstiftung et Thomas Rabitsch contre Gisela Weller-Lindhorst*, par. 49 : « Le contrat de licence est réglementé de façons diverses dans le droit des États membres », cité également par J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., p. 90 et *ibid.* p. 92 et 109, parlant de « present unharmonized status of intellectual property licensing within the European Union. » ; B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 147 : « A first glance at the provisions in force in the fifteen member states of the European Union concerning copyright contracts reveals a picture full of contrasts.» ; R.-M. HILTY, « Intellectual property and the European Community's Internal Market Legislation-Copyright in the Internal Market», *IIC*, 2004, p. 760 s. et not. p. 772 : « [The employer] is confronted with extremely différent systems, as long as Europe is not in the position of having at its disposal a consistent copyright contract law. » ; Ch. GEIGER e*t alii*, « Compte-rendu du colloque et clôture », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 571 s. et not. p. 604 : « Selon lui, les transactions importantes ont généralement une dimension internationale. Ceci est en lien direct avec le problème soulevé par l'existence d'ordres publics différents […] » ; D. MOURA VICENTE, *La Propriété Intellectuelle en droit international privé*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, Martinus Nijhoff Online, disponible sur : <www.nijhoffonline.nl>, n° 144, p. 317 : « [I]l y a encore dans ce domaine des différences très significatives entre les systèmes juridiques nationaux. » ; A. STROWEL, B. VANBRABANT, « Copyright licensing : a European view », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 29 s. et not. p. 29 : « *Copyright* licensing rules in Europe vary widely. » V. cependant *ibid.* p. 44 : « those législative differences regarding *copyright* licensing « may not be as significant as one might tend to believe. »

Contra à propos des contrats primaires d'auteur, B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 151: « […] there appears to be a general consensus among Member States on a number of important issues. For example, the requirement of form of a transfer of right should cause no problem, since all but two Member States require formalities of some sort (usually a written deed) for assignments or licenses to be valid, or validly proven. » ; Commission au

Il s'agit maintenant d'examiner les problèmes liés au caractère inachevé de l'acquis communautaire en matière des contrats d'exploitation.

B.- Les problèmes liés au caractère inachevé de l'acquis.

253.- Nous allons exposer les problèmes liés au caractère inachevé de l'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation, en démontrant en premier les problèmes inhérents à un acquis superficiel (1°) avant d'examiner l'impact négatif de la diversité qui caractérise les droits des contrats d'exploitation nationaux pour le bon fonctionnement du marché unique (2°).

1°.- Les problèmes inhérents à l'acquis superficiel.

a.- Une législation européenne faite avec peu de réflexion.

254.- Le choix d'un acquis communautaire superficiel en matière de contrats d'exploitation peut s'avérer problématique. Plus précisément, l'approche superficielle du droit des contrats d'exploitation se reflète également dans la superficialité des choix du législateur européen concernant la terminologie ou les concepts utilisés au sein des instruments juridiques européens[1296]. En faisant un tel choix, il semble que le législateur européen ne soit pas très « sensibilisé » face à l'impératif du respect du pluralisme qui caractérise les droits nationaux. Une belle illustration à cet égard est l'utilisation du terme de licence par le législateur européen au sein de l'acquis communautaire en matière de contrats d'auteur[1297], terme non utilisé par les législateurs français[1298]

Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, la gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur, Bruxelles, le 16.04.2004, COM(2004) 261 final, p. 15 : « Il semble exister une grande identité de vues entre les États membres – ainsi qu'entre eux et les pays accédants – sur un certain nombre de questions liées à la gestion individuelle des droits. »

[1296] Par ailleurs, le caractère superficiel démontre l'indifférence du législateur européen à offrir un cadre juridique innovant, qui pourrait constituer un facteur d'amélioration des droits nationaux des contrats d'exploitation. Il est significatif que le législateur européen reprenne les schémas d'organisation des contrats d'exploitation traditionnels, sans examiner la pertinence et les inconvénients de ceux-ci.

[1297] Voir *supra* n° 136 *sq*.

[1298] Sur l'absence de consécration du contrat de licence en droit d'auteur français et l'harmonisation européenne des contrats d'exploitation voir B. MONTELS, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en France » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, *op. cit.*, p. 507 s. et not. p. 508 et s.

et allemand. Cette pratique est susceptible de mener à des « intrusions »[1299] (« *legal irritants* » [1300]) au sein d'un ou plusieurs ordres juridiques nationaux[1301].

b.- Des interventions dénaturantes de la CJUE.

255.- Vu l'état peu développé de l'acquis en matière de contrats d'exploitation, la tâche de compléter le cadre juridique[1302] est revenue aux tribunaux. Plus précisément, la CJUE a été sollicitée par les juges nationaux par voie de questions préjudicielles afin d'éclaircir les contours des catégories contractuelles consacrées par le législateur européen, dont la détermination fait défaut au sein de l'acquis communautaire. Certainement, l'apport de la CJUE sur la question d'interprétation et de clarification des notions utilisées au sein de l'acquis communautaire est (et sera)[1303] précieux[1304], surtout si nous prenons en considération le fait que les réponses aux questions

---

[1299] Rappr. les problèmes analogues en matière de droit des contrats en général. À titre purement indicatif, nous pourrions mentionner le concept de la *bonne foi*, inséré par la législation européenne aux systèmes juridiques de la *common law* à propos des contrats avec les consommateurs […] qui reflète les solutions civilistes continentales, inconnues du système de la *common law* jusqu'à leur insertion par voie de transposition de directive européenne : G. TEUBNER, « Legal Irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences », *Modern Law Review*, 1998, Vol. 61, pp. 11-32 ; M. Van HOECKE, « Le Code civil et la base commune du droit privé en Europe », *in* A. WIJFFELS (sous dir. de), *Le Code civil entre ius cmmune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. 29 et s. et not. pp. 38-39, se référant à l' « européanisation » de la *common law*. Par ailleurs, l'intrusion peut résulter du choix de l'instrument juridique utilisé lors de l'adoption de l'acquis communautaire. Par exemple, la transposition obligatoire des Directives européennes par voie législative ou réglementaire au niveau national peut être considérée comme une intrusion par les législations nationales des pays de la *common law* car ces ordres juridiques ne partagent pas la tradition du droit écrit, mais elles sont pourtant contraintes à accroitre leur droit statutaire (Statute Law). Voir sur ce point, C. AUBERT DE VINCELLES, « Les options « contraignantes » du livre vert (options 5, 6 et 7) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 115 et s. et not. p. 116.

Comp. H.-W. MICKLITZ, « A 'Certain' Future for the Optional Instrument », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 181 et s. et not. p. 188, à propos du concept de « principes généraux du droit privé » établi par la CJUE,: « […] the new approach is very much inspired by the civil law systems. » ; S. WEATHERHILL, « The « principles of civil law » as a basis for interpreting the legislative acquis », *ERCL*, n° 6, 2010, pp. 74-85.

[1300] G. TEUBNER, « Legal Irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences », *Modern Law Review*, 1998, Vol. 61, pp. 11-32 ; M.-W. HESSELINK, *The New European Private law*, Kluwer Law International, 2002, p. 41 : « Directives frequently contain specific legal concepts. These concepts do not always fit very well into all the European legal systems. In this respect Teubner quite rightly speaks of legal irritants. These irritants have yet another disruptive effect on the coherence of national legal systems. »

[1301] M.-W. HESSELINK, « The European Commission's Action Plan : Towards a More Coherent European Contract Law ? », *ERPL*, 4/2004, pp. 397-419 et not. p. 404.

[1302] En ce sens, à propos de la question de la définition du contrat de licence, voir J. De WERRA, « La création d'un droit européen des contrats de licence : quelques réflexions sur l'arrêt *Pie Optiek* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris (LexisNexis) 2014, p. 801-811 et not. p. 801.

[1303] *Cf.* A. STROWEL, « Towards a European Copyright Law : Four issues to consider » *in* E. STAMATOUDI, P. TORREMANS, *EU Copyright Law. A Commentary*, Edward Elgar, 2014, n° 21.01 s, p. 1127 s. et not. n° 21.69, p. 1153 : « The path Towards a European Copyright Law will build both on the future intiative to be adopted by the EU Commission and on the CJEU case law (and its impact on national courts). »

[1304] Sur ce point voir J.-S. BERGÉ, « À propos du « petit droit européen des contrats »: de quelques exemples récents en droit de la propriété intellectuelle », *Revue des contrats*, avril 2010 n° 2, p. 725 ; Ch. GEIGER, « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 2 ; sur l'apport de

préjudicielles posées par les juges nationaux ont une portée impérative et paneuropéenne[1305]. Or, l'expérience actuelle[1306] démontre que la contribution de la CJUE en matière des contrats d'exploitation s'avère peu clarificatrice[1307] et parfois problématique.

Plus précisément, les décisions rendues par la CJUE développent une conception parfois dénaturante pour les contrats d'exploitation[1308]. L'hypothèse de la définition du contrat de licence offerte par la Cour est très caractéristique à cet égard. Par exemple, dans l'affaire *Falco*[1309], la Cour devait se prononcer pour savoir si à l'égard du Règlement Bruxelles I[1310], une licence devrait être considérée comme un contrat de service. La réponse en question devait être basée sur la définition

---

l' « interprétation créatrice » de la CJUE sur le développement du droit européen de la propriété intellectuelle dans son ensemble, v. Ch. GEIGER (sous dir. de), *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle*, Litec Lexis Nexis, Coll. du CEIPI, n° 60, 2013 ; P. ROSSI, « The Language of Law between the European Union and the Member States », *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 23 et s. et not. p. 33 : « Not only legislative but also the judicial integration of private law plays a crucial role in achieving harmonization. The actor in this process is the European Court of Justice which is developing this activity in several directions. »

[1305] Sur le rôle de la CJUE en matière de droit européen des marques en général, voir A. BOUVEL, « Quinze années d'étude du droit des signes distinctifs. Essai d'appréciation critique de l'évolution d'une matière » *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 75-87 et not. pp. 76-77 ; A. KUR, « Fundamental concerns in th harmonization of (European) trademark law », *in* G. DINWOODIE, M. JANIS (sous dir. de), *Trademark Law and Theory*. A Handbook of Contemporary Research », Edward Elgar, 2008, p. 151 et s. et not. p. 154.

[1306] La CJUE traitera probablement la question de contours du contrat de licence suite à la question préjudicielle posée par la BGH allemande (aff. C-117/13, *Technische Universität Darmstadt c/ Eugen Ulmer KG*), concernant l'interprétation de l'article 5 al. 3 (n) de la Directive 2001/29 CE. Sur ce point voir J. De WERRA, « La création d'un droit européen des contrats de licence : quelques réflexions sur l'arrêt *Pie Optiek* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris (LexisNexis) 2014, p. 801-811 et not. p. 802 note n° 8.

[1307] Comp. Ch. GEIGER, « Avant-propos » *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle*, Litec Lexis Nexis, Coll. du CEIPI, n° 60, 2013, p. ix et s. et not. p. x, pour qui « les grilles de lecture proposées par les juges ne sont pas toujours claires. De plus, les décisions se contredisent parfois, rendant la compréhension du cadre juridique plus ardue. » Sur cette question du point de vue du droit d'auteur, v. A. LUCAS, « La longue route vers l'harmonisation du droit d'auteur. Analyse critique », *in* M.-C. JANSSENS (sous dir. de), *Harmonisation of European IP law : from European rules to Belgian law and practice. Contributions in honour of Frank Gotzen*, Bruylant-Larcier, 2012, pp. 17-27 et not. p. 27 : « Force est de reconnaître que l'interventionnisme de la Cour de justice ne débouche pas toujours sur les clarifications auxquelles aspirent les justiciables » ; du point de vue du droit des marques, v. A. KUR, « Fundamental concerns in th harmonization of (European) trademark law », *in* G. DINWOODIE, M. JANIS (sous dir. de), *Trademark Law and Theory*. A Handbook of Contemporary Research », Edward Elgar, 2008, p. 151 et s. et not. pp. 154-155. *Adde* Ch. GEIGER, « The construction of intellectual property in the European Union » *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *Constructing European Intellectual Property. Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar, 2013, p. 5 s. et not. p. 13.

[1308] Sur la question de l'intervention problématique de la CJUE en matière de propriété intellectuelle en général, voir not. F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 124, p. 77 : « Ce phénomène s'accompagne de conséquences qui ne sont pas toujours très heureuses, à la fois parce que les magistrats communautaires ne maîtrisent pas forcement ces matières, interviennent souvent très vite et construisent un droit qui manque de tradition et de cohérence d'ensemble […].« Le phénomène est frappant en droit des marques, où la Cour de Justice bâtit, à travers une profusion d'arrêts rendus tantôt à propos de la directive d'harmonisation, tantôt à propos du règlement sur la marque communautaire, *sa propre conception* du droit des marques. » ; Ch. GEIGER, « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 2. Sur le problème de la prévisibilité des décisions de la CJUE v. E. DERCLAYE, « The Court of Justice copyright case law : *quo vadis* ? », *EIPR*, 2014, 36(11), pp. 716-723.

[1309] Préc.

[1310] Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Journal officiel n° L 012 du 16/01/2001 p. 0001 – 0023.Voir sur ce point B. HAFTEL, « Entre « Rome II » et « Bruxelles I » l'interprétation communautaire uniforme du règlement « Rome I » », *Journal du droit international (Clunet)* n° 3, Juillet 2010, doctr. 11.

du contrat de licence dans une dimension européenne[1311] et sa confrontation avec celle d'un contrat de service. L'avocat général a présenté à cette fin certains éléments de définition du contrat de licence lorsqu'elle a décidé que l'acte du donneur de licence de « signer le contrat de licence et laisser effectivement l'objet de la licence en exploitation »[1312] ne pourrait pas être assimilé au comportement actif d'un prestataire de service. Or, l'approche de l'avocat général face aux contrats d'exploitation semble problématique. D'une part, la référence à la forme écrite de la licence (« signer le contrat ») est inappropriée, car, ainsi que vu précédemment, l'écrit n'est pas un élément essentiel du contrat de licence. D'autre part, la référence vague à l' « objet de la licence » ne s'accompagne pas d'une distinction claire entre objet matériel et objet immatériel, ce qui est certainement surprenant[1313].

La question de la définition problématique des éléments caractéristiques du contrat de licence est également apparue dans d'autres cas. D'une part, selon l'arrêt *Usedsoft* du 3 juillet 2012[1314], le contrat de licence d'utilisation du logiciel sans limitation de durée et pour un prix représentant la valeur économique de l'exemplaire du logiciel a été qualifié de vente[1315]. D'autre part, selon les conclusions de l'avocat général dans l'arrêt *Pie Optiek*[1316], un contrat de licence doit nécessairement comporter une clause par laquelle le licencié aura le pouvoir de « faire valoir des droits fondés sur la marque à l'encontre des tiers ». À défaut d'une telle clause « il y a lieu de douter que le contrat puisse être qualifié de contrat de licence ». Cependant, la question relative au droit d'agir du licencié de marque ne doit pas être expressément réglée dans tout contrat de licence vu que, ainsi

---

[1311] Voir paragraphe 48 de l'arrêt Falco (préc.) : « Or, comme les arrêts de la Cour sont contraignants pour toutes les juridictions nationales et qu'ils produisent des effets *erga omnes*, il convient de tenir compte également des définitions du contrat de licence existant dans les autres États membres, et de celles énoncées dans d'éventuelles dispositions communautaires. »

[1312] V. l'opinion de l'avocat général, M[me] Vernica Trstenjak, présentée le 27 janvier 2009 à l'affaire C533/07, *Falco Privatstiftung et Thomas Rabitsch contre Gisela Weller-Lindhorst*, para. 58. Notons que la langue originelle est le slovène.

[1313] V. surtout la version du texte en anglais : « in making the object to which the licence relates physically available so that it can be used ». V. sur ce point, J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., p. 106 : « This statement made by the Advocate General can thus be perceived as a revelation of a frequently encountered misunderstanding in intellectual property transactions: the need to clearly distinguish the issue of the transfer of physical objects which may potentially incorporate the intangible goods protected by the relevant intellectual property rights on the one hand and the assignment or licensing of the intellectual property rights as such on the other. »

[1314] CJUE, grande Chambre, 3 juillet 2012, affaire numéro C-128/11, UsedSoft GmbH c./ Oracle International Corp.

[1315] Para. 44 s. de la décision : « Le téléchargement d'une copie d'un programme d'ordinateur et la conclusion d'un contrat de licence d'utilisation se rapportant à celle-ci forment un tout indivisible qui doit être qualifié, dans son ensemble, comme une vente ».

[1316] Préc., voir *supra* n° 147.

qu'examiné, tant les droits nationaux[1317] que le droit européen apportent des solutions variables s'appliquant généralement par défaut[1318].

Les tribunaux ne peuvent ainsi pas se substituer au rôle du législateur et procéder à la détermination des éléments-clés d'un *typus* contractuel[1319]. De manière plus essentielle, en l'absence de repères suffisants au sein du droit communautaire et en présence d'approches divergentes face aux contrats d'exploitation au sein des droits nationaux, les juges sont obligés de recourir à l'« improvisation » et de développer leur propre conception pour les contrats d'exploitation dans une dimension européenne[1320], parfois sans considération des enseignements et principes des droits nationaux[1321].

c.- Le manque de compréhension mutuelle en matière de contrats d'exploitation en Europe : une diversité conceptuelle[1322].

256.- L'acquis superficiel actuel introduit des concepts fondamentaux du droit des contrats d'exploitation[1323], tels que, par exemple, la licence[1324] ou l'exclusivité[1325], sans toutefois y consacrer

---

[1317] V. *supra* n° 108, 124, à propos du droit français et britannique.

[1318] En ce sens, J. De WERRA, « La création d'un droit européen des contrats de licence : quelques réflexions sur l'arrêt *Pie Optiek* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris (LexisNexis) 2014, p. 801-811 et not. 810.

[1319] Voir en ce sens, J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., p. 109 : « […] even if the ECJ can valuably contribute to the debate (as shown by the cases discussed in this chapter), its role is not that of a regulator. A court is not necessarily be equipped to define the key elements of a given contractual *typus*, such as licence agreements. » ; A. LUCAS, « La longue route vers l'harmonisation du droit d'auteur. Analyse critique », *in* M.-C. JANSSENS (sous dir. de), *Harmonisation of European IP law : from European rules to Belgian law and practice. Contributions in honour of Frank Gotzen*, Bruylant-Larcier, 2012, pp. 17-27 et not. p. 28 : « Ces exemples, mais on pourrait en prendre d'autres, montrent qu'on ne peut pas tout attendre de la jurisprudence. » Comp. S. KÜMMERLE, « Güter und Dienstleistungen, Vertragstypenbildung durch den EuGH » *in* F. J. A. SANTOS, Ch. BALDUS, H. DEDEK (sous dir. de), *Vertragstypen in Europa, Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, Sellier, 2011,, p. 295 et s. ; P. ROSSI, « The Language of Law between the European Union and the Member States », *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 23 et s. et not. p. 33 : « Some people hope that the court may reach areas where European legislation does not, although the functionalist approach of the court though partially useful, is unable to create a common perception of concepts. »

[1320] En ce sens, J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., p. 103 : « to develop their own understanding ».

[1321] Tel est le cas de l'arrêt *Pie Optiek*, selon laquelle la Cour a cerné la notion de contrat de licence sans examiner l'interprétation du contrat en cause sous l'angle du droit national y applicable. Sur ce point voir not. J. De WERRA, « La création d'un droit européen des contrats de licence : quelques réflexions sur l'arrêt *Pie Optiek* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris (LexisNexis) 2014, p. 801-811 et not. p. 803 s.

[1322] *Cf.* S. PRECHAL, B. Van ROERMUND, « Binding Unity in EU Legal Order : An Introduction », *in* S. PRECHAL, B. Van ROERMUND (sous dir. de), *The Search for Unity in Divergent Concepts*, Oxford University Press, 2008, p. 1 s. et not. p. 3, se référant à la « conceptual divergence ».

[1323] Comp. J. SMITS, « Diversity of Contract Law and the European Internal Market » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 153 et s. et not. p. 165, à propos des termes abstraits de l'acquis communautaire en matière de droit des contrats.

[1324] J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., p. 109.

[1325] Sur ce point, J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., p. 108 :

une définition expresse[1326]. De même, comme nous l'avons vu, les droits nationaux divergent sur ces points[1327]. En effet, les concepts de licence et d'exclusivité ne bénéficient pas d'une lecture commune au sein des différents contextes nationaux, malgré leur apparence linguistique[1328]. Ceci démontre qu'au-delà de l'inefficacité d'une européanisation superficielle, la diversité en matière de contrats d'exploitation est profonde, car elle porte sur des concepts de base du droit des contrats d'exploitation. Autrement dit, la diversité conceptuelle est à l'origine d'un manque de compréhension commune en matière de catégories des contrats d'exploitation en Europe[1329].

d.- L'efficacité limitée de l'acquis superficiel.

257.- Le caractère superficiel de l'acquis communautaire est susceptible de compromettre son efficacité à réaliser les objectifs envisagés par l'adoption des instruments juridiques au niveau européen.

i.- L'exemple de la Directive 2014/26/UE.

258.- La récente Directive en matière d'exploitation collective multi-territoriale des œuvres musicales en ligne est une bonne illustration du problème d'inefficacité d'un acquis communautaire

---

« The issue of standing to sue also evidences the lack of European wide definition of basic intellectual property licensing concepts, specifically of the respective notions of exclusive and non-exclusive licenses, whereby certain regulations grant standing to sue only to exclusive licensees. » et les references y citées ; J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European Perspective », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 450 s. et not. p. 470 et note n° 54. Comp. A. BOUVEL, « Quinze années d'étude du droit des signes distinctifs. Essai d'appréciation critique de l'évolution d'une matière » *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 75-87 et not. p. 76, à propos de l'acquis communautaire harmonisé en matière de marques.

[1326] En ce sens, J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European Perspective », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 450 s. et not. p. 464. Comp. A. BOUVEL, « Quinze années d'étude du droit des signes distinctifs. Essai d'appréciation critique de l'évolution d'une matière » *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 75-87 et not. p. 76, à propos de l'acquis communautaire harmonisé en matière de marques.

[1327] V. *supra* n° 247 *sq*.

[1328] En fait, « conceptual divergence is not the same as linguistic variance », S. PRECHAL, B. Van ROERMUND, « Binding Unity in EU Legal Order : An Introduction », *in* S. PRECHAL, B. van ROERMUND (sous dir. de), *The Search for Unity in Divergent Concepts*, Oxford University Press, 2008, p. 1 s. et not. p. 3.

[1329] Voir sur ce point J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., p. 14 s. : « While this conclusion to which the Advocate General came that license contracts are not contracts for the provision of services can be approved, the reasoning adopted for supporting this view raises difficulties (if not concern) as it reveals the problems resulting from the *lack of common understanding* of the nature of license agreements in Europe. » et *ibid.* « In short, even if the outcome of the Falco case can be approved, it still reveals (and particularly the opinion of the Advocate General) the absence of any harmonized European concept of intellectual property license agreements, as well as the *risk of misconceptions* about the real nature of intellectual property licensing agreements and the difficulties which can result from this situation. » ; J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European Perspective », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 450 s. et not. pp. 467-468.

des contrats d'exploitation épidermique. En effet, la Directive en question a pour objectif de faciliter l'exploitation collective en ligne des œuvres musicales, à travers la conclusion de licences multi-territoriales par les SGC. La Directive évoque le contrat de licence multi-territoriale d'exploitation (collective) des œuvres de l'esprit sans y attacher toutefois un ensemble de règles substantielles applicables significatif[1330]. En effet, au-delà des règles à portée générale prévues aux articles 16 et 17 de la Directive[1331], qui ne couvrent qu'une partie du régime applicable aux licences conclues entre SGC et utilisateurs, les licences multi-territoriales seront régies essentiellement par les dispositions des droits nationaux. Or, la diversité des droits nationaux nécessairement applicables aux licences multi-territoriales est susceptible de réduire l'efficacité du dispositif proposé par la Directive. En pratique, les licences multi-territoriales octroyées sur la base du dispositif de concession des licences multi-territoriales par les SGC devront respecter des conditions à contenu variable et souvent à caractère impératif, en fonction du droit national applicable -par exemple, les conditions relatives à la divisibilité du droit transmis par contrat ou les restrictions relatives à la transmission des droits portant sur des formes d'exploitation inconnues[1332].

[1330] V. sur ce point par exemple v. J. de WERRA, « An essential Brick in the Building of European *Copyright* : Regulation of Copyright Transactions », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 259 s. et not. p. 266 : «[N]ot much (if any) attention has been devoted to the content of such online licensing contracts, which will largely remain governed by the various national relevant contract and copyright laws […] ».

[1331] V. *supra* n° 140.

[1332] V. en ce sens, J. DREXL, S. NÉRISSON, F. TRUMPKE, R.-M. HILTY, « Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition law on the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market com (2012)372 », *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper Series*, No. 13-04. Disponible sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2208971 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2208971> (16 janvier 2013), n° 13, p. 11 : « Such unsolved substantive law issues, taken together with the still diverging national traditions of collective rights management, seriously affect the Commission's endeavours to create a coherent legal framework for multi-territorial licensing by only regulating collective rights management issues. » ; S. von LEWINSKI, « Copyright in a Borderless Online Environment : EU Cross-Border Licensing of Rights », *in* J. AXHAM (sous dir. de), *Copyright in a borderless online environment*, The Institute for Legal Research, Norstedts Juridik, 2012, p. 101 s. et not. p. 104 : « Right owners who license uses cross-border must take into account the applicable law and be aware that, in particular, rules in the Member States on mandatory contract law […] may differ. » ; Th. CHIOU, « Music Licensing in the Cloud : The Greek Experience », *GRUR Int.*, 3/2014, p. 228 s., à propos des problèmes qui peuvent apparaitre dans l'hypothèse des licences multi-territoriales d'exploitation des œuvres musicales sur le nuage, lorsque le droit grec est applicable. Déjà, E. ROSATI, « The Hargreaves Report and Copyright Licensing : Can National Initiatives Work Per Se ? », *EIPR*, n° 11, 2011, p. 673 et s. et not. p. 676 : « In fact, it is doubtful that a European market for online creative content can efficiently work should pan-European licensing require compliance with (so far) 27 different national laws. This is why it is desirable that a serious discussion on *copyright* full harmonization be commenced at the EU level. » ; R.-M. HILTY, « Intellectual property and the European Community's Internal Market Legislation-Copyright in the Internal Market », *IIC*, 2004, p. 760 s. et not. p. 773 : « Until now, the employer-and any further derivative right holder-must be aware of 25 national laws, some with mandatory provisions, even if he or she agrees with the author or another former right holder for one single contract to assign all parallel rights for the whole territory of the EU. » Rappr. V. REDING, « L'harmonisation du droit européen des contrats relancée », *Revue Lamy Droit Civil*, n° 75, oct. 2010, p. 61 s. et not. p. p. 61, utilisant la même rhétorique à propos des contrats de vente : « Or les entreprises, notamment celles de taille petite ou moyenne, ont des difficultés à réaliser des ventes à l'étranger car elles doivent appliquer un droit des contrats différent dans chacun des 27 États membres de l'Union européenne. »

ii.- L'exemple du RMC.

259.- Selon le texte du RMC, protéger une marque de manière identique au sein de l'Union est un instrument juridique qui permettra de réaliser l'objectif de « promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté et une expansion continue et équilibrée par l'achèvement et le bon fonctionnement d'un marché intérieur offrant des conditions analogues à celles qui existent dans un marché national »[1333]. L'exploitation contractuelle du titre en question fait certainement partie des « conditions analogues » auxquelles le texte du RMC se réfère. Or, l'existence d'un acquis lacunaire en matière de contrats d'exploitation des marques communautaires ne permet pas d'atteindre cet objectif. En effet, une grande partie des aspects afférents aux licences de marques communautaires seront régis par des droits nationaux. Étant donné la divergence des droits nationaux en matière de contrats d'exploitation pour les questions non réglementées par le RMC, par exemple les éléments essentiels de la licence ou la question de l'effet *erga omnes* du contrat, le comblement du régime des licences présentera une géométrie variable selon le droit national applicable. Dès lors, l'uniformisation envisagée (les « conditions analogues ») par l'instauration du titre de la marque communautaire est certainement limitée, au moins en ce qui concerne son exploitation contractuelle[1334]. Cette affirmation vaut *mutatis mutandis* également pour les brevets à effet unitaire[1335].

[1333] V. le considérant n° 1 RMC : « Considérant qu'il convient de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté et une expansion continue et équilibrée par l'achèvement et le bon fonctionnement d'un marché intérieur *offrant des conditions analogues à celles qui existent dans un marché national* ; que la réalisation d'un tel marché et le renforcement de son unité impliquent non seulement l'élimination des obstacles à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation des services ainsi que l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée, mais également *l'instauration de conditions juridiques* qui permettent aux entreprises d'adapter d'emblée leurs activités de fabrication et de distribution de biens ou de fourniture de services aux dimensions de la Communauté ; que parmi les instruments juridiques dont les entreprises devraient disposer à ces fins, des marques leur permettant d'identifier leurs produits ou leurs services de manière identique dans l'ensemble de la Communauté, sans considération de frontières, sont particulièrement appropriées […] ».

[1334] Comp. en ce sens, F. ASENDORF, « A piece of (the) cake-damages for proprietor and licensee due to infringements of Community trade marks », *GRUR Int.* 2011, p. 802 s., not. p. 813 : « The CTMR only provides for a fragmentary regulation of the sanctions for CTM infringements. In particular, it largely refers to the national law of the Member states with regard to claims for damages for CTM infringements. This reference limits the unitary character of the CTM and leads to some uncertainties with regard to the applicable law. » V. toutefois, J. FOYER, « La marque communautaire ou le monstre du Belaimont », *in Mélanges Françon,* Dalloz, 1995, p. 149 s., et not. p. 154 : « Cependant, aux articles 16 à 24, le règlement pose lui-même des dispositions qui primeraient sur les lois nationales. Ainsi en est-il du transfert de la marque indépendamment de l'entreprise ou de la liberté de consentir une licence de la marque communautaire pour partie seulement de la communauté. Ce mélange de règles substantielles et de règles de rattachement ne semble pas de nature à soulever de difficultés particulières. »

[1335] Voir R.-M. HILTY, Th. JAEGER, M. LAMPING, H. ULLRICH, « The Unitary Patent Package : Twelve Reasons for Concern », Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, disponible sur : <www.ip.mpg.de/files/pdf2/MPI-IP_Twelve-Reasons_2012-10-17_final3.pdf>, p. 2 : « While some reference to national law is inevitable as a matter of implementing the property rules of patents, the UP Regulation misses an opportunity to provide for a minimum of uniformity and transparency for market actors. » En fait, en l'absence, au moins, de règles minimales concernant les contrats d'exploitation, la question du droit d'agir d'un licencié d'un brevet à

iii.- L'exemple de la Directive d'harmonisation des marques.

260.- De manière similaire, le caractère superficiel de l'acquis en matière de contrats d'exploitation des marques est en contradiction avec l'objectif d'harmonisation poursuivi par la Directive d'harmonisation[1336]. Plus précisément, selon les considérants n° 2 et 4 de la Directive en question, il est nécessaire de rapprocher les législations nationales afin d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. À cette fin, « [i]l est suffisant de limiter le rapprochement aux dispositions nationales ayant l'incidence la plus directe sur le fonctionnement du marché intérieur. » À la lumière de ce considérant, et compte tenu de l'existence d'un article sur les licences (art. 8), nous pouvons en déduire que les dispositions (nationales) concernant l'exploitation contractuelle des marques ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur. Or, l'article qui met en œuvre ce rapprochement ne concerne pas, comme nous l'avons vu, l'ensemble des aspects de l'exploitation contractuelle des marques. Sur cette base, si l'harmonisation des régimes nationaux applicables aux licences de marques est jugé nécessaire afin d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, un rapprochement sélectif des législations nationales ne permet que d'assurer partiellement l'objectif du bon fonctionnement du marché intérieur.

2°.- L'impact négatif de l'acquis inachevé sur le bon fonctionnement du marché européen.

261.- Une question épineuse se pose également dans le cadre de l'analyse des problèmes liés au caractère inachevé de l'acquis communautaire : celle de l'impact de la diversité du droit des contrats d'exploitation sur le bon fonctionnement du marché unique. Avant de procéder à l'analyse de cette question, certaines remarques préliminaires s'imposent. Plus précisément, on doit s'interroger dans quelle mesure la diversité en matière de contrats d'exploitation est effectivement un obstacle pour le bon fonctionnement du marché unique[1337]. La même question pourrait aussi être

---

effet unitaire est soumis à des conditions différentes, d'une part, en droit grec et britannique, et d'autre part, en droit français.

[1336] En ce sens, voir A. BOUVEL, « Quinze années d'étude du droit des signes distinctifs. Essai d'appréciation critique de l'évolution d'une matière » *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 75-87 et not. p. 76 : « Il faut pourtant remarquer que ce texte ne suffit pas à lui seul à décrire en détail les modalités de fonctionnement du droit des marques dans ses aspects harmonisés. […] L'absence de définition paraît donc contradictoire au regard de l'objectif d'harmonisation […] L'harmonisation du droit des marques n'est donc pas achevée. »

[1337] *Cf.* les questions posées par J. SMITS, « Diversity of Contract Law and the European Internal Market » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing,

posée sous un angle purement économique. On doit se demander alors si la diversité entre les droits nationaux est plus avantageuse, d'un point de vue économique, que leur convergence.

La question de l'impact de la diversité des droits nationaux sur le bon fonctionnement du marché européen est d'une importance cruciale car elle détermine la légitimité d'une action européenne visant le rapprochement des droits nationaux des contrats d'exploitation[1338]. Cette question a été discutée dans le cadre du processus plus large d'européanisation du droit des contrats en général. Il semble alors légitime d'utiliser ces discussions comme référence pour notre analyse. Bien entendu, notre analyse devra également prendre en considération les éléments particuliers qui caractérisent l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles en Europe.

Ajoutons que la problématique concernant l'impact négatif de la diversité se réfère toujours à un contexte transnational. Effectivement, les contrats qui ne présentent pas un élément d'extranéité ne sont pas touchés par la diversité des régimes nationaux[1339]. C'est pourquoi l'impact de la diversité sur le fonctionnement du marché intérieur doit être mesuré par référence aux contrats d'exploitation européens (transfrontières)[1340].

2005, p. 153 et s. et not. p. 155, à propos de la diversité en matière du droit des contrats en général : « Does diversity of (contract) law stand in the way of the proper functionning of the European economy ? Do diverging legal rules form a barrier for international trade ? […] [T]o what extent diversity of law is actually a barrier to the proper functioning of the European economy [?] » et *ibid.* p. 165 : « Does this diversity really deter businesses and consumers from contracting abroad ? ; S. VOGENAUER, S. WEATHERILL, « The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law-an Empirical Contribution to the Debate », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 105 s. et not. p. 113 : « [D]o the divergences in contract laws across the Member States result in obstacles to trade in goods and services, such as increasing the costs of cross-border transactions or creating other barriers ? »

[1338] Pour des developpements plus amples sur cette question, v. *infra* n° 420 *sq.*

[1339] Sur ce point v. Commission Européenne, Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, 1.7.2010, COM(2010) 348/3, p. 12 « Les problèmes de divergences entre législations caractérisent habituellement les contrats transfrontaliers, dans le cadre desquels plusieurs instruments nationaux ou internationaux sont susceptibles d'intervenir. ». Comp. J. SMITS, « Diversity of Contract Law and the European Internal Market » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 153 et s. et not. p. 163 : « In the case of diversity within one country, there is no problem in so far as only one system applies to the contract. Problems only arise in case several regimes may be applicable to the same contract, thus in particular if the contracting parties are from different member states […]. »

[1340] La définition d'un contrat européen peut s'avérer compliquée. Pour les besoins de notre étude, nous définissons comme *contrat d'exploitation européen* le contrat à caractère transnational dont les éléments d'extranéité qu'il présente sont tous liés à un ou plusieurs états membres de l'Union Européenne où il met en oeuvre le commerce intracommunautaire. Dans une autre perspective, il s'agit d'un contrat présentant des liens avec plusieurs systèmes juridiques nationaux des pays membres de l'UE, et de ce fait avec le marché intérieur (contrat « intracommunautaire ») Comp. l'article 3.4 du Règlement 593/2008 « Rome I » : « Lorsque tous les éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres […] » ; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 582, p. 519 citant H. BATIFFOL, *Encycolopedie du Droit International*, v « contrats et conventions », n° 9. Pour le caractère international du contrat en général, v. L. BOYER, « Contrats et conventions », *Rep. Dalloz de droit civil, Contrats et conventions*, Dalloz, 2010, n° 104 ; B. PETIT, « Contrats et obligations. Définition et classification des contrats », *JurisClasseur Code Civil, Art. 1101 à 1108-2*, Fasc. Unique, n° 26. De manière générale, l'élément d'extranéité d'un contrat d'exploitation européen peut être, selon le critère juridique, le rattachement juridique à un ordre juridique national d'un état membre (p. ex. la résidence habituelle ou la nationalité des parties, la « nationalité du droit

La question de l'impact de la diversité des droits nationaux des contrats d'exploitation au sein du marché unique doit être approchée de manière équilibrée et autant que possible objective[1341]. C'est pourquoi nous allons d'abord présenter les arguments contestant l'impact négatif de la diversité sur le bon fonctionnement du marché intérieur (a). Par la suite, nous allons démontrer pourquoi les arguments qui étayent l'existence d'un impact négatif de la diversité sur le bon fonctionnement du marché interne sont plus forts (b).

a.- La contestation de l'impact négatif de la diversité sur le bon fonctionnement du marché européen.

262.- Plusieurs arguments ont été avancés pour soutenir que la diversité en matière des contrats n'a pas un impact négatif sur le bon fonctionnement du marché unique.

i.- L'argument empirique.

263.- Il est argué, pour soutenir que la diversité qui caractérise le droit des contrats d'exploitation n'a pas un impact négatif sur ces contrats, qu'elle ne va pas de soi[1342]. En effet, il a pu être soutenu

---

'attribution d'un droit), ou, selon le critère économique, le caractère européen de l'opération véhiculée (mise en œuvre du marché intérieur par l'exploitation transfrontière (*cross-border* exploitation) d'un droit de propriété intellectuelle. Comp. M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Dalloz, n° 305, p. 294 et M. DIENER, *Les contrats internationaux de propriété industrielle*, thèse, Paris, Litec, 1986, n° 190, p. 131. V. également J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 580 et s., p. 519 ; L. GUIBAULT, « À quand l'octroi des licences transfrontières pour l'utilisation des droits d'auteur et des droits voisins en Europe ? », *Les Cahiers de Propriété Intellectuelle*, vol. 17, 2004-1. Par contre, pour qu'un contrat d'exploitation soit qualifié de contrat européen, il faut que les éléments d'extranéité qu'il présente ou son caractère « européen » soient d'une importance certaine (A. de GUILLENCHMIDT-GUIGNOT, *Typologie des contrats*, *op. cit.* n° 12) car, parfois, certains éléments ne sont pas significatifs d'une véritable extranéité (F.-X. TESTU, *Contrats d'affaires*, Dalloz, 2010, n° 121.01, p. 568).

[1341] En ce sens, à propos du droit des contrats en général et d'un point de vue économique v. G. WAGNER, « The Virtues of Diversity in European Private Law » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 3 et s. et not. p. 4 : « Instead of blinding oneself on one eye and focusing only on those aspects of the problem conductive to one's own position, one has to confront the difficult issue head on and to engage in a quantitative and even-handed analysis of both the benefits and the costs of harmonisation. »

Pour certains auteurs, la question doit faire l'objet d'une approche interdisciplinaire, vu que la seule connaissance du droit ne peut pas donner une réponse complète. Sur ce point v. J. SMITS, « Diversity of Contract Law and the European Internal Market » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 153 et s. et not. p. 155 : « This question cannot be answered on basis of knowledge about the law alone. It needs an interdisciplinary approach. » et *ibid*. pp. 165-166 : « These are questions one can only answer on basis of empirical evidence or economic and psychological theory. » ; S. VOGENAUER, S. WEATHERILL, « The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law-an Empirical Contribution to the Debate », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 105 s. et not. p. 114 : « In order to find out more about the need for a European contract law it is helpful to go beyond the purely legal framework and to gain inspiration from economics and from behaviourial theory, a subdiscipline of psychology. »

[1342] En fait, la question de savoir si la diversité juridique en matière de droit des contrats en général pose des entraves au bon fonctionnement du marché intérieur est au moins discutable. V. en ce sens, J. ZILLER, « The Legitimacy of the Codification of Contract Law in View of the Allocation of Competences between the European Union and its Member

que « la réalisation du marché intérieur s'accommodait fort bien de la diversité des droits communs des obligations des différents États membres »[1343]. Sur cette base, l'affirmation concernant les problèmes causés par la diversité (ou, autrement dit, par l'absence d'harmonisation (au sens large)) au sein du marché européen doit s'appuyer sur des évidences empiriques et des considérations d'efficacité économique.

Plus précisément, d'une part, l'impact négatif de la diversité qui caractérise les droits des contrats d'exploitation nationaux devrait être démontré par des études empiriques auprès des parties prenantes (*stakeholders*) en matière de contrats d'exploitation[1344]. Ainsi, il a pu être affirmé que « if we want to know whether the diverging contract laws in Europe really form a barrier to cross-border trade and impede on the proper functioning of the internal market […] we should ask the main users of contract law: businesses and consumers.[1345]» Ajoutons que l'absence de telles

---

States », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 89 s. et not. p. 97 : « The likeliness of obstacles to trade stemming from differences in contract law is debatable. »

[1343] Y. LEQUETTE, « Le Code européen est de retour », *RDC*, 01 juillet 2011, n° 3, p. 1028, not. n° 23. Dans le même sens, en matière de contrats d'auteur, v. B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur : <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 152 : « A third indication of the limited impact on the Internal Market of legislative differences in the area of copyright contract law could be inferred from the discussions that have recently taken place concerning the need for European Action in the area of general contract law. […] However, other governmental bodies were of the opinion that the co-existence of different national contract laws was not in itself necessarily inimical to the functioning of an internal market. » Par ailleurs, pour certains auteurs, les dispositions du droit des contrats (et leur diversité) ne constituent pas des entraves juridiques objectives au commerce intra-communautaire. Pour une présentation v. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law*, comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final, disponible sur <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/247_en.pdf>, n° 47, p. 15. *Adde* R.-M. HILTY, « Intellectual property and the European Community's Internal Market Legislation-Copyright in the Internal Market», *IIC*, 2004, p. 760 s. et not. p. 773, à propos de la diversité relative à la question de la rémunération de l'auteur : « In that respect, one may of course raise the question whether this is in fact an issue of establishing the internal market. Varying approaches in different countries do not have an impact (e.g. whether British authors obtain the same amount for exploitation of their works in Germany as German authors would), particularly if the enforcement of the remuneration system is uniform throughout the EU. »

[1344] En ce sens, à propos des contrats en général, v. S. JAMES, « EU Plans to Harmonise Contract Law », *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 2003, n° 18, p. 413 s. et not. p. 416 : « [B]efore too many moves are made, serious research needs to be undertaken to establish whether or not [users of contract law] really do find different legal systems an obstacle to trade and do want a uniform law to solve this », cité par S. VOGENAUER, S. WEATHERILL, « The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law-an Empirical Contribution to the Debate », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 105 s. et not. p. 117 ; J. SMITS, « Law Making in the European Union : On Globalization and Contract Law in Divergent Legal Cultures», *Louisiana Law Review*, 67, 2007, pp. 1101-1203, disponible aussi sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=1104386>, p. 13 : « In my view, the question whether diversity of law is really a barrier for the internal market can only be answered by extensive empirical research on the effect of unificiation on trans-frontier trade. »

[1345] S. VOGENAUER, S. WEATHERILL, « The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law-an Empirical Contribution to the Debate », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 105 s. et not. p. 114. Dans le même sens, en matière de droit d'auteur, L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. p. 523 : « it is impossible, without conducting an economic survey among stakeholders, to assert with any certainty whether the

données empiriques fiables qui légitimeraient la démarche d'européanisation du droit des contrats a constitué le reproche essentiel fait aux Institutions européennes et surtout la Commission[1346]. De plus, il a été soutenu qu'il n'y a pas d'indications démontrant que la diversité en matière de droit des contrats en général, et des contrats d'exploitation en particulier, constitue une entrave au bon fonctionnement du marché intérieur[1347].

---

existing differences in the law of copyright contracts in the member states of the European Union affect the efficient functioning of the internal market. »

[1346] Sur ce point v., à propos des démarches d'élaboration d'un droit européen des contrats, not. Y. LEQUETTE, « Le Code européen est de retour », *RDC*, 01 juillet 2011, n° 3, p. 1028, not. n° 23 : « Comme cela a été précédemment relevé, l'affirmation selon laquelle l'absence d'harmonisation des droits nationaux des contrats constituerait un obstacle au marché intérieur relève davantage de la pétition de principe que du constat d'une réalité indiscutable. » ; C. AUBERT de VINCELLES, A. DANIS-FATOME, O. DESHAYES, L. USUNIER, « Pour un instrument optionnel de droit des contrats limité aux ventes à distance transfrontières conclues entre professionnels et consommateurs. », *RDC*, octobre 2011, n° 4, p. 1426 s. ; O. DESHAYES, Ch. HANNOUN, « Dits et non-dits du livre vert », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 11 et s. et not. p. 19 : « Ce postulat suivant lequel la diversité des droits constituerait un frein à l'efficacité du marché intérieur comporte certainement une part de vérité. Mais il est regrettable que la Commission n'ait pas proposé d'en démontrer plus avant la pertinence ni d'en mesurer l'importance. Pour toute justification, les auteurs du livre vert se contentent de renvoyer, à titre d'exemple, à une enquête de l'institut Eurobaromètre ainsi qu'à un sondage diligenté par le cabinet Clifford Chance, censés démontrer que la diversité des droits peut dissuader de contracter avec des consommateurs ou entreprises d'autres États membres. On rappellera toutefois que depuis la première communication de 2001 de très nombreuses voix se sont fait entendre réclamant que ce postulat soit démontré analyses économiques a l'appui, ce à quoi il n'a pas toujours répondu. » ; C. AUBERT DE VINCELLES, « Les options « contraignantes » du livre vert (options 5, 6 et 7) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 115 et s. et not. p. 122 ; Th. GENICON, « Commission européenne et droit des contrats : « *Quousque tandem abutere patientia nostra ?* », *RDC*, 01 juillet 2011, n° 3, p. 1050, n° 6 : « [I]l nous semble préoccupant, et même alarmant, de constater que pas une fois la Commission ne s'est interrogée sur sa compétence institutionnelle en la matière […] » pour parler par la suite de « auto-proclamations de compétence » et de « *soft* coup d'état permanent. » À propos de l'adoption des mesures juridiques en matière de propriété intellectuelle en général, v. Ch. GEIGER, « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 2, parlant d'un suractivisme « sans s'assurer (notamment par des études économiques sérieuses) de l'utilité de l'action du législateur. » ; R.M. HILTY, « Intellectual property and the European Community's Internal Market Legislation-Copyright in the Internal Market », *IIC*, 2004, p. 760 s., not p. 761 : « Serious economic analyses are missing, and it seems that mère assertions by the European Commission have sufficed to convince the Council and – in the three latest Directives- the Parliament of the necessity of European legislation. » Comp. H. CLARET, « Les méthodes de la Commission européenne : à quoi sert-il de convaincre quand on a déjà contraint ? », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1981 : « On retrouve ici (à l'étude de faisabilité des experts) les affirmations peu justifiées de la Commission dans de nombreuses propositions de textes selon lesquelles les exigences du marché intérieur justifient l'adoption d'un règlement ou d'une directive. » Pour une telle affirmation peu justifiée v. la Directive rapprochant les législations des États membres sur les marques, (préc.), Considérant n° 2 : « Les législations qui s'appliquaient aux marques dans les États membres avant l'entrée en vigueur de la directive 89/104/CEE comportaient des disparités qui *pouvaient* entraver la libre circulation des produits ainsi que la libre prestation des services et fausser les conditions de concurrence dans le marché commun. Il était donc nécessaire de rapprocher ces législations pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. » *Adde* A. WULF, *Institutional Competition between Optional Codes in European Contract Law*, Springer, 2014, p. 80 s.

[1347] En ce sens, à propos de la diversité en matière de droit commun des contrats v. not. J. SMITS, « Introduction » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. v et s. et not. p. v, faisant référence aux réponses à la consultation publique lancée par la Commission en 2001 émanant des parties prenantes : « The view of the European commission seems to be that diversity of law stands in the way of a proper functioning of the internal market, but this view does not seem to be shared by business: in the reactions to the Communication on European contract law (2001) it was striking to see that most companies do not consider the present diversity to be are barrier to trade. »

D'autre part, il a pu être soutenu que l'existence d'un impact négatif de la diversité sur le bon fonctionnement du marché unique devrait être étayée par une analyse économique des coûts et bénéfices (analyse économique du droit)[1348]. Plus précisément, il s'agirait de comparer les coûts de

---

L'absence d'indication des problèmes causés par la diversité peut être dégagée également par l'absence de demande de la part des parties prenantes pour une action d'européanisation dans cette matière. V. en ce sens, N. ROOS, « NICE Dreams and Realities of European Private Law », *in* M. Van HOECKE, F. OST, L. WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 197 et s. et not. p. 220 : « As a general conclusion, however, it can be stated that an inductive search of commonality remains a haphazard sort of enterprise from a theoretical point of view. […] Even if one looks at these matters from a purely practical point of view, the great emphasis on background commonality is paradoxical. If private law in Europe is so similar from the point of view of outcomes, why bother so much about unifying it ? After all, in case of great similarity one would not expect there to be an urgent practical need for unification. One would expect a practical need for harmonization or unification only in case of great divergences that cause practical problems. » ; C. ZOLYNSKI, N. MARTIAL-BRAZ (sous dir. de), *Réponse du réseau Trans Europe Experts Pôle droit de la propriété intellectuelle au Livre Vert sur La distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne COM (2011) 427 final*, novembre 2011, disponible sur : <www.transeuropeexperts.eu>, p. 9 : « On peut légitimement s'interroger sur les fondements du Livre vert en l'absence *a priori* d'une réelle demande de la part des opérateurs économiques européens. »

Aussi, l'absence d'impact négatif de la diversité juridique sur le bon fonctionnement du marché unique est parfois dégagée par analogie à la situation qui caractérise le marché américain. V. not. Y.-M. LAITHIER, *Réflexions à partir de l'expérience des États Unis sur le postulat selon lequel un droit unique des contrats est la condition nécessaire d'un meilleur fonctionnement du marché intérieur*, cité par C. AUBERT DE VINCELLES, « Les options « contraignantes » du livre vert (options 5, 6 et 7) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 115 et s. et not. p. 122 et *ibid.* n° 7, p 117 : « on pourrait s'inspirer de l'exemple américain et considérer que l'essentiel pour le marché intérieur et la sécurité des transactions, réside davantage dans l'existence d'un socle commun que dans l'identité absolue de toutes les règles qui en découlent. »

À propos de la diversité en matière de contrats d'auteur, v. Th. DREIER, B. HUGENHOLTZ, « Introduction », *in* Th. DREIER, B. HUGENHOLTZ, *Concise European Copyright Law*, 1e éd., Kluwer Law International, 2006, p. 1 et s. et not. n° 4, p. 2 : « Although other areas of *copyright* remain unharmonized, the Commission currently is of the opinion that in practice there are no indications of any problems with regard to the internal market. Consequently, with the exception of the points of attachment, the Commission does not at present envisage further harmonization measures. Rather, it plans to make some minor adjustments to the existing Directives in order to improve the operation and coherence of the acquis communautaire in the field of copyright. » ; L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 286 : « The Commission has held that differences between contractual rules are not significant enough to require harmonization-for the moment. » ; L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. p. 523 : « Intuitively we would tend to believe that the disparities in national legislation may not be so important as to affect the efficient functioning of the Internal Market. » ; *ibid.* p. 524 : « A third indication of the limited impact on the internal market of legislative differences in the area of *copyright* contract law could be inferred from the discussions that have recently taken place concerning the need for European action in the area of general contract law. » et *ibid.* p. 525 : « Considering the scant evidence that legislative differences in the area of *copyright* contract law lead to significant discrepancies in the Internal market. » *Adde* British Music Rights, Response to the Communication from the Commission to the Counsil and the European Parliament on European Contract Law, London, 24 October 2001, p. 2 : « [I]n our experience there has been no evidence of problems caused by this difference in law. »

[1348] M.-W. HESSELINK, *The New European Private law*, Kluwer Law International, 2002, p. 51 : « The economic analysIs of law also plays an increasingly important role in the European private law debate » ; W. DORALT, « The Optional European Contract Law and why sucess or failure may dépend on scope rather than substance », *Max Plank Private Law Research Paper*, n° 11/9, disponible sur : <ssrn.com/abstract=1876451>, p. 18. L'analyse economique du droit a eu pour objet egalement le DCFR, voir P. LAROUCHE, F. CHRICO, *Economic Analysis of the DCFR. The work of the Economic Impact Group within CoPECL*, Sellier, 2010 ; S. VOGENAUER, S. WEATHERILL, « The European Community's Competence for a Comprehensive Harmonisation of Contract Law - An Empirical Analysis », *European Law Review*, vol. 30, 2005, p. 821 et s. ;« La compétence de la Communauté européenne pour harmoniser le droit des contrats - une analyse empirique », *Revue des contrats*, 2005, p. 1215. Pour une présentation de la bibliographie la plus importante à l'intersection de l'analyse économique du droit et l'européanisation du droit des

la diversité[1349] avec les coûts d'un éventuel rapprochement des droits nationaux[1350] et de démontrer que les premiers sont plus importants que les derniers.

ii.- L'argument libéral : la diversité favorise la concurrence des droits nationaux.

264.- De manière similaire, il a été soutenu que la diversité en matière des contrats en général, et donc, en matière de contrats d'exploitation en particulier, ne touche pas toujours les contrats européens car les parties ont toujours la possibilité de choisir librement, la *lex contractus*[1351]. Effectivement, l'article 3 du Régl. « Rome I »[1352] consacre la loi d'autonomie comme un principe uniforme en matière de contrats internationaux au niveau européen[1353].

---

contrats v. les références citées par F. GOMEZ, J.-J. GANZUA, « The Economics of Private Law Harmonised Law-making : Mechanisms, Modes and Standards », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 115 s. et not. p. 115, note n° 1.

[1349] V. *infra* n° 267 *sq*.

[1350] V. J. HAGE, « Law, Economics and Uniform Contract Law : A Sceptical View », *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 55 et s. et not. p. 57 : « It is characteristic of the Law and Economics approach that it operates in terms of costs and benefits. Law and Economics can point to the costs and benefits of harmonisation, and help balance them. » ; W. Van GERVEN, « Codifying European Private Law », *in* M. Van HOECKE, F. OST, L.WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 137 et s. et not. pp. 146-147 : « [T]he issue of desirability […] can best be resolved in legal literature, by a transaction costs approach, that is by comparing the input of resources to be applied to bring about unity with the output in terms of results. » ; J. SMITS, « Law Making in the European Union : On Globalization and Contract Law in Divergent Legal Cultures », *Louisiana Law Review*, 67, 2007, pp. 1101-1203, disponible aussi sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1104386>, p. 13, note n° 53 : « Even if the costs of legal diversity are considerable, they have to be weighed against the costs of creating a uniform law. » Rappr. Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, « Réponse à la commission européenne : à propos de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », disponible sur : < http://www.henricapitant.org/sites/default/files/R%C3%A9ponse%20finale%20de%20l%27Association%20Henri%20Capitant%2031%2001%202011_0.pdf>, p. 2, parlant du « coût qu'emporterait fatalement la création d'un instrument contractuel européen ».

[1351] En ce sens, L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. p. 524 : « The lack of legal certainty due to disparities in notational laws may *to some extent* be compensated by the fact that parties have the freedom to choose the law applicable to copyright contracts. » ; B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 152 : « The lack of legal certainty due to disparities in national laws may *to some extent* be compensated by the fact that parties have the freedom to choose the law applicable to *copyright* contracts. » *Adde* Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law*, comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final, disponible sur <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/247_en.pdf>, n° 47, p. 15 : « Market participants established in different Member States are said to face the same divergences, as well as the same possibilities to avoid certain national contract law, by way of choice of law. »

[1352] Règlement (CE) No 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JO n° L 177, du 04.07.2008, p. 6 s. Ci-après, Règl. Rome I.

[1353] Sur le caractère fondamental du principe de la liberté de choix des parties en droit international privé et sa portée internationale, v. D. MOURA VICENTE, *La Propriété Intellectuelle en droit international privé*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, Martinus Nijhoff Online, disponible sur : <www.nijhoffonline.nl>, n° 144, p. 318 ; P. NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, 1999.

Par ailleurs, il a pu être soutenu que la diversité entre plusieurs différents droits nationaux au sein du marché unique (et même en dehors de celui-ci) était une situation bénéfique. Dans les faits, la diversité facilite le développement de la concurrence entre les différents ordres juridiques. De son côté, la (libre) concurrence entre les ordres juridiques nationaux inciterait les législateurs nationaux à adopter des réglementations efficaces[1354]. Sur cette base, la diversité aurait un impact bénéfique dans le sens où elle contribuerait à l'amélioration des droits nationaux au sein du marché intérieur.

iii.- L'argument juridique : l'existence d'un système de règles de conflit uniforme au sein de l'Union Européenne.

265.- Il pourrait être soutenu que la diversité qui caractérise la matière des contrats d'exploitation pourrait être atténuée par le fait que, à l'heure actuelle, l'Union Européenne possède un dispositif de règles de conflit en matière de contrats d'exploitation uniforme[1355]. Ce dispositif est composé, d'une part, des règles de conflit uniformes prévues par le Règlement Rome I. En l'absence de règle de conflit spéciale pour les contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle[1356], la loi

---

[1354] En ce sens, v. par exemple, J. SMITS, « Introduction » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. v et s. et not. p. v : « Gerhard Wagner considers the arguments in favour of diversity to be stronger. He shows how competition of legal systems leads to better and more efficient law, notwithstanding the fact that it is impossible to give a quantitative analysis. » ; G. WAGNER, « The Virtues of Diversity in European Private Law » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 3 et s. et not. p. 5 : « Competing jurisdictions will be forced to learn from each other and the system with the most efficient legal structure will ultimately prevail. » et *ibid* p. 7 : « In theory, competition between governments yields the efficient result. » ; J. SMITS, « Diversity of Contract Law and the European Internal Market » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 153 et s. et not. p. 177 : « this argument praises the virtues of competition. » et *ibid.* p. 178 : « It is therefore best to also have competition among lawmakers, allowing several systems to exist next to each other. » ; F. GOMEZ, J.-J. GANZUA, « The Economics of Private Law Harmonised Law-making : Mechanisms, Modes and Standards », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 115 s. et not. p. 118-119. Pour une vue d'ensemble, v. J. SMITS, « Convergence of Private Law in Europe : Towards a New Ius Commune », *in* E. ÖRÜCÜ, D. NELKEN (sous dir. de), *Comparative Law* : *A Handbook*, Hart Publishing, 2007, pp. 219-240 et not. p. 234 s. ; E. McKENDRICK, « Harmonisation of European Contract Law : The State We Are In », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 5 s. et not. p. 27.

[1355] V. en ce sens, F. TERRE, *Droit civil, Les obligations*, 9e éd., Dalloz, 2005, n° 46, p. 52, pour qui l'uniformisation des règles de conflit par le Règlement Rome I constitue un instrument juridique suffisant pour le bon fonctionnement du marché unique. Pour une vue d'ensemble v. P. TORREMANS, « Licenses and Assignments of Intellectual Property Rights under Rome I Régulation », *Journal of Private International Law*, 2008, n° 4 p. 420 s.

[1356] Il est à relever que la Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), Bruxelles, le 15.12.2005, COM(2005) 650 final, 2005/0261 (COD), dans son art. 4 par. 1 f) prévoyait une règle de conflit spéciale pour les contrats portant sur les droits de propriété intellectuelle : « le contrat portant sur la propriété intellectuelle ou industrielle [sic] est régi par la loi du pays dans lequel celui qui transfère ou concède les droits a sa résidence habituelle. […] » Elle n'a pas été reprise au sein du Règlement Rome I. Sur ce point v. P. de MIGUEL ASENSIO, « The law governing international intellectual property licensing agreements (a conflict of laws analysis) », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 312 s. et not. p. 323 : « The suppression during the legislative process of this provision was mainly due to the impossibility of finding a fixed rule capable of providing an adequate response to the diverse typology of IP contracts

applicable sera déterminée par le jeu de la présomption générale de rattachement[1357]. Plus précisément, la loi applicable sera celle du pays ou de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat (art. 4§2) et qui a sa résidence habituelle (le pays de résidence du principal exécutant du contrat), sauf si le contrat présente des liens manifestement étroits avec un autre pays (art. 4§§ 3 et 4)[1358]. De même, la règle de conflit de l'art. 6 du Règl. Rome I (loi du consommateur) sera applicable aux contrats d'exploitation conclus avec les consommateurs finaux[1359]. D'autre part, des règles de conflit spéciales uniformes sont comprises dans les textes

---

that have been developed in business practice. » ; P. TORREMANS, « Cross-border licensing in the absence of a choice of law : is there a way forward ? », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 25 et s. et not. p. 27, faisant aussi reference à la complexité des contrats d'exploitation. Comp. les propositions du « CLIP » dans Le Groupe Europeen du Max-Planck, « Conflict Of Laws In Intellectual Property » – Clip, « Les relations conflictuelles de la propriété intellectuelle et la réforme du droit international privé en Europe », *Propr. Intellel.*, n° 24, juill. 2007, p. 291 et s. et not. p. 299. *Adde* la recommandation pour l'introduction des dispositions spécifiques de droit international privé pour les contrats d'exploitation en matière de droit d'auteur, v. B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 158 : « The future incorporation of the norms of the Rome Convention into a Community Régulation would present the perfect opportunity of introducing a set of rules of private international law specifically relating to *copyright* contracts. »

[1357] Sur ce point v. B. UBERTAZZI, « Licence agreements relating to IP rights and the EC Regulation on Jurisdiction », *IIC*, 2009, p. 912 s. et not. p. 926 : « Thus, according to the historic interpretation of the Rome I Regulation, contracts relating to IP rights must be included in its general category of contracts rather than in contracts for the provision of services. » Voir aussi l'arrêt Falco et l'Opinion de l'Avocat général, préc. V. toutefois F.-X. TESTU, *Contrats d'affaires*, Dalloz, 2010, n° 122.13, qui se réfère à l'attachement spécifique du contrat portant sur la propriété intellectuelle, bien qu'il s'agisse d'une édition postérieure à la mise en vigueur du Règlement Rome I ; P. De MIGUEL ASENSIO, « The law governing international intellectual property licensing agreements (a conflict of laws analysis) », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 312 s. et not. 323 s., à propos du rattachement des contrats d'exploitation (mixtes) aux règles de conflit spéciales propres aux contrats de service.

[1358] Sur ce point v. parmi d'autres, D. MOURA VICENTE, *La Propriété Intellectuelle en droit international privé*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, Martinus Nijhoff Online, disponible sur : <www.nijhoffonline.nl>, n° 146, p. 320 s.

[1359] « Contrats de consommation 1. Sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat conclu par une personne physique (ci-après « le consommateur »), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après « le professionnel »), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel: a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité. 2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'article 3. Ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1. 3. Si les conditions établies au paragraphe 1, point a) ou b), ne sont pas remplies, la loi applicable à un contrat entre un consommateur et un professionnel est déterminée conformément aux articles 3 et 4. 4. Les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas: a) au contrat de fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle; b) au contrat de transport autre qu'un contrat portant sur un voyage à forfait au sens de la directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait [15] ; c) au contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble autre qu'un contrat ayant pour objet un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers au sens de la directive 94/47/CE ; d) aux droits et obligations qui constituent des instruments financiers, et aux droits et obligations qui constituent les modalités et conditions qui régissent l'émission ou l'offre au public et les offres publiques d'achat de valeurs mobilières, et la souscription et le remboursement de parts d'organismes de placement collectif, dans la mesure où ces activités ne constituent pas la fourniture d'un service financier; e) au contrat conclu dans le cadre du type de système relevant du champ d'application de l'article 4, paragraphe 1, point h). Sur l'application de cet article aux contrats d'exploitation v.

instituant les titres européens de propriété intellectuelle. Pour ce qui nous intéresse, il s'agit de l'art. 16 RMC[1360] et de l'art. 7 du Règlement 1257/2012[1361] en matière de brevet à effet unitaire[1362].

b.- L'affirmation de l'impact négatif de la diversité sur le bon fonctionnement du marché européen.

266.- La pertinence des arguments exposés plus haut peut être remise en question. De même, d'autres arguments peuvent être utilisés afin d'étayer l'affirmation de l'impact négatif de la diversité qui caractérise le droit des contrats d'exploitation en Europe sur le bon fonctionnement du marché intérieur.

i. L'argument économique : le coût de la diversité entrave le bon fonctionnement du marché européen.

267.- Le coût de la diversité. L'argument économique se base sur le raisonnement suivant. Les contrats d'exploitation européens seront régis de manière divergente, selon le droit national applicable[1363]. La diversité de la réglementation est susceptible de renforcer l'insécurité juridique

---

D. MOURA VICENTE, *La Propriété Intellectuelle en droit international privé*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, Martinus Nijhoff Online, disponible sur : <www.nijhoffonline.nl>, n° 147, p. 325 s.

[1360] « Assimilation de la marque communautaire à la marque nationale 1. Sauf disposition contraire des articles 17 à 24, la marque communautaire en tant qu'objet de propriété est considérée en sa totalité et pour l'ensemble du territoire de la Communauté comme une marque nationale enregistrée dans l'État membre dans lequel, selon le registre des marques communautaires : a) le titulaire a son siège ou son domicile à la date considérée ; b) si le point a) n'est pas applicable, le titulaire a un établissement à la date considérée. 2. Dans les cas non prévus au paragraphe 1, l'État membre visé audit paragraphe est celui dans lequel l'Office a son siège. 3. Si plusieurs personnes sont inscrites au registre des marques communautaires en tant que cotitulaires, le paragraphe 1 est applicable au premier inscrit ; à défaut, il s'applique dans l'ordre de leur inscription aux cotitulaires suivants. Lorsque le paragraphe 1 ne s'applique à aucun des cotitulaires, le paragraphe 2 est applicable. »

[1361] « Assimilation d'un brevet européen à effet unitaire à un brevet national. 1. En tant qu'objet de propriété, le brevet européen à effet unitaire est assimilé dans son intégralité et dans tous les États membres participants à un brevet national de l'État membre participant dans lequel ce brevet a un effet unitaire et où, conformément au registre européen des brevets : a) le demandeur avait son domicile ou son principal établissement à la date du dépôt de la demande de brevet européen; ou b) lorsque le point a) ne s'applique pas, le demandeur avait un établissement à la date du dépôt de la demande de brevet européen. 2. Si plusieurs personnes sont inscrites au registre européen des brevets en tant que codemandeurs, le paragraphe 1, point a), s'applique au premier codemandeur inscrit. À défaut, le paragraphe 1, point a), s'applique au codemandeur suivant, dans l'ordre d'inscription. Lorsque le paragraphe 1, point a), ne s'applique à aucun des codemandeurs, le paragraphe 1, point b), s'applique en conséquence. 3. Si aucun demandeur n'est domicilié, n'a son principal établissement, ou n'a d'établissement dans un État membre participant dans lequel le brevet a un effet unitaire aux fins du paragraphe 1 ou 2, le brevet européen à effet unitaire comme objet de propriété est assimilé, dans son intégralité et dans tous les États membres participants, à un brevet national de l'État dans lequel l'Organisation européenne des brevets a son siège, conformément à l'article 6, paragraphe 1, de la CBE. »

[1362] V. *infra* n° 271 sur la controverse relative à leur portée.

[1363] En ce sens, à propos des contrats d'auteur, L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. p. 522 : « Existing disparities in the laws relating to copyright contracts may lead to *different outcomes* depending on which national law applies to the initial allocation of rights and further transfer or rights in international copyright cases. »

des parties d'un contrat d'exploitation européen[1364] car au moins une partie devra faire face à un droit étranger, dont le contenu lui est inconnu[1365]. De son côté, l'insécurité juridique crée des coûts de transactions[1366] additionnels[1367]. Il s'agit de coûts concernant surtout l'acquisition d'informations

---

[1364] H. WAGNER, « Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty. The example of the European Union » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 27 et s. et not. p. 44 : « Legal diversity within an economic union such as the European union usually goes along with legal uncertainty. » Particulièrement sur les contrats d'exploitation européens, v. KEA European Affairs, *Les licences multi-territoriales des œuvres audiovisuelles dans l'Union Européenne, Rapport final, élaboré pour la Commission Européenne, DG Société de l'Information et des médias*, disponible sur : < ec.europa.eu/avpoli=cy/docs/library/studies/multiterr/exec_sum_fr.pdf >, p. 11. Comp. J. GINSBURG, « L'exploitation internationale de l'œuvre audiovisuelle : France/États-Unis », *JCP G*, n° 4, 26 Janvier 1994, I 3734, n° 1 : « Il s'agira de voir dans quelle mesure les particularités du droit d'auteur américain et du droit d'auteur français peuvent avoir une incidence sur la *sécurité de l'exploitation* de l'œuvre étrangère. La méconnaissance de ces particularités *risque d'entraver l'exploitation à l'étranger*. ». Pour les contrats européens en général, v. Communiqué de Presse, « La Commission européenne salue le soutien apporté par le Parlement à un droit européen des contrats à valeur facultative », Strasbourg, le 8 juin 2011, parlant de « l'insécurité juridique inhérente à l'application de législations étrangères en matière contractuelle » ; Commission Européenne, Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, 1.7.2010, COM(2010) 348/3, p. 2. D'un point de vue international, v. J. WIENER, *Globalisation and the Harmonization of Law*, Pinter 1999, p. 17 : « National systems of commercial law still differ in many respects, such that there are likely always to be *legal risks* in international commercial transactions. »

[1365] Il s'agit alors d'une insécurité juridique « subjective » selon la catégorisation offerte par H. WAGNER, « Economic Analysis of Cross-4Border Legal Uncertainty. The example of the European Union » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 27 et s. et not. p. 30 : « Subjective legal uncertainty can also be referred to as « uncertainty as to what the law is. » Comp. O. LANDO, *Principes de droit européen des contrats, Une première étape vers un code civil européen ?*, RDAI/IBLJ, n° 2, 1997, p. 189 et 190, parlant de la peur de l'inconnu. Comp. H. WAGNER, « Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty. The example of the European Union » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 27 et s. et not. p. 30 : « legal uncertainty always occurs when individual actors are uncertain of the effects of the provisions of the dominant legal system on the results of their actions. »

[1366] Le terme « coûts de transactions » est générique et correspond aux coûts liés à un échange économique, plus précisément une transaction sur le marché. Pour ce qui nous intéresse, selon la catégorisation de C. J. DAHLMAN, « The Problem of Externality », *The Journal of Law and Economics*, vol. 22, n˚1, avril 1979, p. 148, il s'agira des « coûts de négociation et de décision », liés à la rédaction et conclusion d'un contrat d'exploitation européen.

[1367] Notons que des coûts de transactions s'appliquent également aux contrats d'exploitation nationaux. V. *supra* n° 212. Sur ce point v not. Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 156. Ici il s'agit de souligner l'existence des coûts de transactions supplémentaires dus exclusivement au caractère transnational du contrat. V. sur ce point, en matière des contrats en général, G. WAGNER, « The Virtues of Diversity in European Private Law » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 3 et s. et not. p. 16 ; H. WAGNER, « Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty. The example of the European Union » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 27 et s. et not. p. 44 : « Legal uncertainty however raises costs. » ; J. SMITS, « Law Making in the European Union : On Globalization and Contract Law in Divergent Legal Cultures », *Louisiana Law Review*, 67, 2007, pp. 1101-1203, disponible aussi sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1104386>, p. 11 ; N. CHABRIT, « L'esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats », *JCP G*, 2002, I, n°100, p. 9 et s. : « Dans la Babel juridique qu'est l'Europe, il est peu douteux que le maintien de différents régimes juridiques entraîne des coûts de transaction. ».
Pour cette affirmation par les autorités européennes v. Commission Européenne, Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, 1.7.2010, COM(2010) 348/3, p. 2 : « Or les disparités entre les droits nationaux des contrats peuvent entraîner des frais de transaction supplémentaires » ; Communiqué de Presse, La Commission européenne salue le soutien apporté par le Parlement à un droit européen des contrats à valeur facultative, Strasbourg, le 8 juin 2011, parlant de « coûts liés aux transactions (par exemple, l'adaptation des conditions contractuelles et des politiques commerciales, ou l'obtention d'une traduction des dispositions en vigueur) »

juridiques relatives à la réglementation étrangère[1368], le recours à un conseil juridique compétent[1369], les coûts de traductions etc.[1370]. En effet, dans le cadre de la conclusion d'un contrat européen, il est important de connaître le mieux possible le contenu du droit applicable[1371]. C'est sur cette base que la conclusion d'un contrat européen peut paraitre non attractive[1372], tant d'un point de vue interne, pour les parties européennes, que d'un point de vue externe, pour les parties n'émanant pas de l'UE[1373]. Par conséquent, les coûts de la diversité[1374] constituent des entraves pour le commerce

---

En matière des contrats d'auteur, v. B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p 152 : « Among the potential problems that might arise are the information costs resulting from different national contract laws » ; en matière des œuvres audiovisuelles, v. Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions sur les contenus créatifs en ligne dans le marché unique, 03.01.2008, COM(2007) 836 final, p. 6.

[1368] En ce sens, v. par exemple, J. SMITS, « Law Making in the European Union : On Globalization and Contract Law in Divergent Legal Cultures », *Louisiana Law Review*, 67, 2007, pp. 1101-1203, disponible aussi sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=1104386>, p. 12 : « In theory, these are the costs of obtaining information about what law is applicable, the contents of the applicable law and the differences with their own law. »

[1369] Notons que le conseil juridique devra être spécialisé en droit de la propriété intellectuelle et être familiarisé avec les failles du droit national spécial des contrats d'exploitation. Ceci dit, une partie à un contrat européen devra potentiellement faire face à une loi inconnue et défectueuse à la fois.

[1370] V. pour des types de coûts de transactions, not. Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 12.2.2003, un droit européen des contrats plus cohérent, un plan d'action, COM(2003) 68 final, préc., *passim* ; Europa, Communiqué de Presse, La Commission européenne salue le soutien apporté par le Parlement à un droit européen des contrats à valeur facultative, Strasbourg, le 8 juin 2011, Réf. IP/11/683, disponible sur : <europa.eu/index_en.htm>.

[1371] En ce sens, Y. GAUBIAC, « Pratique contractuelle. Les contrats internationaux en droit d'auteur », *Communication Commerce électronique*, n° 7, Juillet 2010, p. 6.

[1372] V. sur ce point H. WAGNER, « Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty. The example of the European Union » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 27 et s. et not. p. 41. La non-attractivité du marché intérieur est également due aux entraves d'ordre psychologique et plus précisément l'absence de confiance des acteurs économiques au marché unique, à cause de la « peur de l'inconnu ». V. sur ce point, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law*, comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final, disponible sur <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/247_en.pdf>, n° 47, p. 16.
Sur la question de l'attractivité du marché intérieur du côté externe, v. not. le rapport du professeur Mario Monti au président de la Commission européenne «Une nouvelle stratégie pour le Marché unique», du 9 mai 2010, disponible sur : < ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_fr.pdf>, à plusieurs reprises ; Communication de la Commission au parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions de 20.11.2007, Un marché unique pour l'Europe du 21e siècle, COM(2007) 724 final, p. 7 ; le site de la Commission Européenne <http://ec.europa.eu/internal_market/ext-dimension/index_fr.htm>: « Les efforts visant à réaliser le Marché intérieur ne sont pas uniquement tournés vers l'intérieur. Pour un fonctionnement correct du Marché unique, les principes de ce dernier doivent aussi dûment être pris en compte dans les relations internationales touchant aux politiques du Marché intérieur. »

[1373] C'est sur cette base que la diversité juridique en matière des contrats est considérée comme un désavantage concurrentiel pour le marché de l'UE, par rapport aux marchés concurrents américains ou chinois. V. sur ce point not. Communication de la Commission, 3.3.2010, *EUROPE 2020 Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive*, COM(2010) 2020, p. 21 : « Alors que nos entreprises font quotidiennement face à la réalité de la fragmentation et de la divergence des réglementations, leurs concurrents chinois, américains et japonais peuvent pleinement tirer parti de leurs vastes marchés domestiques. » Par ailleurs, la question de la compétitivité du marché européen, par rapport notamment aux autres marchés importants du niveau européen (États Unis, Japon …) a été vivement discutée lors des travaux pour l'élaboration d'un brevet européen. V. Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection par brevet unitaire, Bruxelles, le 13.4.2011, COM(2011) 215 final, *passim* ; déjà, Proposition de Règlement du Conseil sur

intracommunautaire[1375]. La diversité ne permet ainsi pas au marché unique de déployer tout son potentiel[1376]. La Commission européenne s'est d'ailleurs appuyée sur cette argumentation afin de se lancer à la quête d'un droit européen des contrats[1377].

---

le brevet communautaire, Bruxelles, le 1.8.2000, COM(2000) 412 final, p. 20 (parlant des invention réalisées ou utilisées à l'espace) : « […] améliorer la compétitivité de l'industrie européenne par rapport notamment aux États-Unis, où une réglementation analogue existe déjà […] ». Dans le même sens, v. Communiqué de presse, 10 mars 2011, ministère d'économie, disponible sur : <http://www.minefe.gouv.fr/discours-presse/historique_finances.php?type=com&rub recherche=1&pers=Lagarde%E6Christine%E6505&validation=1>.

[1374] Comp. H. WAGNER, « Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty. The example of the European Union » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 27 et s. et not. p. 30, parlant de « costs of legal diversity » ; G. ALPA, « The Future of European Contract Law : Some Questions and Some Answers », *in* K. BOELE-WOELKI, W. GROSHEIDE, *The future of European contract law*, Wolters Kluwer, 2007, p. 3 et s. not., p. 8. Les coûts de la diversité ont pu être qualifiés de « taxe de la diversité », v. G. WAGNER, « The Virtues of Diversity in European Private Law » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 3 et s. et not. p. 17.

[1375] En ce sens, H. WAGNER, « Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty. The example of the European Union » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 27 et s. et not. p. 44 ; G. WAGNER, « The Virtues of Diversity in European Private Law » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 3 et s. et not. p. 17 : « high transaction costs create barriers to entry of rival firms into a given market. » ; F. GOMEZ, J.-J. GANZUA, « The Economics of Private Law Harmonised Law-making : Mechanisms, Modes and Standards », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 115 s. et not. p. 125 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « L'opportunité économique d'une harmonisation du droit des contrats en Europe », *in* Ch. JAMIN (sous dir. de), *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008, p. 257 s. ; B. DEFFAINS, « Nécessité économique d'une harmonisation du droit des contrats en Europe », *in* R. CABRILLAC, D. MAZEAUD, A. PRÜM, *« Le contrat en Europe aujourd'hui et demain »*, Colloque du 22 juin 2007, Société de législation comparée, 2008, p. 85 s., not. p. 94. À propos des contrats d'exploitation d'auteur, v. B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p 152 ; A. LUCAS, « European Copyright Codification », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 373 s. et not. p. 374 : « [I]t can easily be argued that the remaining differences may prove to be a source of uncomfortable distortions. » V. par ailleurs, The Economist Intelligence Unit, *The value of knowledge, European firms and the intellectual property challenge*, 2007. Disponible sur : < http://graphics.eiu.com/files/ad_pdfs/eiu_EuropeIPR_wp.pdf>, p. 2. En effet, comme les couts de transaction sont susceptibles de freiner les transactions au sein d'un marché, c'est pourquoi « le système juridique et en particulier les droits de propriété doivent ainsi viser à réduire les coûts de transaction de manière à faciliter les échanges », J. FARCHY, « L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : une approche réductrice pourtant indispensable », *Propriétés Intellectuelles*, oct. 2006, n° 21, p. 388 s. et not. pp. 391-392. Il a été remarqué que l'existence des coûts de la diversité constituait une entrave pour les agents moins puissants, comme p. ex. les consommateurs ou les PME. V. en ce sens, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 12.2.2003, un droit européen des contrats plus cohérent, un plan d'action, COM(2003) 68 final, n° 30, p. 12.

[1376] Comp. Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, la gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur, Bruxelles, le 16.04.2004, COM(2004) 261 final, p. 13 : « Un cadre opérationnel pour la gestion et la commercialisation du droit d'auteur et des droits voisins, à la fois au niveau individuel et collectif, est une condition préalable pour la sauvegarde et le plein développement du potentiel que représente la propriété intellectuelle pour la créativité, l'économie, le fonctionnement du marché intérieur et les sociétés dans leur ensemble. »

[1377] Voir ainsi le site de la DG Justice de la Commision sur : <http://ec.europa.eu/justice/contract/index_fr.htm> : « Nombre de ces obstacles résultent des différences entre les systèmes juridiques nationaux. Les divergences entre les droits des contrats nationaux constituent l'une des entraves au commerce transfrontière. […] Pour les professionnels, ces différences génèrent complexité et coûts supplémentaires, surtout s'ils souhaitent exporter leurs produits et services vers plusieurs autres États membres de l'UE. »

268.- La relativité des données empiriques. Les données empiriques sont certainement d'une grande utilité afin de démontrer l'impact négatif que la diversité juridique en matière de contrats d'exploitation exerce sur le bon fonctionnement du marché intérieur. Cependant, les résultats des études empiriques ne sont pas toujours concluants. Sur cette base, la puissance de l'argument de l'absence d'indications démontrant que la diversité et ses coûts entravent le bon fonctionnement du marché unique, absence relevée par des sondages ou par « intuition » de certains auteurs, devrait être relativisée[1378]. D'une part, la diversité juridique n'affecte pas de la même façon tous les agents du marché. La diversité juridique est moins problématique pour les grandes entreprises qui sont en mesure d'obtenir des informations nécessaires à des coûts moins élevés par rapport aux PMEs[1379] ou aux personnes physiques qui sont parties à un contrat d'exploitation (par ex. un auteur personne physique). D'autre part, les résultats des études empiriques ne sont toujours interprétés de manière uniforme. Par exemple, les réponses à la première consultation lancée par la Commission en 2001 en matière de contrats ont reçu différentes interprétations, selon la position de chaque interprète[1380]. Les résultats des études empiriques concernant l'impact négatif de la diversité juridique à la conclusion des contrats intra-communautaires peuvent également varier sensiblement[1381]. Par

---

[1378] V. *supra* n° 263. Par ailleurs, « Il est facile aux Etats-Unis de proclamer qu'il n'y a pas de *General Federeal common law* : les droits étatiques se nourrissent les uns des autres ; l'enseignement porte sur le droit des différents États ; les concepts sont communs bien que les règles soient distinctes ; le langage est le même », P. REMY-CORLAY, « Traité de Lisbonne et Projet de Cadre commun de référence en droit privé européen », *RTD Civ.*, 2008, p. 258.

[1379] H. WAGNER, « Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty. The example of the European Union » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 27 et s. et not. p. 42 : « This may be regarded as an astonishing discovery ; however, it can easily be explained, at least for the large companies. In contrast to small companies and to consumers, large companies have the advantage of lower information and coordination costs per unit of output due to economies of scale when doing trans-border business. » ; J. SMITS, « Law Making in the European Union : On Globalization and Contract Law in Divergent Legal Cultures», *Louisiana Law Review*, 67, 2007, pp. 1101-1203, disponible aussi sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=1104386>, pp. 11-12.

[1380] Ainsi, pour la Commission, la consultation a démontré que la diversité en matière des contrats d'exploitation constituait une entrave au bon fonctionnement du marché intérieur. V. Commission Européenne, Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, 1.7.2010, COM(2010) 348/3, p. 4 : « Les divergences entre les droits nationaux des contrats en font partie, ainsi que l'a fait apparaître la consultation lancée par la communication de 2001 sur le droit européen des contrats, ainsi que les sondages Eurobaromètre et d'autres études. » D'autres ont abouti à une conclusion opposée. V. J. SMITS, « Introduction » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. v et s. et not. p. v, faisant référence aux réponses à la consultation publique lancée par la Commission en 2001 émanant des parties prenantes : « The view of the European commission seems to be that diversity of law stands in the way of a proper functioning of the internal market, but this view does not seem to be shared by business: in the reactions to the Communication on European contract law (2001) it was striking to see that most companies do not consider the present diversity to be are barrier to trade. » Enfin, d'autres ont choisi la voie moyenne. V. S. VOGENAUER, S. WEATHERILL, « The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law-an Empirical Contribution to the Debate », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 105 s. et not. p. 116 : « the responses under the heading business were much more mixed and somewhat inconclusive. Neither was there a clear view on whether divergences in national contract law created obstacles to cross-border trade, nor were there strong complaints about inconsistencies created by piecemeal harmonisation. »

[1381] Voir en ce sens, C. AUBERT De VINCELLES, A. DANIS-FATOME, O. DESHAYES, L. USUNIER, « Pour un instrument optionnel de droit des contrats limité aux ventes à distance transfrontières conclues entre professionnels et

ailleurs, il est significatif que selon une étude empirique, presque les deux-tiers des entreprises européennes ont souligné l'existence d'obstacles à la conclusion des contrats transfrontières, dus à la diversité juridique en droit des contrats[1382]. Dès lors, même si des études empiriques en matière de contrats d'exploitation ayant pour objet la démonstration des entraves de la diversité au bon fonctionnement du marché unique seraient sans doute utiles, il faudrait être réservé quant à la fiabilité de leurs résultats[1383].

---

consommateurs. », *RDC*, octobre 2011, n° 4, p. 1426 s. : « Par ailleurs, les résultats de sondages ne sont pas exempts de contradictions et doivent être maniés avec une extreme précaution. Ainsi, le sondage du cabinet Clifford Chance de 2005 permet-il d'apprendre que si 83% des professionnels sondés sont favorables ou très favorables à l'idée d'un droit européen des contrats harmonisé, seuls 30% sont favorables ou très favorables à l'idée d'un droit européen des contrats remplaçant les lois nationales. Un sondage effectué plus récemment (2008) par l'Institut de droit comparé d'Oxford permet, quant à lui, d'apprendre que si 70% des professionnels sondés estiment que les contrats transfrontières seraient facilités par la création d'un droit européen ou mondial des contrats, 82% rejettent l'idée suivant laquelle les différences dans les procédures civiles les dissuadent de contracter dans un État donné. »

[1382] V. les réponses émises par les parties prenantes pour le sondage commissionné par Clifford chance de 2005 concernant l'impact de la diversité. Sur ce dernier v. S. POPHAM, CLIFFORD CHANCE, *Clifford Chance Survey European Contract Law*, 2005 ; S. VOGENAUER, S. WEATHERILL, « The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law-an Empirical Contribution to the Debate », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 105 s. et not. p. 125 : « almost two thirds of European business experience some (51%) or even large (14%) obstacles to cross border trade between member states. [Legal issues] were seen as slightly more significant than the non policy induced obstacles listed namely cultural differences and language. Thus it is clear that legal divergences have a comparably strong adverse impact on cross border trade. » ; S. WEATHERILL, « Competence and European Private Law », *in* Ch. TWIGG-FLESNER (sous dir. de), *The Cambridge Companion to EuropeanUnion Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 58 s. et not. p. 68 s. : « The survey found that almost two-thirds of European businesses experience 'some' (51 per cent) or even 'large' (14 per cent) obstacles to cross-border trade between Member States. The survey found that factors associated with diversity between national laws were slightly more significant than 'non-law' obstacles caused by cultural differences and language. So the finding is that legal divergences, even if ultimately not insurmountable, exert an identifiable detrimental impact on inter-state trade. » ; D. STAUDENMAYER, « European Contract Law-What Does It Mean and What Does It Not Mean ? », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 235 et s. et not. pp. 235-236 : « European businesses were asked about their view on future legislative measures remedying existing obstacles to the internal market. A positive answer was given by 83% of businesses and even 88% of small to medium-sized enterprises. » Ajoutons que cette étude est considerée comme la plus complète en matière de droit des contrats. V. en ce sens, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law*, comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final, disponible sur <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/247_en.pdf>, note n° 67. Voir aussi Commission Européenne, Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, 1.7.2010, COM(2010) 348/3, p. 4 et les références aux sondages Eurobaromètre. Rappr. les exemples offerts au sein de la feasibility study 2011, p. 3 s. *Adde* F. GOMEZ, J.-J. GANZUA, « The Economics of Private Law Harmonised Law-making : Mechanisms, Modes and Standards », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 115 s. et not. p. 125, citant deux études (F. DEN BUTTER, R. MOSCH, « Trade, Trust and Transaction Costs », Tinbergen Institute, Working Paper No 2003-082/3, 2003 ; A. TURRINI, T. VAN YPERSELE, « Legal Costs as Barriers to Trade », Center for Economic Policy Research Discussion Paper Series, No 5751, 2006) : « [M]ore directly relevant to the European context, den Butter and Mosch find in an empirical study that similarity of legal systems may be able to produce roughly between 50-80 percent more cross-border trade, using data of 25 OECD countries. Most recently, Turrini and van Ypersele estimate that legal similarity can increase trade among OECD countries up to 65 per cent, controlling for transporation costs, common culture and language and similar factors. »

[1383] Rappr. en ce sens, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law*, comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final, disponible sur <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/247_en.pdf>, n° 50, p. 16 : « Although empirical data on market participants' perceptions and expectations are not conlusive, they do at least provide some

Ajoutons que l'outil de l'analyse économique du droit ne permet pas toujours d'aboutir à des conclusions fiables sur l'efficacité ou l'inefficacité de la diversité en matière de droits des contrats (d'exploitation) en Europe. Plus précisément, la comparaison entre les coûts de la diversité et les coûts d'un éventuel rapprochement des législations nationales peut être fictive. Il n'est pas possible en effet de calculer avec exactitude les coûts et les bénéfices de la diversité et de l'harmonisation, qui constitueront la base de la comparaison[1384]. Par conséquent, une analyse économique du droit en tant qu'outil d'évaluation des problèmes causés par la diversité semble utile, mais sa pertinence ne doit pas être surestimée[1385].

ii. L'argument pragmatique : l'efficacité limitée du dispositif du droit international privé.

269.- Le droit international privé offre les dispositifs pour résoudre les problèmes issus de l'extranéité en matière de contrats d'exploitation. Cependant, ces dispositifs ne peuvent pas toujours résoudre tous les problèmes résultant de la diversité des droits nationaux. Au-delà des considérations d'ordre théorique, concernant l'opportunité de l'application des droits nationaux à des transactions internationales[1386], ou même de l'opportunité de l'application des droits nationaux parfois défectueux aux contrats d'exploitation européens, nous nous concentrerons sur les

---

indication on the relevance of a harmonized European contract law for the internal market. » ; H. PERINET-MARQUET, « Vers un droit européen des contrats spéciaux de service », *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 153 s. et not. 161, qui met en doute la pertinence de l'enquête faite auprès d'entreprises sur l'impact d'un contrat européen, conduite du 26 novembre au 23 décembre 2010 de l'European Business Test Panel.

[1384] En ce sens, G. WAGNER, « The Virtues of Diversity in European Private Law » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 3 et s. et not. p. 4 : « It needs no further explanation that a quantitative analysis that really deserved this name is impossible to come by. There is simply no way of measuring with tome exactness the benefits and costs both of legal harmonization and of legal diversity in order to compare the two. » et *ibid.* p. 19 : « A it has been indicated already, it is virtually impossible to calculate the costs and benefits of harmonization. » ; J. HAGE, « Law, Economics and Uniform Contract Law : A Sceptical View », *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 55 et s. et not. p. 55 : « The knowledge that Law and Economics has to offer is in principle relevant but hardly scratches the surface of all the information that could be relevant. The use of Law and Economics for answering the question whether European contract law should be harmonized is therefore limited to an extent that makes it almost irrelevant. » et *ibid*. p. 65 : « [T]he question remains whether this information makes reliable judgments concerning the desirability of harmonization possible. In this context, the parallel with weather prediction plays a role. If one has some relevant information, but lacks a lot of other relevant information, well-founded judgment is not possible. »

[1385] J. SMITS, « Introduction » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. v et s. et not. p. v : « Indeed this does not mean that economic analysis has nothing to say, but its importance should not be overstretched. »

[1386] En ce sens, F. TERRE, *Droit civil, Les obligations*, 9e éd., Dalloz, 2005, n° 62, p. 73. *Contra* B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 154 : « In sum, we believe that issues of copyright contract law are best addressed at the national level, since the national legislator is in the best position to reconcile the principles of copyright law, with those of contract law, labour law, and social law, while taking account of the relevant cultural considerations. »

difficultés inhérentes à la mise en œuvre des dispositifs du droit international privé limitant son efficacité. Il s'agit alors de démontrer les limites du droit international privé en présence comme en l'absence de choix des parties concernant la *lex contractus*[1387].

α.- L'efficacité limitée du principe de la loi d'autonomie.

270.- La faculté pour les parties de choisir librement la loi qui régira leur contrat international présente indéniablement plusieurs avantages. Grâce à cette possibilité, les parties peuvent parvenir à une loi qui pourra effectivement satisfaire leurs besoins, en raison notamment du contenu de ses dispositions, de sa stabilité ou de sa neutralité[1388]. Sur cette base, la convergence ou la divergence des droits nationaux n'est pas importante. Cependant, malgré ses mérites et sa popularité[1389], l'application du principe de la loi d'autonomie présente plusieurs difficultés, usuelles et pratiques[1390].

Tout d'abord, le principe de la loi d'autonomie peut déployer tous ses effets bénéfiques seulement sous certaines conditions. D'une part, un choix rationnel de la loi applicable présuppose que les parties en connaissent le contenu et qu'elles peuvent choisir la *lex contractus* à coût zéro[1391].

[1387] Rappr. O. LESTRADE, « Cession de brevet », *JurisClasseurs Brevets*, Fasc. 4730, n° 6 : « Dans de telles situations la détermination de la loi applicable au contrat peut soulever des difficultés, notamment lorsque les parties n'ont rien prévu sur ce point. »

[1388] Notons que le droit national choisi peut être un droit non-européen. Sur ce point v. S. VOGENAUER, S. WEATHERILL, « The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law-an Empirical Contribution to the Debate », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 105 s. et not. pp. 120-121 : « When asked about the ability to choose the governing law without limiting this to the European context, 83% of the respondents thought this was 'important' to them when conducting cross-border transactions » […] « 41% of the respondents declared a willingness to choose a non-European law if non European law was suitable for their purpose. »

[1389] Y. LEQUETTE, « Le Code européen est de retour », *RDC*, 01 juillet 2011, n° 3, p. 1028, not. n° 8 : « Dans les relations entre professionnels, le principe de la liberté de choix de la loi applicable leur permet de soumettre leur contrat aux dispositions nationales qu'elles jugent les plus adaptées à leurs besoins. » et *ibid.* n° 9, à propos des contrats internationaux, « les études au niveau international ont permis d'établir que les parties usent dans plus de 80 % des cas, de la faculté de choix qui leur est reconnue témoignant ainsi de l'intérêt qu'elle présente. » ; S. VOGENAUER, S. WEATHERILL, « The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law-an Empirical Contribution to the Debate », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 105 s. et not. p. 120, se référant au sondage de Clifford&Chance : « The ability to choose from different contract laws across Europe was seen as an advantage by almost two-thirds of the businesses, with strong national variations and major enterprises expressing a much stronger preference for the possibility of choice of law than SMEs. »
Ajoutons que, sur la base de l'efficacité, certains auteurs appellent à l'extension du champ d'application du principe de la loi d'autonomie à tout contrat, même interne. V. G. WAGNER, « The Virtues of Diversity in European Private Law » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 3 et s. et not. p. 15.

[1390] Sur cette distinction entre difficultés usuelles et pratiques, rappr. Y. GAUBIAC, « Pratique contractuelle. Les contrats internationaux en droit d'auteur », *Communication Commerce électronique*, n° 7, Juillet 2010, p. 6.

[1391] Comp. G. WAGNER, « The Virtues of Diversity in European Private Law » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 3 et s. et not. p. 7 : « 1) consumers and firms enjoy full mobility between communities at zero cost. 2) the citizens are perfectly

D'autre part, la loi applicable devra être librement choisie d'un commun accord entre les parties. Or, l'existence de ces conditions n'est pas aisée. En effet, l'acquisition de la connaissance nécessaire pour faire un choix rationnel concernant la loi applicable n'est pas automatique et elle est soumise à certains coûts[1392]. De même, très souvent, le choix de la *lex contractus* est imposé par la partie la plus puissante à la partie faible[1393]. Ajoutons qu'en matière de contrats d'auteur, le choix imposé de la loi applicable *peut constituer un moyen de détournement d'un régime protecteur normalement applicable au profit de la partie faible*[1394].

---

informed about the differences of the public goods offered by rival communities competing to attract them, and they also know the costs and benefits associated with such differences. » et *ibid*. p. 8 : « This assumption presupposes that people in A not only know about the properties of their own set of legal rules, but also, about the legal system in B. In addition in order to make a rational choice the citizens would also have to realize how different legal standards affect the performance of the economies in both A and B. In reality these assumptions will hardly ever be born out in full. »

[1392] Sur ce point v. not. F. GOMEZ, J.-J. GANZUA, « The Economics of Private Law Harmonised Law-making : Mechanisms, Modes and Standards », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 115 s. et not. p. 124 : « There are, undoubtedly (natural or man made) costs linked to the parties' choice that may sometimes (even often) be high enough to prevent adequate choice and the positive consequences from it. » et *ibid.* p. 125 : « [I]t seems highly unlikely that, given these costs and constraints for effective choice, efficient choice of law rules would be able to substantially eliminate the transaction costs arising from legal diversity, and thus parties intending to transact across national borders […] will face significant costs. »

[1393] M. STORME, « The Foundations of Private Law in a Multilevel Structure : Balancing, Distribution of Lawmaking Power and Other Constitutional Issues », *ERPL*, 1, 2012, pp. 237-254 et not. p. 251 : « Unlimited choice of law is often simply imposing the law chosen by the offeror (and the country of origin principle is a more limited form of this) » ; G. ALPA, « The Future of European Contract Law : Some Questions and Some Answers », *in* K. BOELE-WOELKI, W. GROSHEIDE, *The future of European contract law*, Wolters Kluwer, 2007, p. 3 et s. et not. p. 4 : « On the contrary, the rules of private international law do not function so simply and the choice of the applicable law could be imposed by one party on another. » ; J. SMITS, « Diversity of Contract Law and the European Internal Market » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 153 et s. et not. p. 167 : A party will still need to take advice on the unknown applicable law, which will be costly and will also present a commercial risk for that party. Second, it may be that party with insufficient bargaining power is overruled by the other, economically stronger, party. It is likely that this party is then still deterred from contracting, also because of the fact that it is obliged to accept the other party's choice of law. » ; J. SMITS, « Law Making in the European Union : On Globalization and Contract Law in Divergent Legal Cultures», *Louisiana Law Review*, 67, 2007, pp. 1101-1203, disponible aussi sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=1104386>, p. 12, à propos des PME : « Their bangaining position is even more restricted because they cannot negotiate about the choice of law […] ». En matière de contrats d'auteur, v. P. KATZENBERGER, « Protection fo the Author as the Weaker Party to a Contract under International Copyright Contract Law », *IIC*, 1988, p. 731 s. et not. p. 736 : « it is primarily the free choice of law of the parties to the contract-and thus in fact the exploiter of the work-that governs the applicable law. » Par ailleurs, une *lex contractus* imposée par le cocontractant puissant est en principe favorable pour l'une des deux parties, ce qui mène à des résultats inéquitables. En ce sens, M. STATHOPOULOS, « Des règles uniformes du droit privé au sein de l'Union européenne- Le rôle de la science juridique et du législateur », *in Mélanges Koumantos*, Sakkoulas, 2004, pp. 990 s., et not. p. 992.

[1394] En ce sens, P. KATZENBERGER, « Protection fo the Author as the Weaker Party to a Contract under International Copyright Contract Law », *IIC*, 1988, p. 731 s. et not. p. 734 : « Another question : is it possible that the choice of law by the parties to the contract might deprive the author of the protection to which he would be entitled without having made such a choice ? » Comp. aussi D. MOURA VICENTE, *La Propriété Intellectuelle en droit international privé*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, Martinus Nijhoff Online, disponible sur : <www.nijhoffonline.nl>, n° 145, p. 320, pour lequel les parties ne sont pas en mesure de soumettre leur contrat exclusivement aux principes juridiques ou aux usages du commerce international car ceci entraînerait une « diminution intolérable de la protection octroyée à la partie contractuelle la plus faible par les seules lois [nationales] en présence. »
Par ailleurs, il semble utile de noter sur ce point que la concurrence entre les ordres juridiques peut effectivement mener à une baisse de standards de protection pour les parties faibles. En ce sens H. WAGNER, « Economic Analysis of

Ensuite, le principe d'autonomie ne permet pas aux parties une liberté illimitée de rattacher leur contrat à un ordre juridique national[1395]. En effet, le choix exprès des parties concernant la *lex contractus* peut être perturbé par l'existence de règles nationales impératives, autres que celles comprises dans la loi applicable, qui ne peuvent être écartées par le choix de la *lex contractus*[1396]. Il s'agit notamment des lois de police locale[1397], des règles impératives d'un pays autre que celui dont la loi est choisie, où sont localisés « tous les autres éléments de la situation au moment du choix »[1398] ainsi que les règles d'ordre public communautaire[1399]. De manière similaire, il est possible qu'une règle incluse au sein de la *lex contractus* soit écartée en raison de son incompatibilité manifeste avec l'ordre public du *for*[1400]. Le problème de « perturbation » du choix

---

Cross-Border Legal Uncertainty. The example of the European Union » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 27 et s. et not. p. 41 : « A further argument for legal harmonization is that interjurisdictional competition may lead to a lowering of standards to the detriment of citizens in need of protection against abuses (workers, consumers) ».
Ajoutons que l'argument de la concurrence entre les ordres juridiques ne s'applique pas à toutes les branches du droit. V. en ce sens, F. GOMEZ, J.-J. GANZUA, « The Economics of Private Law Harmonised Law-making : Mechanisms, Modes and Standards », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 115 s. et not. p. 118-119 : « [A]t least in some areas of the law (corporate law would be the most prominent example) competition among jurisdictions will force them to improve the quality of their legal rules […] » et *ibid.* p. 128 : « Indeed, one should look out for further evidence to estimate the empirical relevance of the potentially efficient and inefficient consequences of regulatory competition, in the environmental area as well as in other sectors. »

[1395] Sur les limites du libre choix de *lex contractus* v. Y. GAUBIAC, « Pratique contractuelle. Les contrats internationaux en droit d'auteur », *Communication Commerce électronique*, n° 7, Juillet 2010, p. 6 ; D. MOURA VICENTE, *La Propriété Intellectuelle en droit international privé*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, Martinus Nijhoff Online, disponible sur : <www.nijhoffonline.nl>, n° 151, pp. 333-334 : « Il y a, en tout cas, limite à l'application de la loi du contrat, indépendamment du fait qu'elle ait été choisie ou non par les parties. » Comp. en ce sens, Ch. BUSCH, *Scope and content of an optional instrument for EU contract law*, Note, Directorate General for Internal Policies, Policy department C : Citizen's Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, PE 425.644, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/webnp/webdav/site/myjahiasite/users/emartinezdealosmoner/public/Busch%20%20EN.pdf>, p. 5 : « The current framework of private international law creates barriers to cross-border trade in particular for B2C contracts, as the freedom of choice regarding the applicable law is rather limited. » Notons que la liberté des parties à choisir la *lex contractus* ne concerne que les contrats européens. V. sur ce point G. WAGNER, « The Virtues of Diversity in European Private Law » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 3 et s. et not. p. 14 : « Unfortunately, freedom of choice of law even under the Rome convention is subject to serious constraints. First of all, the parties lack the authority to contract out of a legal regime they both are strongly connected with. For domestic transactions there simply is no freedom of choice in the sense of choice between legal systems. »

[1396] Sur ce point, à titre indicatif, J. SMITS, « Diversity of Contract Law and the European Internal Market » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 153 et s. et not. p. 163 : « In addition, national mandatory rules applicable on the basis of articles 5 and 7 of the Rome convention remain applicable even if a choice of law was made. »

[1397] Article 9 du Règl. Sur ce point v. entre autres, D. MOURA VICENTE, *La Propriété Intellectuelle en droit international privé*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, Martinus Nijhoff Online, disponible sur : <www.nijhoffonline.nl>, n° 151, p. 334 s. ; P. de MIGUEL ASENSIO, « The law governing international intellectual property licensing agreements (a conflict of laws analysis) », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 312 s. et not. p. 334 s.

[1398] Article 3 par. 3 du Règl.

[1399] Article 3 par. 4 du Règl.

[1400] V. l'article 21 du Règl. Selon M. LUCAS dans une telle hypothèse il s'agit de « tuer dans l'œuf le conflit des lois », A. LUCAS, « La loi applicable aux contrats d'exploitation des droits d'auteur et des droits voisins », *in Mélanges Victor Nabhan*, Ed. Y. Blais, 2005, p. 289 s. et not. p. 301. Sur le voisinage entre l'ordre public international et l'ordre public du *for* v. à titre F.-X. TESTU, *Contrats d'affaires*, Dalloz, 2010, n° 122.10. Pour l'application dudit article aux

de la *lex contractus* par application des règles impératives nationales est assez important en matière de contrats d'exploitation d'auteur où un grand nombre de règles protectrices contenues au sein des droits continentaux sont impératives[1401]. Par ailleurs, des règles particulières comprises au sein des droits nationaux peuvent également perturber la détermination du régime applicable contenu dans la loi expressément choisie par les parties[1402].

De même, la loi choisie en tant que *lex contractus* n'offre pas automatiquement toutes les réponses nécessaires pour déterminer effectivement le contenu du régime applicable au contrat[1403]. En effet, la loi choisie par définition sera limitée aux seuls « aspects purement contractuels des relations des parties »[1404]. Or, plusieurs questions directement liées au titre exploité, mais touchant à l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles se trouvent en dehors du champ d'application de la *lex contractus*[1405]. Ceci étant, la dissociation des champs d'application respectifs

---

contrats d'exploitation, v. D. MOURA VICENTE, *La Propriété Intellectuelle en droit international privé*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, Martinus Nijhoff Online, disponible sur : <www.nijhoffonline.nl>, n° 152, p. 339.

[1401] V. sur ce point L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. p. 523 : « Uncertainty may also arise from the fact that in some instances, author protective measures constitute mandatory rules that may not be set aside by contract, while in other countries, they are merely default rules. et *ibid*. p. 524 : « The freedom to choose the law applicable to contracts is central to the Convention, albeit subject to certain limitations : rules of mandatory law may not be circumvented ; priority rules prevail » ; d'un point de vue allemand, Th. DREIER, « Reconciling National Copyright Traditions : Conflict of Laws Rules-the German Example », *in Mélanges Victor Nabhan*, Ed. Y. Blais, 2005, p. 121 s. et not. p. 139 : « German courts apply mandatory German author-protective provisions even in cases where the law of another country has been chosen as the law applicable to a copyright contract ». Certes, un problème supplémentaire est celui de savoir quelles règles sont d'ordre publique. Sur ce problème voir not. L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. p. 524 : « Whether and to what extent national rules on *copyright* contracts qualify as such is debatable. In this end, this is for the courts to decide. » Voir toutefois P. de MIGUEL ASENSIO, « The law governing international intellectual property licensing agreements (a conflict of laws analysis) », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 312 s. et not. p. 336, pour qui les règles en question découlent de la loi applicable au titre de la propriété intellectuelle. Ainsi, « as far as provisions of copyright law protecting authors that restrict copyright transfers or licenses are concerned, the debate on the scope of the definition of overriding mandatory provisions in article 9.1 Rome I Regulation seems to be less relevant. As noted above, the prevailing criterion is that the mandatory application of such provisions to international contracts results typically from the characterization of the rules on transferability and the copyright provision s that impose certain restrictions to contracts as rules governed by the law applicable to the IP right as such. »

[1402] V. p. ex. en droit français l'art. 132-6 CPI al. 2 : « Peuvent également faire l'objet d'une rémunération forfaitaire les cessions de droits à ou par une personne ou une entreprise établie à l'étranger. » Toutefois, la nature de cette règle est discutée (règle unilatérale des conflits portant sur l'obligation de rémunération ou règle matérielle), v. sur cette controverse P.-Y GAUTIER, « Invitation au voyage : les cessions de droits d'auteur à l'étranger, créatrices de groupes de contrats », *D.*, 1995, Chron. 262 et s., not. n° 5, p. 263 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, Montchrestien, 1999, n° 1398, p. 825 et s. V. aussi l'art. 32b de la UrhG allemande.

[1403] D. MOURA VICENTE, *La Propriété Intellectuelle en droit international privé*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, Martinus Nijhoff Online, disponible sur : <www.nijhoffonline.nl>, n° 150, p. 331 : « [L]a transmission de droits intellectuels ou l'octroi de licences impliquent souvent, dans des situations internationales, la conjugaison de différentes lois. »

[1404] V. art. 12 du Règl. Rome I. Il s'agit, en principe des questions liées à la formation, l'interprétation, l'exécution et l'extinction du contrat. Sur ce point, v. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007, n° 1032, p. 447, à propos des contrats de propriété industrielle ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 1411, p. 833.

[1405] D. MOURA VICENTE, *La Propriété Intellectuelle en droit international privé*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, Martinus Nijhoff Online, disponible sur : <www.nijhoffonline.nl>, n° 150, p. 332 s. se référant au lien étroit des

s'avère cruciale[1406] et parfois délicate[1407]. Plus précisément, les questions concernant la constitution, la durée et l'extinction des droits, le contenu, les exceptions et les limites de la protection ainsi que les questions d'admissibilité et de conditions de validité de la transmission des droits de propriété intellectuelle seront régies par la loi applicable au titre[1408]. Ajoutons qu'en droit international privé, la loi qui régit les règles de forme du contrat se distingue traditionnellement de celle régissant les questions de fond[1409]. Dès lors, il est possible que la loi applicable aux questions de forme du contrat soit différente de celle qui régit les questions de fond.

---

exigences spéciales de forme établies par quelques systèmes juridiques pour les contrats d'exploitation et le régime du droit intellectuel.

[1406] Sur ce point v. P. de MIGUEL ASENSIO, « The law governing international intellectual property licensing agreements (a conflict of laws analysis) », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 312 s. et not. p. 313.

[1407] La question du partage mais aussi la coexistence entre la loi applicable au contrat et la loi applicable au titre est en soi épineuse. Sur ce point, v. J.-S. BERGE, « L'actualité du conflit de lois sur le droit d'auteur : bataille au pays des fantômes », *Gazette du Palais*, 25 et 26 juin 2003, n° 176 à 177, pp. 8-14 : « L'exploitation du droit d'auteur passe par la conclusion d'actes juridiques : les contrats d'auteur. Cette réalité, qui peut difficilement être contournée, pose en droit international privé la question du partage entre la loi applicable au droit d'auteur et la loi applicable au contrat d'auteur. » ; Le Groupe Europeen du Max-Planck, « Conflict Of Laws In Intellectual Property » – Clip, « Les relations conflictuelles de la propriété intellectuelle et la reforme du droit international privé en Europe », *Propr. Intellel.*, n° 24, juill. 2007, p. 291 et s. et not. p. 297 : « Toutefois, les accords de licence et les contrats relatifs au transfert de droits de propriété intellectuelle tombent dans le champ d'application de la Convention pour autant que des questions contractuelles sont en cause. La distinction entre ces deux types d'hypothèses semble claire de prime abord mais soulève des questions délicates de qualification dans la pratique. » ; D. MOURA VICENTE, *La Propriété Intellectuelle en droit international privé*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, Martinus Nijhoff Online, disponible sur : <www.nijhoffonline.nl>, n° 150, p. 332 : « Lorsque les exigences formulées dans cette matière par la loi régissant la forme du contrat et par celle du droit intellectuel sont divergentes, il faudra déterminer laquelle de ces lois est compétente pour régler le case d'espèce. » Bien sur une analyse sur les rapports entre la loi du droit et la loi du contrat excède les limites de notre étude. Pour un exposé des différentes opinions v. à titre indicatif A. LUCAS, « La loi applicable aux contrats d'exploitation des droits d'auteur et des droits voisins », *in Mélanges Victor Nabhan*, Ed. Y. Blais, 2005, p. 289 et not. pp. 301 et s. Par ailleurs, le caractère territorial des titres nationaux de propriété industrielle fait qu'en effet un grand nombre de problèmes relatifs aux contrats d'exploitation seront soumis à la loi de l'État auquel la protection est conférée, v. en ce sens, J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007, n° 1034, p. 448.

Ajoutons que des difficultés sont liées à la coexistence du Règlement Rome I avec le Règlement Rome II. Sur ce point v. B. HAFTEL, « Entre « Rome II » et « Bruxelles I » : l'interprétation communautaire uniforme du règlement « Rome I » », *Journal du droit international (Clunet)* n° 3, Juillet 2010, doctr. 11.

[1408] Sur ces dernières questions v. D. MOURA VICENTE, *La Propriété Intellectuelle en droit international privé*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, Martinus Nijhoff Online, disponible sur : <www.nijhoffonline.nl>, n° 150, p. 331 ; Le Groupe Europeen du Max-Planck, « Conflict Of Laws In Intellectual Property » – Clip, « Les relations conflictuelles de la propriété intellectuelle et la réforme du droit international privé en Europe », *Propr. Intellel.*, n° 24, juill. 2007, p. 291 et s. et not. p. 297 : « Ces interrogations revêtent une importance particulière pour les questions qui concernent les droits de propriété intellectuelle eux-mêmes mais qui sont étroitement liés à des contrats comme la cession ou le transfert des droits, les conditions dans lesquelles les licences peuvent être octroyées ou opposées aux tiers. Ces hypothèses ne tombent pas sous la *lex contractus* ; elles sont régies par la loi qui gouverne la propriété intellectuelle. » ; P. de MIGUEL ASENSIO, « The law governing international intellectual property licensing agreements (a conflict of laws analysis) », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 312 s. et not. p. 315 (à propos des droits de propriété industrielle) et *ibid.* p. 316 s. à propos du droit d'auteur.

[1409] V. l'article 11 du Règl. Rome I. Pour l'application de cet article en matière des contrats d'exploitation, v. D. MOURA VICENTE, *La Propriété Intellectuelle en droit international privé*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, Martinus Nijhoff Online, disponible sur : <www.nijhoffonline.nl>, n° 149, p. 330.

Sur cette base, même en présence du libre choix de la *lex contractus* par les parties, le régime du contrat d'exploitation en question sera touché par la diversité, étant donné que l'application d'autres lois nationales ne pourra pas être exclue[1410].

β.- L'efficacité limitée du dispositif des règles de conflit uniformes.

271.- L'existence d'un système de règles de conflit uniforme au sein de l'Union européenne présente indéniablement plusieurs avantages. En effet, l'uniformité des règles de conflit garantit une prévisibilité et une homogénéité des renvois prévisibles : le droit (national) issu par application d'une règle de conflit uniforme sera toujours le même dans tous les fora de l'Union européenne. Ce système n'est toutefois pas en mesure de résoudre tous les problèmes liés à la diversité caractérisant la matière des contrats d'exploitation[1411].

Tout d'abord, les règles de conflit uniformes du Règlement Rome I ne sont pas toujours en mesure de fournir des réponses précises en matière de contrats d'exploitation européens. Plus précisément, malgré la clarté des solutions données par les règles de conflit générales du Règlement, la détermination de la prestation caractéristique d'un contrat d'exploitation n'est pas toujours aisée[1412]. En pratique, la multitude et parfois l'importance réciproque des prestations qui font partie du contenu obligationnel d'un contrat d'exploitation européen rendent la question de la détermination de la prestation caractéristique assez compliquée[1413]. L'hypothèse d'un contrat d'exploitation

---

[1410] En ce sens, P. de MIGUEL ASENSIO, « The law governing international intellectual property licensing agreements (a conflict of laws analysis) », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 312 s. et not. p. 319 : « Although an important source of légal certainty, agreements between the parties choosing the law applicable to IPO contracts cannot guarantee the application of a single law to the whole transaction. »

[1411] Très critique, P. TORREMANS, « Cross-border licensing in the absence of a choice of law : is there a way forward ? », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 25 et s. et not. p. 25, pour qui : « [T]he alternative option (that of determining the applicable law in the absence of a choice made by the parties) is often a recipe for disaster. »

[1412] V. D. MOURA VICENTE, *La Propriété Intellectuelle en droit international privé*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, Martinus Nijhoff Online, disponible sur : <www.nijhoffonline.nl>, n° 146, p. 322, parlant de la question de savoir quelle est la prestation caractéristique des contrats d'exploitation. Ajoutons que la détermination du « centre de gravité » du contrat, afin de détecter le pays avec lequel le contrat d'exploitation a les liens les plus étroits, par application la clause échappatoire de l'art. 4 §§ 3 et 4 du Règlement Rome I, peut s'avérer également difficile.

[1413] Comp. F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, Montchrestien, 1999, n° 1410, p. 832 : « La prestation caractéristique, *à supposer qu'il y en ait toujours une seule*, varie selon les œuvres, les types de contrats, les modes d'exploitation et les stipulations concrètes. » En vérité, il a pu être soutenu que les contrats d'exploitation « ne se prêtent pas à la logique réductrice de la prestation caractéristique ». En ce sens, à propos des contrats d'auteur internationaux, A. LUCAS, « La loi applicable aux contrats d'exploitation des droits d'auteur et des droits voisins », *in* Mélanges Victor Nabhan, Ed. Y. Blais, 2005, p. 289 et not. p. 298 : « Mais peut-être faut-il aussi, plus modestement, se résoudre à constater que les contrats d'exploitation des droits d'auteur et des droits voisins ne se prêtent pas à la logique réductrice de la prestation caractéristique […] ». Sur la complexité de la question v. P. de MIGUEL ASENSIO, « The law governing international intellectual property licensing agreements (a conflict of laws analysis) », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 312 s. et not. 321 : « [T]he debate about the existence of a characteristic performance and eventually the determination of the party who is

européen avec charge d'exploitation est significative sur ce point. En effet, la question de savoir quelle est la prestation caractéristique parmi l'obligation du concédant de transmettre le droit de propriété intellectuelle et celle du cocontractant d'exploiter le droit transmis est controversée[1414]. En l'absence de réponse claire, la mise en œuvre du dispositif des règles de conflit du Règlement Rome I est susceptible de renvoyer à des droits nationaux différents et donc de conduire à l'application de régimes nationaux potentiellement différents[1415].

Ensuite, la coexistence des règles de conflit de portée générale du Règlement Rome I avec celles comprises dans des Règlements instituant les titres européens peut aussi s'avérer problématique. Par défaut, le dispositif de portée général du Règlement Rome I s'appliquera en l'absence de règle particulière de conflit concernant les contrats d'exploitation au sein des règlements instituant les titres européens[1416]. La question qui se pose est donc de savoir si les règles de conflit qui sont comprises au sein des Règlements relatifs aux titres communautaires portent sur les aspects contractuels de ces titres. En pratique, la question reste controversée en doctrine. Pour certains

---

to effect the characteristic performance have been traditionally subject to great controversy with respect to contracts relating to IP rights. »

[1414] En ce sens, v. not. Le Groupe Européen du Max-Planck, « Conflict Of Laws In Intellectual Property » – Clip, « Les relations conflictuelles de la propriété intellectuelle et la réforme du droit international privé en Europe », *Propr. Intellel.*, n° 24, juill. 2007, p. 291 et s. et not. p. 298 : « Un autre exemple de contrat relatif à des droits intellectuels est celui du contrat par lequel les parties s'engagent à publier et à distribuer un livre : les prestations de chacune des parties sont essentielles et caractéristiques » ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, Montchrestien, 1999, n° 1410, p. 832 : « [la prestation caractéristique] pèse tantôt sur l'auteur, tantôt sur le cocontractant, voire sur les deux à la fois. » En faveur du choix de l'obligation d'exploitation comme obligation caractéristique, v. très clairement, D. MOURA VICENTE, *La Propriété Intellectuelle en droit international privé*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, Martinus Nijhoff Online, disponible sur : <www.nijhoffonline.nl>, n° 146, p. 322 et les références y citées ; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 631 et s. Dans une telle hypothèse, le droit applicable correspondra très souvent au droit du lieu de l'exploitation réalisée, v. en ce sens, Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, la gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur, Bruxelles, le 16.04.2004, COM(2004) 261 final, p. 8 : […] « étant donné que la législation du pays d'exploitation s'applique à l'octroi de licences, différentes règles doivent être respectées dans le cas d'une exploitation dans plusieurs États membres. » *Contra* P. de MIGUEL ASENSIO, « The law governing international intellectual property licensing agreements (a conflict of laws analysis) », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 312 s. et not. p. 326, pour qui « that criterion may prove to be a source of uncertainty inasmuch as the law applicable to the contract depends on an issue that is to be decided under that law. »

[1415] Sur ce problème, d'un point de vue plus general, G. ALPA, « The Future of European Contract Law : Some Questions and Some Answers », *in* K. BOELE-WOELKI, W. GROSHEIDE, *The future of European contract law*, Wolters Kluwer, 2007, p. 3 et s. et not. p. 7 : « Some believe that rules of private international law and conventional rules such as those included in the 1980 Rome Convention lead to uncertainty in the choice of applicable law and as a result to costs that should be avoided. » Par ailleurs, la difficulté de déterminer la prestation caractéristique n'est pas indépendante du problème de la précision des contours des catégories contractuelles en matière des contrats d'exploitation.

[1416] V. sur ce point l'art. 101§2 du RMC « Pour toutes les questions qui n'entrent pas dans le champ d'application du présent règlement, le tribunal des marques communautaires applique son droit national, y compris son droit international privé. » *Adde* Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil mettant en oeuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection par brevet unitaire, Bruxelles, le 13.4.2011, COM(2011) 215 final, considérant n° 9 : « Les dispositions de la CBE et du droit national, notamment les règles de droit international privé, s'appliquent aux matières non couvertes par le présent règlement ».

auteurs, ces articles contiennent effectivement des règles de conflit spéciales qui touchent les contrats d'exploitation européens portant sur ces titres[1417]. D'autres ont soutenu que les règles de conflit en question résolvent la question de la loi applicable qui est afférente au titre européen et pas la *lex contractus*. Ceci dit, la loi applicable en l'absence de choix des parties sera déterminée par application des règles de conflit du droit commun (Règlement Rome I)[1418].

De manière plus essentielle, il ne faut pas oublier que les règles de conflit, même uniformes, permettent tout au mieux de déterminer la loi applicable à un contrat d'exploitation. En revanche, elles ne permettent pas le *déchiffrage* du régime compris au sein de la loi déterminée comme *lex contractus*. Par exemple, étant donné que la législation du pays d'exploitation s'applique à l'octroi de licences, différentes règles doivent être respectées dans le cas d'une exploitation dans plusieurs États membres[1419]. Or, le vrai problème ici n'est pas de déterminer la loi applicable, mais plutôt de connaître le contenu du droit étranger, ce qui permettra de renforcer la sécurité juridique et de diminuer les coûts liés à l'obtention des informations concernant son contenu. Notons que la situation s'aggrave si nous prenons en considération l'insuffisance inhérente aux droits nationaux

---

[1417] V. not. G. BONET, « Questions sur la licence de marque communautaire », *Revue Des affaires européennes*, janv. 1999, p. 44, et not. p. 44 : « Ce principe d'assimilation de la marque communautaire à une marque nationale du point de vue du droit des biens présente évidement une importance déterminante à propos des contrats concernant la marque communautaire que le titulaire conclut avec des tiers : les règles de forme et de fond régissant ces contrats sont celles du droit national. » D'après cette approche, à défaut de choix des parties, la loi applicable correspondra au droit de l'État ou le titulaire (cédant ou concédant) a son siège ou son domicile et, à défaut, son établissement à la date du dépôt de la demande pour l'obtention du titre. De même, en absence de rattachement des parties avec le territoire de l'UE, c'est le droit espagnol (en matière de marques) ou allemand (en matière de brevets) qui sera applicable. Comp. A. MARIE, « Fiche pratique contractuelle. La loi du contrat et les contrats internationaux de cession de marques », *Communication Commerce électronique*, n° 5, Mai 2011, p. 7.

[1418] En ce sens, J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La marque communautaire », *JCP* E, n° 31, 1994, pp. 368 et 369 ; *idem* n° 915, p. 401 et n° 917, p. 402, à propos des licences : « [le régime] sera déterminé par les parties, conformément à la loi applicable à leur contrat et au droit communautaire de la concurrence. » ; E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 463 : « Le RMC laisse à la loi nationale applicable le soin de gouverner la validité des actes de licences portant sur une marque communautaire (RMC, art. 16 et 14 (2), 101 et 106). » ; moins clairement E. GASTINEL, *La marque communautaire*, LGDJ, 1998, p. 167 : « Pour le reste, le contenu de la licence sera régi par le droit applicable au contrat de licence, sous réserve de l'application des lois de police et des lois d'ordre public comme le droit de la concurrence. » *Adde* J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007, *op cit.*, n° 865, p. 383, à propos de la proposition de règlement pour un brevet communautaire (2000). *Cf.* en matière des desseins et modèles, avant la mise en vigueur de Règlement Rome I, V. SCORDAMAGLIA, « Le règlement communautaire sur les dessins et modèles », *Droit et patrimoine*, n° 100, 01/01/2002 : « En cas de contrat international, elle sera déterminée dans chaque État membre par application de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. »

[1419] Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, la gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur, Bruxelles, le 16.04.2004, COM(2004) 261 final, p. 8. Comp. Communication de la Commission, 3.3.2010, *EUROPE 2020 Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive*, COM(2010) 2020, p. 21 : « Pour une seule et même opération, les entreprises et les citoyens doivent encore souvent faire avec 27 systèmes juridiques différents. » Rappr. V. REDING, « L'harmonisation du droit européen des contrats relancée », *Revue Lamy Droit Civil*, n° 75, oct. 2010, p. 61 : « Les entreprises, notamment celles de taille petite ou moyenne, ont des difficultés à réaliser des ventes à l'étranger car elles doivent appliquer un droit des contrats différent dans chacun des 27 États membres de l'Union européenne. »

auxquels renvoient les règles de droit international privé[1420]. Par conséquent, l'utilité du droit international privé sur ce point est limitée[1421].

En somme, l'efficacité du dispositif des règles de conflit uniformes pour enlever les entraves posées au bon fonctionnement du marché unique par la diversité du droit des contrats, telles que présentées plus haut, est limitée[1422].

iii.- L'argument stratégique : Les répercussions négatives de la diversité sur la politique européenne de l'immatériel.

272.- Il y a quelques années, la Commission a publié une stratégie visant à la mise en place d'une économie européenne basée sur l'innovation et l'immatériel[1423]. Dans une Union de l'immatériel, la

---

[1420] Comp. F. GOTZEN, « Panel 1 : Les différentes possibilités de gestion du droit d'auteur : Gestion collective du droit d'auteur et octroi de licences communautaires. La législation sur le droit d'auteur et la concurrence revisitée », Conférence « Droit d'auteur et créativité dans l'Union européenne élargie », Dublin, 20-22.06.2004, disponible sur : <ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/conference/2004-dublin/gotzen_fr.pdf>, p. 1, à propos des contrats d'auteur : « De tels domaines sont essentiellement régis par des dispositifs individuels, relevant du droit contractuel, qui sont *partiellement et diversement* réglementés dans le cadre des législations nationales concernant le droit d'auteur. » Rappr. aussi E. McKENDRICK, « Harmonisation of European Contract Law : The State We Are In », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 5 s. et not. p. 17 : « The argument that national rule of contract law may be unsuitable for international transactions is rather difficult to evaluate because it rests ultimately on the quality of the legal rules that are to be found in national legal systems. It is undoubtedly the case that the laws and legal systems of many Nation States in the world are not suited to the regulation of international transactions. »

[1421] En ce sens, En ce sens, à propos des contrats d'exploitation P. TORREMANS, « Cross-border licensing in the absence of a choice of law : is there a way forward ? », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 25 et s. et not. p. 26 : « […] there will still be a lack of légal certainty and predictability. » ; d'un point de vue general, v. G. ALPA, « The Future of European Contract Law : Some Questions and Some Answers », *in* K. BOELE-WOELKI, W. GROSHEIDE, *The future of European contract law*, Wolters Kluwer, 2007, p. 3 et s. et not. p. 4 : « If everything could be resolved by applying the regulation of private international law to establish the law of the contract, the problem of European contract law would simply not arise. However, the problem does exist and it is different from a simple choice of law. What is under discussion is not which law is applicable. » ; K. RIEDL, « The work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint », *ERPL*, 1, 2000, pp. 71-83 et not. p. 73 : « The unification of rules on choice of law, such as EEC convention on the law applicable to contractual obligations [Rome I] may have its merits but necessarily fails in terms of market integration. For, assuming the existence of different legal systems, the idea of unifying international private law cannot sufficiently respond to the practical needs of the common market » ; P. REMY-CORLAY, « Traité de Lisbonne et Projet de Cadre commun de référence en droit privé européen », *RTD Civ*., 2008, p. 258 : « Sans doute ne peut-il y avoir de *general federal common law* européenne; mais il faut s'efforcer pour que les règles de droit international privé suffisent à l'harmonisation du système communautaire de forger ce droit commun qui existe aux États Unis. »

[1422] C'est sur cette base que le régime unifié des règles de conflit a pu être qualifié comme la « meilleure solution en remplacement » en l'absence de règles harmonisées [second best solution]. En ce sens, K. RIEL, « The work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint », *ERPL*, 1, 2000, pp. 71-83 et not. p. 73, note n° 7 : « That is why some authors speak of second best solution if they talk about the unification of rules on choice of law. »

[1423] Voir surtout, Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, Bruxelles, 6.10.2010, *Initiative phare Europe 2020, Une Union de l'innovation*, COM(2010) 546 final, p. 17 et s. : « Réaliser un marché unique de l'innovation » ; J.-P. GASNIER, « L'Union de l'Innovation, en route vers les temps modernes ? », *Propriété industrielle*, n° 2, Février 2011, alerte 9. Voir aussi Communication de la Commission du 20.11.2007, *Un marché unique pour l'Europe du 21e siècle*, COM(2007) 724 final, p. 9 ; Communication de la Commission, 3.3.2010, *EUROPE 2020 Une stratégie pour une croissance intelligente*,

libre circulation de la connaissance et de l'innovation au sein du marché unique constitue la « 5ème liberté »[1424]. Les droits de propriété intellectuelle constituent les vecteurs d'innovation et de connaissance par excellence[1425]. Sur cette base, les contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle, en tant que véhicules de la circulation des droits de propriété intellectuelle[1426], assurent celle de la connaissance et de l'innovation au sein du marché unique[1427]. Il en résulte que la protection des droits de la propriété intellectuelle et leur circulation au niveau européen jouent un rôle stratégique afin de faciliter la diffusion de l'innovation et de la connaissance au sein du marché unique[1428]. Par conséquent, le droit contractuel de la propriété intellectuelle, combiné avec le droit

---

durable et inclusive, COM(2010) 2020, p. 12 ; Communication de la commission au parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, L'Acte pour le marché unique, Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance, « Ensemble pour une nouvelle croissance » Bruxelles, le 13.4.2011, COM(2011) 206 final ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix, Bruxelles, le 24.5.2011, COM (2011) 287 final. Déjà**,** Livre Vert sur l'innovation, (COM(95) 688 final) du 20 décembre 1995. Des initiatives ont été prises également au sein de la problématique de l'économie de la connaissance fondée sur l'Internet et le droit d'auteur, v. p.ex. Commission Européenne, Livre Vert sur Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance, COM(2008) 466/3 ; Communication de la Commission de 19 oct. 2009, Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance, COM (2009), 532, final. *Cf.* également KEA, *L'économie de la culture en Europe* (Study on the economy of culture in Europe), 2006, disponible sur : < ec.europa.eu/culture/key-documents/doc873_fr.htm>, Chapter V. A strategy for a creative Europe, p. 185 et s. ; V. CHOBANOV, G. PLÖHN, H. SCHELHAAS (sous dir. de), *Towards a Knowledge-Based Society in Europe*, 10th International Conference on Policies of Economic and Social Development, Sofia, October 5 to 7, 2007, Peter Lang, 2008.

La stratégie pour une économie européenne de l'immatériel a émergé en réaction à l'avènement de l'économie post-industrielle. Sur ce point voir *infra* n° 285 *sq.*

[1424] V. en ce sens p. ex. Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, Bruxelles, 6.10.2010, *Initiative phare Europe 2020, Une Union de l'innovation*, COM(2010) 546 final, p. 21 : « Aujourd'hui plus que jamais, il est donc fondamental de concrétiser la «cinquième liberté», qui consiste en la libre circulation non seulement des chercheurs, mais également des idées novatrices » ; Communication de la Commission, 19.10.2009, *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, COM(2009) 532 final, p. 3 : « […] la diffusion et la circulation des connaissances dans le marché unique entretiennent un lien direct avec les objectifs plus larges de la stratégie de Lisbonne. » ; Commission Européenne, Livre Vert sur Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance, COM(2008) 466/3, p. 3 ; Communication de la Commission du 20.11.2007, Un marché unique pour l'Europe du 21e siècle, COM(2007) 724 final, p. 9.

[1425] V. *infra* n° 278.

[1426] V. *infra* n° 287.

[1427] J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., p. 110 : « [I]f intellectual property law shall « facilitates the distribution of knowledge » and feed the knowledge-based economy, intellectual property rights must be able to circulate in an efficient manner in order to maximize their use and benefits. This requires to have an efficient *vehicle* for this purpose and *an enabling contractual law framework governing intellectual property transactions constitutes such a vehicle* […] ».

[1428] Le rôle de la propriété intellectuelle pour l'élaboration d'un marché unique de l'innovation et de l'immatériel a été dûment reconnu par la Commission européenne. Ainsi, selon la Communication de la Commission, 3.3.2010, *EUROPE 2020 Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive*, COM(2010) 2020, p. 12, les droits de la propriété intellectuelle constituent des conditions-cadres pour la réalisation de l'objectif d'une Union de l'innovation : « À l'échelon de l'Union, la Commission s'efforcera d'*améliorer* les conditions-cadres permettant aux entreprises d'innover (notamment créer un brevet européen unique et une juridiction spécialisée en matière de brevets, moderniser le cadre relatif aux droits d'auteur et aux marques commerciales, améliorer l'accès des PME à la protection de la PI […]) ». Sur le lien entre la réalisation d'une Europe de l'innovation et l'adoption d'un titre unitaire de brevet, v. Proposition de règlement pour brevet de l'UE, 2011 (préc.), p. 1 : « La stratégie Europe 2020 et l'Acte pour le marché

substantiel afférent à la protection des objets immatériels[1429], constitue un dispositif juridique qui affecte directement l'élaboration de l'objectif stratégique d'un marché unique de l'innovation et de la connaissance[1430].

Le caractère inachevé de l'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation et la diversité qui en résulte sont en contradiction avec la réalisation de cet objectif[1431]. Comme nous l'avons vu, la diversité rend la conclusion des contrats d'exploitation européens non attractive. De la sorte, elle a des répercussions négatives sur la circulation de l'innovation et de la connaissance au sein du marché unique et compromet la mise en place d'un marché unique basé sur l'innovation et l'immatériel[1432].

---

unique font tous deux de la création d'une économie fondée sur la connaissance et l'innovation une priorité. Ces deux initiatives visent *à mettre en place un environnement plus propice à l'innovation* pour les entreprises en créant à la fois une protection par brevet unitaire dans les États membres et un système européen unifié de règlement des litiges en matière de brevets. » ; déjà la Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, Bruxelles, 6.10.2010, *Initiative phare Europe 2020, Une Union de l'innovation*, COM(2010) 546 final, p. 17 précise: « [le brevet unitaire] doit donc être adopté sans délai afin de démontrer la ferme volonté de l'UE de devenir une Union de l'innovation. » Par ailleurs, l'intitulé de la stratégie européenne en matière des propriétés intellectuelles « Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle » est significatif en ce sens.

En ce sens, voir J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., p. 90 : « The key role of intellectual property in the shaping of a successful innovation policy has been duly identified in Europe as well as in many other parts of the world : intellectual property constitutes as an important component of the regulatory architecture supporting a competitive knowledge-based economy. This role was confirmed in numerous official EU documents and statements, particularly in the Communication of the EU Commission of May 24, 2011, which states that « European IPR legislation must provide the appropriate « enabling framework » that incentivises investment by rewarding creation, stimulates innovation in an environment of undistorted competition and facilitates the distribution of knowledge ». The European Commission even expressed the view that « IP is the capital that feeds the new economy ».

[1429] J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., p. 90 : « This focus on intellectual property should however not hide the fact that intellectual property rights as well as the intellectual property regulations which protect them *cannot make miracles by themselves* and cannot fully achieve the declared goal of feeding the new economy if intellectual property rights as commercial assets cannot be put to efficient use by third parties with the authorization of the IP owner. » Comp. L. BRENNAN, J. DODD, « A concept proposal for a model intellectual property commercial law », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 257 s. et not. p. 257 : « In order to flourish a commercial sector requires not only property rights, but also recognition and support for the contractual arrangemets involved in utilizing the property rights. »

[1430] J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., *in fine*.

[1431] *Cf.* A. LUCAS, « La longue route vers l'harmonisation du droit d'auteur. Analyse critique », *in* M.-C. JANSSENS (sous dir. de), *Harmonisation of European IP law : from European rules to Belgian law and practice. Contributions in honour of Frank Gotzen*, Bruylant-Larcier, 2012, pp. 17-27 et not. p. 24, à propos de l'harmonisation du droit d'auteur : « Le silence des directives sur la question des contrats est, quant à lui, assourdissant […] ».

[1432] C'est pourquoi il a pu être soutenu que « any regulatory measures taken to harmonize copyright law at the European level must regulate the status of copyright transactions », J. de WERRA, « An essential Brick in the Building of European Copyright : Regulation of Copyright Transactions », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 259 s. et not. pp. 260-261. V. aussi *ibid.* p. 281 : « This constitutes an essential brick in the building of European copyright. »

273.- L'analyse précédente démontre ainsi que la diversité rend la conclusion des contrats d'exploitation européens moins attractive et entrave l'élaboration de l'objectif stratégique d'une Union de l'innovation et de l'immatériel. Par ailleurs, l'efficacité du dispositif du droit international privé, (malgré son caractère uniforme à résoudre les problèmes liés à la diversité des droits nationaux), est limitée. Sur cette base, nous pouvons affirmer que la diversité des droits nationaux en matière de contrats d'exploitation a un impact négatif sur le bon fonctionnement d'un marché unique fondé sur l'innovation et l'immatériel[1433].

[1433] *Cf.* G. ALPA, « The Future of European Contract Law : Some Questions and Some Answers », *in* K. BOELE-WOELKI, W. GROSHEIDE, *The future of European contract law*, Wolters Kluwer, 2007, p. 3 et s. et not. p. 4 : « Furthemore if we accepted only the advantages of diversity (in rules) there would be no need for conventions, multilateral agreements or even the so-called uniform law. » Sur ce fondement, nous ne pouvons pas exclure la légitimité institutionnelle d'une démarche de rapprochement des droits des contrats d'exploitation au niveau européen, afin de faire face à la diversité des droits nationaux. Comp. S. VOGENAUER, S. WEATHERILL, « The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law-an Empirical Contribution to the Debate », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 105 s. et not. p. 139 : « These will have to be assessed and balanced as the political process towards a European contract law unfolds. This will be a complex exercise embracing appreciation of the potentially competing values of diversity local autonomy coherence and uniformity in Europe and in European law, all of which is way beyond the scope of this chapter. However it should have now become clear that it is impossible to deny this process any constitutional legitimacy from the outset. »

Conclusion de la Section 2.

274.- L'analyse précédente a démontré que l'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation est fragmenté et inachevé, ce qui engendre plusieurs problèmes.

D'une part, l'acquis fragmenté présente plusieurs inconvénients intrinsèques. En fait, le caractère ultra-sectoriel du droit européen en matière des contrats d'exploitation d'auteur est à l'origine d'inconsistances terminologiques parmi les dénominations des différentes catégories contractuelles consacrées, ce qui menace la cohérence de la construction. De même, la transposition d'un droit européen sporadique au sein des États membres mène à une harmonisation à caractère « *patchwork* » des droits nationaux. Aussi, l'approche ultra-sectorielle de l'acquis communautaire démontre l'absence de stratégie intégrale concernant l'européanisation du droit des contrats d'exploitation d'auteur, vu que la portée limitée des instruments juridiques d'harmonisation ne semble pas toujours justifiée. Par ailleurs, l'approche sectorielle de l'acquis communautaire en matière des marques a mené à des divergences injustifiées entre les régimes d'exploitation contractuelle des titres nationaux et européens. L'asymétrie des régimes en question est à l'origine des résultats inéquitables pour les licenciés et nuit la clarté du régime des licences de marques au niveau européen.

D'autre part, plusieurs problèmes sont liés au caractère inachevé de l'acquis en matière des contrats d'exploitation. En fait, l'état peu développé de l'acquis dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle est à l'origine des interventions dénaturantes de la CJUE et compromet, entre autres, l'efficacité de la législation européenne et la solidité de la construction du droit européen des contrats d'exploitation. De même, le caractère inachevé de l'acquis maintient le manque d'harmonisation du droit des contrats d'exploitation. Par conséquent, vu le caractère incomplet de l'acquis, les contrats d'exploitation en Europe sont essentiellement régis par les droits nationaux. Or, l'analyse comparée des droits nationaux retenus fait écho d'une divergence assez répandue qui caractérise tant la catégorisation que la réglementation spéciale des contrats d'exploitation. La diversité en résultant a, parmi d'autres, un impact négatif sur le bon fonctionnement du marché unique, surtout à cause de l'insécurité juridique qui crée des couts de transactions additionnels et pose des entraves à la conclusion des contrats transfrontiers.

Pour les raisons susvisées, l'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation, tel qu'en vigueur à l'heure actuelle, peut être qualifié d'insuffisant.

Conclusion du Chapitre I.

275.- L'analyse critique précédente a révélé la faiblesse qui caractérise le droit spécial actuel des contrats d'exploitation des propriétés intellectuelles.

D'une part, l'insuffisance touche les droits nationaux examinés. En fait, l'état actuel de catégorisation des contrats d'exploitation se caractérise par des dénominations peu réussies et des distinctions parfois non opératoires. De même, les contours des catégories établies, à savoir, les définitions et les éléments essentiels des contrats d'exploitation nommés, sont imprécis. De plus, le régime spécial des contrats d'exploitation est lacunaire et ambigu, ce qui renforce l'insécurité juridique des parties. Par ailleurs, les remèdes utilisés à l'heure actuelle pour combler et clarifier le régime des contrats d'exploitation, à savoir, la volonté des parties et l'apport doctrinal dans ses différentes formes (application du droit commun des contrats, double qualification, interventions *ad hoc*) ont une efficacité limitée.

D'autre part, l'insuffisance touche l'acquis communautaire en matière des contrats d'exploitation. En fait, l'acquis actuel fragmenté et inachevé compromet l'efficacité de la législation européenne ainsi que la solidité de la construction du droit européen des contrats d'exploitation alors que, souvent, il est à l'origine des résultats inéquitables. De plus, le manque d'harmonisation du droit des contrats d'exploitation, due au caractère inachevé de l'acquis conserve une divergence assez répandue des droits nationaux des contrats d'exploitation. La diversité en résultant a, parmi d'autres, un impact négatif sur le bon fonctionnement du marché unique, surtout à cause de l'insécurité juridique qui crée des couts de transactions additionnels et pose des entraves à la conclusion des contrats transfrontiers.

De manière synthétique, nous pouvons affirmer qu'à l'heure actuelle, l'insuffisance du droit spécial des contrats d'exploitation en Europe est globale : elle caractérise tant les droits nationaux que l'acquis communautaire, elle concerne tant la catégorisation que la réglementation spéciale des contrats d'exploitation et elle touche toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle (droit d'auteur, brevets, marques) ainsi que l'ensemble des niveaux d'exploitation (primaire-secondaire).

L'insuffisance étant démontrée, il convient à présent de réfléchir sur le traitement de celle-ci (Chapitre II).

CHAPITRE II.- LE TRAITEMENT DE L'INSUFFISANCE.

276.- Au sein du chapitre précédent nous avons mis en exergue l'insuffisance globale caractérisant le cadre juridique spécial des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle, aussi bien dans des droits nationaux examinés qu'au niveau européen. Une fois cette insuffisance appréciée et démontrée, il faut préciser à présent la question du traitement de celle-ci. En fait, une étude critique du cadre juridique actuel des contrats d'exploitation ne semble pas utile si elle n'est pas suivie d'une réflexion portant sur le traitement des faiblesses détectées. S'impose ainsi un choix préliminaire : agir ou ne pas agir ? Par la suite, nous allons démontrer qu'il est nécessaire de remédier à l'insuffisance du cadre juridique actuel des contrats d'exploitation de manière active (Section 1) afin de reconstruire le droit spécial des contrats d'exploitation en Europe (Section 2).

Section 1.- La nécessité de remédier à l'insuffisance du cadre juridique actuel des contrats d'exploitation.

277.- Par définition et de manière générale, un cadre juridique n'a d'autre fonction que celle d'être performant, donc de faciliter, simplifier et sécuriser les échanges contractuels. Il n'en reste pas moins qu'il est toujours envisageable de s'abstenir de toute action[1434]. Une telle option pourrait être justifiée par la conviction que la dimension du problème de l'insuffisance du cadre juridique actuel des contrats d'exploitation, tant au niveau national qu'au niveau européen ne devrait pas être surestimée. De manière similaire, il pourrait être soutenu que les enjeux liés aux contrats en question et, par ricochet, à la faiblesse du cadre juridique y afférent ne sont pas très importants. Si tel est le cas, le problème en question ne nécessiterait pas un traitement urgent. Par ailleurs, le choix de l'inaction pourrait être privilégié sur la base d'une analyse économique comparant les coûts et bénéfices entre l'action et l'inaction.
Nous pensons quant à nous que des enjeux de taille considérable sont liés aux contrats d'exploitation. Sur ce fondement, une action contre l'insuffisance du cadre juridique actuel parait nécessaire. Nous allons ensuite étudier l'importance des contrats d'exploitation (§2) telle qu'elle est déterminée par l'importance de leurs objets, à savoir l'importance des droits de propriété intellectuelle (§1).

§1.- L'importance des droits de propriété intellectuelle.

L'importance des droits de propriété intellectuelle se reflète à travers leur rôle primordial au sein de l'économie de l'immatériel (A), tant au niveau microéconomique (B) qu'au niveau macroéconomique (C).

[1434] Cette option figure très souvent au sein des consultations publiques lancées au niveau européen. Voir par exemple la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement *Européen concernant le droit européen des contrats* du 11.07.2001, COM(2001) 398 final, Option I, p. 15 et s.

A.- Le rôle primordial des droits de propriété intellectuelle au sein de l'économie de l'immatériel.

278.- De l'économie industrielle à l'économie de l'immatériel. Notre société (en même temps l'économie de cette dernière) a quitté l'ère industrielle et est passée à l'ère post-industrielle suite aux transformations économiques survenues durant les 30 dernières années. L'ère post-industrielle se caractérise par un changement de paradigme concernant la source de richesse. Alors qu'auparavant la richesse était fondée sur la possession de biens tangibles (physiques), désormais, l'immatériel constitue la nouvelle richesse[1435]. En réalité, la base industrielle (du moins européenne[1436]) s'est réduite[1437] et l'économie se fonde de plus en plus sur l'immatériel dans ses multiples expressions (idées, connaissance, savoir-faire, informations…)[1438] et de moins en moins sur les biens matériels. Il a pu être soutenu que « *the bricks and mortar economy is being replaced with the economy of ideas* »[1439] et que « [l]es usines sont progressivement remplacées par des communautés créatives, dont la matière première est leur capacité à imaginer, à créer et à innover »[1440]. Ainsi, l'avènement de l'immatériel signalise le *passage de l'économie industrielle à une économie immatérielle*[1441].

[1435] K. IDRIS, WIPO, *Intellectual Property* : *A Power Tool for Economic Growth*, 2003, p. 55 : « Throughout the history of human civilization, wealth was based on the possession of physical assets. Today, however, the paradigm has changed, and knowledge has become the new wealth. » En ce sens M. LEVY, J.– P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain,* Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, La Documentation française, nov. 2006. Disponible sur < www.minefi.gouv.fr/directions_services/sircom/technologies_info/immateriel/immateriel.pdf>, p. 10 : « La montée en puissance du capital immatériel par rapport au capital physique […] a pris depuis les années 1980 une nouvelle dimension et les économies de l'OCDE ont atteint un point de basculement : désormais la dynamique de la croissance et de la création de valeur repose avant tout sur des éléments immatériels ». Comp. Commission Européenne, Livre Vert, *Libérer le potentiel des industries culturelles et créatives,* COM(2010) 183/3, p. 3, selon laquelle la valeur immatérielle détermine de plus en plus la valeur concrète. Déjà J.-M. LELOUP, « La création de contrats par la pratique commerciale », *in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René Savatier*, PUF, 1986, pp. 167-177, not. p. 170-172, parlant de la « primauté des valeurs incorporelles ».

[1436] The Economist Intelligence Unit, *The value of knowledge, European firms and the intellectual property challenge*, 2007. Disponible sur : < http://graphics.eiu.com/files/ad_pdfs/eiu_EuropeIPR_wp.pdf>, p. 2.

[1437] OCDE, *Actifs intellectuels et création de valeur*, Rapport de synthèse, 2008. Disponible sur : < www.oecd.org/dataoecd/0/31/40825836.pdf >, p. 7.

[1438] The Economist Intelligence Unit, *The value of knowledge, European firms and the intellectual property challenge*, 2007. Disponible sur : < http://graphics.eiu.com/files/ad_pdfs/eiu_EuropeIPR_wp.pdf>, p. 2.

[1439] K. IDRIS, WIPO, *Intellectual Property* : *A Power Tool for Economic Growth*, 2003, p. 55. Comp. P. DRAHOS, « The universality of intellectual property rights : origins and development », disponible sur : <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_unhchr_ip_pnl_98/wipo_unhchr_ip_pnl_98_1.pdf>, p. 24 : « Intellectual property regimes have moved to the center stage of trade regulation and global markets. The old capitalism was a capitalism of goods, factories and labor. These days, factories and labor, even skilled labor, are in abundant supply. The new capitalism is at its core about the control of information and knowledge. »

[1440] Commission Européenne, Livre Vert, Libérer le potentiel des industries culturelles et créatives, COM(2010) 183/3.

[1441] M. LEVY, J.– P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain,* Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, La Documentation française, nov. 2006. Disponible sur < www.minefi.gouv.fr/directions_services/sircom/technologies_info/immateriel/immateriel.pdf>, p. 26 ; déjà M. VIVANT, « L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », *JCP G*, 2000, n° 1-2, p. 10 s. et not. p. 11 :

279.- La créativité et l'innovation, piliers de l'économie de l'immatériel[1442]**.** La créativité et l'innovation sont les matières premières pour produire les ressources les plus importantes au sein de l'économie de l'immatériel, à savoir, les idées et la connaissance. Ceci a été dûment reconnu par les Institutions européennes qui ont effectivement donné priorité à la transformation de l'économie européenne vers une économie fondée sur la connaissance et l'innovation[1443]. La créativité et l'innovation constituent les concepts génériques qui font l'objet de plusieurs déclinaisons telles que la créativité artistique ou culturelle, l'innovation commerciale et l'innovation technologique[1444]. C'est pour cette raison que l'économie de l'immatériel se dessine comme économie du savoir[1445], économie de la connaissance[1446], économie de l'innovation[1447] ou économie de la culture[1448]. Toute forme d'innovation et de créativité émane des personnes physiques ayant une activité intellectuelle créative[1449]. Sur cette base, l'activité intellectuelle, productrice d'innovation, de créativité et de connaissance constitue le moteur de l'économie de l'immatériel[1450]. Il est significatif que

---

« Nos sociétés sont des sociétés de l'innovation. […] L'immatériel est, à n'en pas douter, la clef, sinon du millénaire qui vient du moins des décennies qui vont l'ouvrir. »

[1442] Nous adoptons dans ce paragraphe une vision de l'immatériel sous le prisme économique/mercantiliste, sans toutefois sous-estimer les autres dimensions qu'il présente, telles que la dimension culturelle, morale ou esthétique. S'il est vrai que « les affaires, le commerce et leur droit [le droit de propriété intellectuelle dans son aspect patrimonial] sont d'abord fondés sur des échanges des biens », et que les biens immatériels pourraient être désignés par le terme *marchandise* ou *produit*, (v. sur ce point D. MAINGUY, « Réflexions sur la notion de produit en droit des affaires », *RTD com*., 1999, p. 47, *passim*.), il ne faut pas, toutefois, ignorer la valeur inhérente de certains objets immatériels, notamment des créations artistiques, et non plus les réduire à des simples marchandises. Il faut, donc, être attentif à ce que la considération économique ne devienne une référence unique pour la créativité artistique. V. en ce sens, D. KALLINIKOU, « La contribution de la propriété littéraire et artistique dans l'art et l'économie », *ChrID*, H/2008, p. 679 s. et not. p. 682. Sur la problématique de la « marchandisation » de la création artistique v. parmi d'autres M. VIVANT, (sous dir. de), *Propriété intellectuelle et mondialisation, La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?* Actes du colloque 27-28 juin 2002, Montpellier, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2004, *passim* ; X. GREFFE, *Économie de la propriété artistique*, Economica 2005, p. 5 ; J.-M. BRUGUIERE, « Introduction », *in* J.-M. BRUGUIERE, (sous dir. de), *Droit d'auteur et culture*, collection Thèmes et commentaires, La propriété intellectuelle autrement, Dalloz, 2007, p. 1 et s. et not. p. 4 ; M.-A. FRISON- ROCHE, « L'interférence entre les propriétés intellectuelles et les droits des marchés, perspective de régulation », *in* M.-A. FRISON-ROCHE, A. ABELLO (sous la dir. de), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, L.G.D.J., 2005, p. 15 et s., not. p. 23.

[1443] V. *infra* 285 *sq.*

[1444] *Cf.* KEA, *L'économie de la culture en Europe* (Study on the economy of culture in Europe), 2006, disponible sur : < ec.europa.eu/culture/key-documents/doc873_fr.htm>, p. 41.

[1445] P. ex. N. BINCTIN, « Quel avenir pour le capital intellectuel ? », *Bulletin Joly Sociétés*, 01 déc. 2009, p. 1180.

[1446] P. ex. Commission Européenne, Livre Vert sur *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, COM(2008) 466/3. C'est au sein de l'économie de la connaissance que se déroule la « guerre » de la connaissance, la concurrence entre les états relative aux investissements sur la connaissance, v. « La bataille des « superpuissances du savoir » », *Kathimerini*, 28/09/2011.

[1447] Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions**,** Bruxelles, 6.10.2010, *Initiative phare Europe 2020, Une Union de l'innovation*, COM(2010) 546 final, p. 25.

[1448] KEA, *L'économie de la culture en Europe* (Study on the economy of culture in Europe), 2006, disponible sur : < ec.europa.eu/culture/key-documents/doc873_fr.htm>, p. 39.

[1449] KEA, *L'économie de la culture en Europe* (Study on the economy of culture in Europe), 2006, disponible sur : < ec.europa.eu/culture/key-documents/doc873_fr.htm>, p. 38. *Cf.* les « communautés créatives/ *creative commons* ».

[1450] En ce sens M. LEVY, J.-P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, La Documentation française, nov. 2006, disponible sur <www.minefi.gouv.fr/directions_services/sircom/technologies_info/immateriel/immateriel.pdf>, p. 14 : « Pour les

l'innovation et la créativité ne sont plus contenues dans le cadre étroit du laboratoire de recherche des compagnies de haute technologie. En revanche, elles embrassent de plus en plus des produits et des services. Ainsi, il apparaît que désormais, au-delà des secteurs industriels où l'utilisation de propriété intellectuelle est traditionnelle (industries culturelles, télécommunications, industries pharmaceutiques...), tous les secteurs de l'industrie s'appuient sur les actifs immatériels[1451]. L'innovation et la créativité sont ainsi omniprésentes[1452].

280.- Les droits de propriété intellectuelle, la monnaie de l'économie post-industrielle. Les droits de propriété intellectuelle protègent des objets intellectuels dotés de créativité et d'innovation (œuvres de l'esprit, inventions, marques)[1453]. Pour les économistes, la reconnaissance des droits exclusifs portant sur des objets immatériels créatifs et innovants –les droits (d'exploitation) de propriété intellectuelle- mène à la constitution d'une *rareté économique*. La maitrise économique exclusive conférée par un tel droit sur les objets immatériels mène à la création d'une valeur économique persistante[1454] et évaluable. Ceci rend possible la commercialisation et la participation

---

économies désormais proches de la frontière technologique, le principal vecteur de la croissance devient l'innovation et l'ensemble des facteurs qui contribuent à son développement. » ; KEA, *L'économie de la culture en Europe* (Study on the economy of culture in Europe), 2006, disponible sur : <ec.europa.eu/culture/key-documents/doc873_fr.htm>, p. 38 : « What increasingly matters today, and consitutes a distinctive competition parametere, lies in […] creativity » ; N. BINCTIN, « Quel avenir pour le capital intellectuel ? », *Bulletin Joly Sociétés*, 01 déc. 2009, p. 1180 et s., pour qui toutes les innovations participent au mouvement économique de l'économie du savoir.

[1451] En ce sens R. PARR, G. SMITH, *Intellectual property : valuation, exploitation, and infringement damages*, Hoboken ,Wiley, 2010, p. 4. Bien sûr, il est logique que certains secteurs d'activité s'appuient sur les actifs immatériels dans un degré supérieur et, de ce fait, le *licensing* est plus développé. V. ainsi ICC, *Intellectual Property : Powerhouse for Innovation and Economic Growth*, 10e éd., disponible sur : <www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/bascap/value-of-ip/ip-and-economic-growth/>, p. 17 : « Licensing is more developed in the information technology, biotechnology and chemical industries, and is even more prevalent among small firms and universities than larger firms. » *Contra* Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 158 : « le *licensing* demeure dans l'ensemble essentiellement le fait d'un assez petit nombre de secteurs d'activité. »

[1452] V. M. LEVY, J.-P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, La Documentation française, nov. 2006, disponible sur < www.minefi.gouv.fr/directions_services/sircom/technologies_info/immateriel/immateriel.pdf>, p. 14, parlant d' « innovation généralisée ». ; M. VIVANT, « L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », *JCP G*, 2000, n° 1-2, p. 10 s. : « L'immatériel, de fait, est partout. Là où on l'attend : qu'on songe au cyberespace si fortement médiatisé aujourd'hui, espace qu'on dit curieusement mais symptomatiquement « virtuel » Mais là même où on ne l'attend pas : le voici présent sous forme de logiciel dans la cuisse de poulet évoquée il y a quelques années par Dominique Nora. » Comp. <www.ibm.com/ibm/licensing/> : « IBM's know-how, along with IP assets, skills, and infrastructure, reaches into nearly every industry and every discipline of science and technology.»

[1453] V. *infra* n°304.

[1454] La constitution d'une rareté économique rend les objets immatériels en biens excluables. L'exclusivité attribuée au titulaire du droit privatif confère la faculté de soumettre l'accès libre aux objets immatériels au paiement d'une somme d'argent, ce qu'empêche que la valeur d'échange périsse. Cette somme prend la plupart de fois la forme de royalties qui sont payés par les exploitants et indirectement par les utilisateurs finaux. V. sur cette question, F. LEVEQUE, Y. MENIERE, *Économie de la propriété intellectuelle*, La découverte, 2003, p. 8 ; J. FARCHY, « L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : une approche réductrice pourtant indispensable », *Propriétés Intellectuelles*, n° 21, Octobre 2006, p. 388 s. et not. p. 389 ; J. FARCHY, « Des nouveaux modèles pour le droit d'auteur, le point de vue de l'économiste », *Propriétés Intellectuelles*, octobre 2007, n° 25, p. 404, not. p. 406. Comp. D. –E. D'AMATO A., LONG (sous dir. de), *International Intellectual Property Law*, Kluwer Law International, 1997, p. 44 : « By providing

de ces objets dans la vie des affaires et l'économie du marché[1455]. Il en émerge le marché du savoir et le commerce de l'innovation[1456]. La reconnaissance d'une valeur marchande aux objets intellectuels attribue par ricochet une dimension économique à la créativité et l'innovation[1457]. Ceci

---

exclusive property rights in return for the production of scarce intellectual goods, statutory intellectual property law seeks to overcome the risk of market failure that inheres in public goods generally and to ensure that free-riders do not appropriate the benefits that would otherwise accrue to investors in research and development. »

[1455] Autrement dit, ces objets immatériels deviennent une *matière négociable*. Sur ce point v. Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 156). *Cf.* WIPO, *Guide on the surveying the economic contribution of the copyright-based industries*, Geneva 2003, disponible sur : < www.wipo.int/*copyright*/en/publications/pdf/*copyright*_pub_893.pdf >, n° 67, p. 19, à propos du droit d'auteur mais transposable à tous les droits de propriété intellectuelle : « Being a property right, the copyright in a work acquires a value which can be measured, it enables it to be traded and to participate fully in economic life. » Par ailleurs, la commercialisation des droits de propriété intellectuelle mène à l'émergence des nouveaux marchés spécialisés. En ce sens Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 156. V. aussi *infra* n°406 *sq.* sur la diversité desdits marchés

[1456] V. p. ex. A. MONK, « The emerging market for intellectual property : drivers, restrainers, and implications », *Journal of Economic Geography*, 2009, 9(4), pp. 469-491 ; A. ARORA, A. GAMBARDELLA, « Ideas for rent : an overview of markets for technology », *Industrial and Corporate Change*, 2010, n° 19 (3), pp. 775-803.

[1457] Certes, dans ce contexte apparaît la question de l'évaluation financière des droits de propriété intellectuelle. Or, l'évaluation des actifs intellectuels reste problématique, malgré l'activité récente tant au niveau européen qu'international sur cette question. V. les normes comptables IFRS 3 (2005), <www.ifrs.org>. Référence faite sur Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 165 et s. Pour une présentation des normes d'évaluation des droits de propriété intellectuelle au niveau international, v. R. GHAFELE, « Getting a Grip on Accounting and Intellectual Property », disponible sur : < www.wipo.int/sme/en/documents/ip_accounting.html>. Pour la question d'évaluation des droits de propriété intellectuelle en tant que sûretés, v. UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions, Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, 2011, disponible sur : < www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lg/e/10-57126_Ebook_Suppl_SR_IP.pdf> et les travaux du Groupe de travail VI, *Droits de suretés. Adde* Ch. MARION, J. HERBET, « IFRS should also be a concern for lawyers », *RDAI/International Business Law Journal*, n° 3, 2006, pp. 430-438.

Sur l'évaluation des droits de propriété intellectuelle en général v. not. en bibliographie française, G. HENRY, *L'évaluation en droit d'auteur*, Litec, coll. IRPI n° 30, 2007 ; H. COLLETTE, « Méthode d'évaluation du prix d'une technologie », *Propriété industrielle*, n° 5, Mai 2006, étude 14 ; Centre Paul Roubier, *La Valeur des droits de propriété industrielle*, journée d'étude, Lyon, 2005, Collection du CEIPI, n° 53, éd. LexisNexis-Litec 2006 ; Ch. DERAMBURE, « L'évaluation financière des brevets », *in* Centre Paul Roubier, *La Valeur des droits de propriété industrielle*, journée d'étude, Lyon, 2005, Collection du CEIPI, n° 53, éd. LexisNexis-Litec 2006, p. 43 s. ; M. LEVY, J.-P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, La Documentation française, nov. 2006, disponible sur < www.minefi.gouv.fr/directions_services/sircom/technologies_info/immateriel/immateriel.pdf>, p. 20 ; N. BINCTIN, « Le rôle des usages dans l'évaluation des biens intellectuels », *Cahiers de droit de l'entreprise*, Dossier - Les usages et pratiques professionnelles en droit de la propriété intellectuelle, n° 4, Juillet 2008, p. 36. En bibliographie internationale, UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions, Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, 2011, disponible sur : <www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lg/e/10-57126_Ebook_Suppl_SR_IP.pdf> ; United Nations Economic Commission for Europe (UNECE), *Intellectual Property Commercialization, policy options and practical instruments*, 2011, disponible sur : <www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/publications/ip.pdf>. *Adde*, International Chamber of Commerce (ICC), *Current and emerging intellectual property issues for business : A roadmap for business and policy makers*, 10e éd., 2010, disponible sur <www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/intellectual_property/pages/Roadmap%202010%20ENGLISH%20WEB%20%5Bupdated_Dec_%20FINAL%5D.pdf>, p. 52 : « Due to the unique nature of IPR, the method for IPR valuation is typically selected on a case-by-case basis, and a combination of methods is sometimes used in an effort to show a fair range of values for a particular IPR. » Rappr. OCDE, *Actifs intellectuels et création de valeur*, Rapport de synthèse, 2008, disponible sur : < www.oecd.org/dataoecd/0/31/40825836.pdf >, p. 5, pour la liaison entre les risques liés à

dit, la reconnaissance des droits de propriété intellectuelle permet la transformation des objets immatériels dotés d'innovation et de créativité en *actifs commerciaux immatériels* ou incorporels (*intangible assets*), ou mieux, en *actifs intellectuels*[1458]. Ainsi, les droits d'auteurs, les marques, les brevets constituent des actifs intellectuels par excellence[1459]. De manière subséquente, l'ensemble des droits de propriété intellectuelle faisant partie du patrimoine d'une personne forment le *capital intellectuel*[1460] (ou capital cognitif[1461] ou patrimoine intellectuel[1462]). La propriété intellectuelle a

---

l'investissement sur les actifs immatériels et la non-divulgation des informations spécifiques les concernant de la part des entreprises-titulaires. « « Determining the value of patented inventions is akin to a guessing game » said a speaker at the World Intellectual Property Organization yesterday », IP rights watch, 11 feb. 2011, disponible sur : <www.ip-watch.org/weblog/2011/02/11/economist-breadth-of-patent-portfolio-better-than-betting-on-one-winner/>.

[1458] En ce sens, le Directeur général de l'OMPI, Francis Gurry affirme que « La propriété intellectuelle constitue le moyen principal de traduire le savoir en actifs commerciaux ». Alors que parfois les termes « actifs immatériels » et « actifs intellectuels » sont utilisés comme synonymes (v. par ex. OCDE, *Actifs intellectuels et création de valeur*, Rapport de synthèse, 2008, disponible sur : < www.oecd.org/dataoecd/0/31/40825836.pdf >, p. 9), nous préférons de voir une relation de général-spécial entre ces termes. Plus précisément, les actifs immatériels (terme générique) comprenaient tous les actifs qui n'ont pas de substance physique (v. p.ex. un tel inventaire sur M. DEMOTES-MAINARD, *La connaissance statistique de l'immatériel*, Groupe de Voorburg sur la Statistique des Services, 18ème session, Tokyo, 6-10 Octobre 2003, disponible sur : <ebookbrowse.com/demotes-mainard-pdf-d35401899>) alors que les actifs intellectuels (terme spécifique) seraient les actifs immatériels générés par un processus intellectuel, les propriétés intellectuelles étant des actifs intellectuels par excellence. La terminologie pourrait être exprimée par le schéma suivant : Actifs commerciaux > actifs immatériels > actifs intellectuels > actifs technologiques …

[1459] OCDE, *Actifs intellectuels et création de valeur*, Rapport de synthèse, 2008, disponible sur : < www.oecd.org/dataoecd/0/31/40825836.pdf >, pp. 10-12 ; N. BINCTIN, « Quel avenir pour le capital intellectuel ? », *Bulletin Joly Sociétés*, 01 déc. 2009, p. 1180 et s. Néanmoins, parfois les inventions absorbent toute la valeur sémantique du terme de sorte que le terme « actifs intellectuels » renvoie exclusivement aux brevets d'inventions. V. p.ex. OCDE, *Actifs intellectuels et création de valeur*, Rapport de synthèse, 2008, disponible sur : < www.oecd.org/dataoecd/0/31/40825836.pdf >, p. 14 ; N. BINCTIN, « À la recherche d'une rationalisation de la gestion des actifs intellectuels de l'état », *Propriété industrielle*, 2009, n° 10, p. 3 -4, analysant le décret n° 2009-645 du 9 juin 2009 (JO 10 juin 2009) relatif à la valorisation des actifs intellectuels de l'État (français) dont la portée se réduit aux seules inventions.

[1460] V. not. N. BINCTIN., *Le capital intellectuel*, Litec, 2007. C'est le « *capital des talents, de la connaissance, du savoir* », M. LEVY, J.– P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, La Documentation française, nov. 2006. Disponible sur < www.minefi.gouv.fr/directions_services/sircom/technologies_info/immateriel/immateriel.pdf>, p. 9. Le capital intellectuel fait partie du capital immatériel. En ce sens, v. M. DEMOTES-MAINARD, *La connaissance statistique de l'immatériel*, *op. cit.* ; M. LEVY, J.- P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, La Documentation française, nov. 2006. Disponible sur < www.minefi.gouv.fr/directions_services/sircom/technologies_info/immateriel/immateriel.pdf>, p. 10.

Le terme « portefeuilles des droits de propriété intellectuelle (*IP portofolios*)» est aussi utilisé en pratique. V. p. ex. M. LEVY, J.– P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, La Documentation française, nov. 2006. Disponible sur < www.minefi.gouv.fr/directions_services/sircom/technologies_info/immateriel/immateriel.pdf>, *passim* ; The Economist Intelligence Unit, *The value of knowledge, European firms and the intellectual property challenge*, 2007. Disponible sur : < http://graphics.eiu.com/files/ad_pdfs/eiu_EuropeIPR_wp.pdf>, p. 2 ; WIPO, *Guide on the surveying the economic contribution of the copyright-based industries*, Geneva 2003, disponible sur : < www.wipo.int/*copyright*/en/publications/pdf/*copyright*_pub_893.pdf >, n° 90, p. 23, faisant référence au *portfolio of copyright assets*. Les textes officiels de l'UE font aussi référence au terme portefeuille. V. à titre indicatif ; Recommandation de la Commission, concernant la gestion de la propriété intellectuelle dans les activités de transfert de connaissances et un code de bonne pratique destiné aux universités et aux autres organismes de recherche publics, 10 avril 2008, JO. n° L 146, du 5.06.2008, p. 19 et s. ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au comité économique et social européen, Une stratégie dans le domaine des droits de propriété industrielle pour l'Europe, COM(2008) 465 final, Bruxelles, le 16.7.2008, p. 4-5.

[1461] OCDE, *Actifs intellectuels et création de valeur*, Rapport de synthèse, 2008, disponible sur : < www.oecd.org/dataoecd/0/31/40825836.pdf >, p. 9.

ainsi quitté le monde clos des sciences juridiques pures, pour entrer dans la vie économique[1463]. L'avènement de l'économie de l'immatériel a conduit à la hausse des actifs intellectuels[1464]. En pratique, actuellement le monde « baigne » dans la propriété intellectuelle[1465] car les droits de propriété intellectuelle, en tant qu'actifs intellectuels par excellence, constituent la *monnaie de la nouvelle économie*[1466]. Sur cette base, il n'est pas alors exagéré d'affirmer que la propriété intellectuelle est « la nouvelle richesse des nations[1467] ».

Il semble utile sur ce point d'examiner de manière plus précise, l'importance économique des propriétés intellectuelles, tant au niveau microéconomique que macroéconomique[1468].

[1462] Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 155.

[1463] Y. REBOUL, Avant-propos de Ch. SIMLER, *Droit d'auteur et droit des biens*, Coll. du CEIPI n° 55, LexisNexis, 2010.

[1464] Il faut, toutefois, mentionner l'ascension parallèle de l'anti-modèle du capital intellectuel, à savoir, le modèle du libre. Pour la coexistence de deux modèles v. à titre indicatif The Economist Intelligence Unit, *The value of knowledge, European firms and the intellectual property challenge*, 2007. Disponible sur : < http://graphics.eiu.com/files/ad_pdfs/eiu_EuropeIPR_wp.pdf>, p. 14 ; Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 155, p. 109 et s. et not p. 113.

[1465] The Economist Intelligence Unit, *The value of knowledge, European firms and the intellectual property challenge*, 2007. Disponible sur : < http://graphics.eiu.com/files/ad_pdfs/eiu_EuropeIPR_wp.pdf>, p. 4 : « […] the world *is now awash with IP* ».

[1466] Sur ce point v. ICC, *Intellectual Property : Powerhouse for Innovation and Economic Growth*, 10e éd., disponible sur: <www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/bascap/value-of-ip/ip-and-economic-growth/>, p. 2 : « IPR has truly become an 'intellectual currency' […] » et *idem*, p. 18, parlant de la fonction de la propriété intellectuelle en tant que « monnaie intellectuelle » (*'intellectual currency'*) ; The Economist Intelligence Unit, *The value of knowledge, European firms and the intellectual property challenge*, 2007. Disponible sur : < http://graphics.eiu.com/files/ad_pdfs/eiu_EuropeIPR_wp.pdf>, p. 13 : « IP is the currency of the relationship ».

[1467] V. BLANC, A. EL BACHA, *La Propriété intellectuelle, la nouvelle richesse des nations*, Éditions Investmark, 1997 ; référence faite également par Y. REBOUL, Avant propos de Ch. SIMLER, *Droit d'auteur et droit des biens*, Coll. du CEIPI n° 55, LexisNexis, 2010 : « La propriété intellectuelle [est] considérée à juste titre aujourd'hui, comme l'un des principaux fournisseurs de la richesse des nations. »

[1468] Pour une approche similaire, v. International Chamber of Commerce (ICC), *Current and emerging intellectual property issues for business : A roadmap for business and policy makers*, 10e éd., 2010, disponible sur < www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/intellectual_property/pages/Roadmap%202010%20ENGLISH%20WEB%20%5Bupdated_Dec_%20FINAL%5D.pdf>, p. 52 : « Intellectual property rights are now recognized as valuable assets in businesses. » ; M. LEVY, J.– P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, La Documentation française, nov. 2006. Disponible sur < www.minefi.gouv.fr/directions_services/sircom/technologies_info/immateriel/immateriel.pdf>, p. 7 : « *Les entreprises comme les Etats* doivent investir massivement dans les éléments immatériels. » ; ICC, *Intellectual Property : Powerhouse for Innovation and Economic Growth*, 10e éd., disponible sur: <www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/bascap/value-of-ip/ip-and-economic-growth/>, p. 2 : « As the 'knowledge economy' advances, more and more of the value that *firms* [niveau microeconomique] and the *overall economy* achieve [niveau macroeconomique] will come from high value-added intangibles—including IP in inventions, brands and works. » *Cf.* OCDE, *Actifs intellectuels et création de valeur*, Rapport de synthèse, 2008, disponible sur : < www.oecd.org/dataoecd/0/31/40825836.pdf >, p. 7.

B.- L'importance économique des droits de propriété intellectuelle au niveau microéconomique.

1°.- L'orientation des acteurs économiques vers le capital intellectuel.

281.- L'importance économique des propriétés intellectuelles au niveau microéconomique s'exprime par la tendance selon laquelle le capital physique laisse sa place au capital intellectuel[1469]. D'après le paradigme de l'économie industrielle, la valeur d'une entreprise était majoritairement constituée de ses actifs traditionnels physiques et financiers (tels qu'usines, sol, minéraux, etc.). Il est significatif que plusieurs entreprises soient désormais dépourvues de base manufacturière[1470]. De même, très souvent, les droits de propriété intellectuelle représentent la plus grande partie de la valeur d'une entreprise innovante[1471]. Il est possible que les droits de propriété intellectuelle représentent plus des trois quarts (>75%) de la valeur d'une entreprise[1472] et, dans certains secteurs économiques, cette proportion peut dépasser 90% de la valeur totale[1473]. Ceci démontre que la

---

[1469] Le capital physique constitue désormais une pensée secondaire (« *afterthought* »), R. PARR, G. SMITH, *Intellectual property : valuation, exploitation, and infringement damages*, Hoboken, Wiley, 2010, p. 5. Selon M. LEVY et J.-P. LOUYET (*op. cit.*, p. 12), « [l]'entreprise limite au maximum son capital physique traditionnel (bâtiments, usines, machines, équipement) […] ».

[1470] *Cf.* le thème d' « entreprise sans usine » lancé par Serge Tchuruk, cité sur Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 161. V. aussi pour une illustration *ibid.*, p. 158 (le group Polo Ralph Lauren).

[1471] ICC, *Intellectual Property : Powerhouse for Innovation and Economic Growth*, 10e éd., disponible sur : <www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/bascap/value-of-ip/ip-and-economic-growth/>, p. 19.

[1472] V. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle. Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix, Bruxelles, le 24.5.2011, COM(2011) 287 final, p. 10 et p. 6, présentant certains illustrations ; ICC, *Intellectual Property : Powerhouse for Innovation and Economic Growth*, 10e éd., disponible sur: <www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/bascap/value-of-ip/ip-and-economic-growth/>, p. 2 : « In many companies even now, 80% or more of their market value is attributable to intangibles, including IP. » ; Benoit Battistelli (anc. directeur général de l'INPI), « La propriété industrielle, créatrice de valeur pour l'entreprise », *Les Echos*, 12 juin 2006, p. 15 (cité par Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 165 : « 75 à 90 % de la capitalisation boursière des entreprises cotées est constituée par des actifs immatériels ». V. aussi Communication de la commission au parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, L'Acte pour le marché unique, Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance, « Ensemble pour une nouvelle croissance », Bruxelles, le 13.4.2011, COM(2011) 206 final, p. 8 : « entre 45 et 75 % des ressources des grandes entreprises sont liées à leurs droits de propriété intellectuelle. »

[1473] V. Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 165, se référant aux secteurs du développement de logiciel (cas de Microsoft) ou bien du commerce électronique de détail (cas d'Amazon.de) ; ICC, *Intellectual Property : Powerhouse for Innovation and Economic Growth*, 10e éd., disponible sur: <www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/bascap/value-of-ip/ip-and-economic-growth/>, p. 2 : « In some small companies, the only value is the intellectual property they own in an exciting new innovation that they have developed. »

valeur d'une entreprise dépend de son capital intellectuel[1474], surtout lorsque la valeur marchande d'un droit de propriété intellectuelle peut être très élevée[1475].

2°.- Les droits de propriété intellectuelle, des actifs stratégiques pour les entreprises.

282.- Ainsi que précédemment examiné, l'activité intellectuelle, productrice d'innovation, de créativité et de connaissance constitue le moteur de l'économie de l'immatériel. Par conséquent, la capacité à innover, à créer et à produire des idées est un facteur critique pour la croissance des entreprises[1476] et, donc, un atout compétitif pour tout acteur économique au sein de l'économie de l'immatériel[1477]. De leur côté, les droits de propriété intellectuelle sont voués à protéger la production innovatrice et créative d'une entreprise. Ceci étant, l'acquisition des droits de propriété intellectuelle devient un atout compétitif pour les entreprises[1478]. Les droits de propriété intellectuelle constituent ainsi actuellement un capital très convoité par les tiers-extérieurs à la protection octroyée par le dispositif de protection[1479]. De plus en plus d'entreprises s'orientent vers

---

[1474] V. en ce sens The Economist Intelligence Unit, *The value of knowledge, European firms and the intellectual property challenge*, 2007. Disponible sur : < http://graphics.eiu.com/files/ad_pdfs/eiu_EuropeIPR_wp.pdf>, p. 4.

[1475] Voir par exemple en matière des marques les exemples cités *in* C. CASALONGA, N. PARFAIT, M. PUSEL, « La valorisation de la marque », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, novembre 2010, dossier 31. Comp. M. VIVANT, « L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », *JCP G*, 2000, n° 1-2, p. 10 s. et not. p. 11 : « [O]n a vu un brevet se négocier plusieurs dizaines de millions de dollars […] ».

[1476] *Cf.* ICC, *Intellectual Property : Powerhouse for Innovation and Economic Growth*, 10e éd., disponible sur : <www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/bascap/value-of-ip/ip-and-economic-growth/>, p. 18 : « IP's function as […] a mechanism for valuing and trading otherwise intangible inventions, works and brand gives firms many more possibilities to realize value from their innovations. »

[1477] M. LEVY, J.– P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, La Documentation française, nov. 2006. Disponible sur < www.minefi.gouv.fr/directions_services/sircom/technologies_info/immateriel/immateriel.pdf>, p. 9 ; N. BINCTIN, « Quel avenir pour le capital intellectuel ? », *Bulletin Joly Sociétés*, 01 déc. 2009, p. 1180 et s ; OCDE, *Actifs intellectuels et création de valeur*, Rapport de synthèse, 2008, disponible sur : < www.oecd.org/dataoecd/0/31/40825836.pdf >, p. 7 et p 24 : « Les actifs intellectuels sont en effet devenus des facteurs stratégiques de création de valeur par les entreprises » et « [à] l'augmentation des actifs intellectuels et des capacités de créer de la valeur à partir de ces derniers, correspondent des capacités accrues de tirer des avantages économiques de ces actifs. » *Cf.* KEA, *L'économie de la culture en Europe* (Study on the economy of culture in Europe), 2006, disponible sur : < ec.europa.eu/culture/key-documents/doc873_fr.htm>, p. 38 : « What increasingly matters today, and consitutes a distinctive competition parametere, lies in the immaterial dimension generated by creative people, skills, ideas and processes, in other terms, creativity. » Par ailleurs, il faut souligner que l'importance de la créativité et de l'innovation pour une entreprise est également soutenue par la demande des produits qui incorporent l'immatériel (innovation et créativité). « Considering income availability, the richer our societies become, the more immaterial our consumption patterns become. When basic needs are covered and satisfied, consumption is increasingly a cultural statement. », KEA, *L'économie de la culture en Europe* (Study on the economy of culture in Europe), 2006, disponible sur : < ec.europa.eu/culture/key-documents/doc873_fr.htm>, p. 31.

[1478] Par ailleurs, il a été démontré que la rentabilité de l'investissement à la créativité et l'innovation peut être très élevée. V. OCDE, *Actifs intellectuels et création de valeur,* Rapport de synthèse, 2008, disponible sur : < www.oecd.org/dataoecd/0/31/40825836.pdf >, p. 31.

[1479] Rappr. Francis Gurry in avant propos, OMPI, *Indicateurs mondiaux relatifs à la propriété intellectuelle,* OMPI, 2010, p. 3 : « Les entreprises seront plus nombreuses à avoir plus ouvertement recours à l'innovation, ce qui conduira à un renforcement de la collaboration entre entreprises et entre pays. »

l'acquisition d'un tel capital afin de tirer leur part du *fructus* des biens intellectuels. Il est significatif, en effet, que le niveau des investissements dans les actifs intellectuels soit en hausse permanente. Ainsi, nombre d'entreprises dépensent autant pour les actifs intellectuels que pour les actifs matériels[1480]. De manière similaire, les droits de propriété intellectuelle ne sont plus considérés comme des dispositifs défensifs, autrement dit, des « boucliers » protecteurs contre tout concurrent (licite ou pas). Désormais, la tendance des titulaires de propriété intellectuelle est de mettre ces actifs intellectuels en circulation[1481], à travers leur valorisation indirecte (par partenariat avec un exploitant-tiers par exemple) ou leur valorisation conjointe[1482]. Par conséquent, l'acquisition et la gestion des actifs intellectuels fait partie des stratégies économiques au niveau microéconomique (« *IP as a business tool* »)[1483].

[1480] OCDE, *Actifs intellectuels et création de valeur*, Rapport de synthèse, 2008, disponible sur : < www.oecd.org/dataoecd/0/31/40825836.pdf >, p. 7 et p. 12. Cette augmentation des dépenses immatérielles se reflète également aux consommations intermédiaires et finales. Pour une illustration éclairante, v. M. LEVY, J.– P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, La Documentation française, nov. 2006. Disponible sur < www.minefi.gouv.fr/directions_services/sircom/technologies_info/immateriel/immateriel.pdf>, p. 12 : « les couts de production au sens strict des chaussures Nike ne représentent que 4% du prix de vente total, le reste représentant la rémunération d'actifs immatériels tels que la marque, la recherche, les brevets et le savoir faire de l'entreprise ». En effet, la production intellectuelle va de pair avec une « consommation intellectuelle » ayant une direction vers des produits plus diversifiés et sophistiqués.

[1481] V. not. The Economist Intelligence Unit, *The value of knowledge, European firms and the intellectual property challenge*, 2007. Disponible sur : < http://graphics.eiu.com/files/ad_pdfs/eiu_EuropeIPR_wp.pdf>, p. 5 : « IP is more than something to be protected. […] IP is no longer regarded merely as a protective shield for inventors […] » et p. 13 : « In the past, they might have said: We own everything and we'll jump on anybody that tries to get close to us. Now they're more likely to say: Certain things we'll own, other things we'll licence out, cross-licence or licence in. » ; Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 155. *Cf.* également le terme « open innovation », utilisé pour la première fois par Henry Chesbrough en 2003 (H.-W. CHESBROUGH, *Open Innovation : The new imperative for creating and profiting from technology*, Harvard Business School Press, 2003), destiné à décrire l'innovation collaborative.

[1482] V. sur ce point les résultats d'une enquête cité par R. PARR, G. SMITH, *Intellectual property : valuation, exploitation, and infringement damages*, Hoboken, Wiley, 2010, not. p. 19, selon lesquels les partenariats fondés sur les droits de propriété intellectuelle sont très importants pour les petits industriels, les universités et les entités gouvernementales.

[1483] Comp. à propos du droit de marques, Y. REBOUL, « Le droit de marque à l'aube du 3e millénaire », *JCP G*, 2000, n° 1-2, p. 21 s., not. p. 21 : [L]a marque apparaît de plus en plus comme un instrument juridique au service de la stratégie des entreprises. » Notons que les droits de propriété intellectuelle ne peuvent déployer tout leur potentiel économique que s'ils sont gérés et évaluées de manière appropriée. En ce sens, International Chamber of Commerce (ICC), *Current and emerging intellectual property issues for business : A roadmap for business and policy makers*, *op. cit.*, p. 52 : « In principle, their valuation can help businesses to better exploit their intellectual property through licensing and other means of trading (e.g. in the form of securities), to increase their asset value, to obtain financing and to take informed investment and marketing decisions. ». Or, plusieurs entreprises, et notamment des PME, gèrent leur propriété intellectuelle de manière informelle et inefficace. C'est pour cette raison que récemment plusieurs synergies de soutien et d'information sur la création des actifs intellectuels et la gestion des droits de propriété intellectuelle ont été élaborés, tant au niveau national qu'européen, destinées notamment aux PME. Pour des illustrations de telles synergies au niveau européen v. notamment le projet « IPeuropAware » (<www.ipeuropaware.eu>). Déjà Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au comité économique et social européen, Une stratégie dans le domaine des droits de propriété industrielle pour l'Europe, COM(2008) 465 final, Bruxelles, le 16.7.2008, p. 14 ; International Chamber of Commerce (ICC), *Current and emerging intellectual property issues for business : A roadmap for business and policy makers*, *op. cit.*, p. 52 ; KMU FORSCHUNG AUSTRIA, Austrian Institute for SME Research, *Benchmarking National and Regional Support Services for SME's in the Field of*

C.- L'importance économique des droits de propriété intellectuelle au niveau macroéconomique.

283.- L'importance économique des droits de propriété intellectuelle se reflète également à l'échelle nationale (1°)[1484] et européenne (2°)[1485].

1°.- L'importance au niveau national.

284.- Les propriétés intellectuelles, nouvelles « richesses » des nations. Les droits de propriété intellectuelle constituent un moyen de développement économique pour les économies nationales modernes. Selon les analystes, la contribution directe et indirecte (création des revenus, d'emplois et de croissance économique[1486]) des droits de propriété intellectuelle à l'économie nationale est de plus en plus importante.

Tout d'abord, la valeur de l'activité économique qui se fonde sur les droits de propriété intellectuelle constitue une contribution importante au revenu national. En effet, il est démontré que les secteurs économiques dont l'activité repose sur les droits de propriété intellectuelle (industries culturelles, biotechnologie industrielle, compagnies pharmaceutiques, nanotechnologie… etc.), contribuent de manière significative aux PIB nationaux, alors que le pourcentage de cette

---

Intellectual and Industrial Property, Final benchmark report, Vienna 2007, disponible sur : < www.proinno-europe.eu>. V. aussi en Grèce, OPI, *Droit d'auteur et PME*, 2008, disponible sur : < web.opi.gr/opifiles/odigoi/epixeiriseis.pdf> ; OBI, *Propriété Intellectuelle, un outil professionnel pour les PME*, guide pour l'industrie textile et des vêtements, avril 2010, disponible sur : < www.obi.gr/obi/Portals/0/ImagesAndFiles/Files/textile_GR.pdf> ainsi que pour d'autres industries sur le site : <www.obi.gr/OBI/OBI_GR/TopMenu_GR/Home_GR/SMEs_GR/tabid/354/Default.aspx>.
Pour une vue d'ensemble des stratégies en matière de propriétés industrielle, v. not. IRPI, *Approches stratégiques de la propriété industrielle*, Actes du colloque IRPI du 26 novembre 2010, Collection : Le droit des affaires - Propriété intellectuelle, Tome 38, 2011 ; B. de PASSEMAR, « Le rôle de la propriété industrielle dans la stratégie de l'entreprise » *in* Mélanges Burst, Litec, 1997, p. 427.

[1484] L'importance économique des droits de propriété intellectuelle est adressée par la problématique générale de « propriété intellectuelle et croissance », dont la littérature est abondante, notamment au niveau international. V. p. ex., United Nations Economic Commission for Europe, *Intellectual Property Commercialization, policy options and practical instruments*, 2011, disponible sur : < www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/publications/ip.pdf>, p. 9 et s. Pour une étude concernant le Royaume-Uni, v. I. HARGREAVES, *Digital Opportunity A Review of Intellectual Property and Growth*, mai 2011, disponible sur : <www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf>.

[1485] Bien entendu, les droits de propriété intellectuelle présentent d'importance économique pour l'économie mondiale. Néanmoins, cette question excède la portée de notre travail. Nous citons simplement G. DUTFIELD, U. SUTHERSANEN, *Global Intellectual Property Law*, EE, 2008.

[1486] « Les spécialistes analysent l'importance des activités économiques et des droits de propriété en étudiant leur impact sur la création, la répartition et l'utilisation des revenus, sur l'emploi, ainsi que sur la croissance économique », M. HUMMEL, « Importance économique du droit d'auteur », *Unesco- Bulletin du droit d'auteur*, 1/4/1990, n° 24, pp. 15-22, not. p. 15.

contribution est en hausse permanente[1487]. De même, les secteurs dont l'activité repose sur la propriété intellectuelle sont très dynamiques[1488], ce qui a des répercussions positives sur l'ensemble de l'économie nationale[1489]. Par ailleurs, la stimulation de l'activité économique liée aux droits de propriété intellectuelle permettra la transformation de l'économie nationale en une économie basée sur l'innovation et l'immatériel[1490]. C'est pourquoi la protection des actifs intellectuels est généralement considérée comme un moyen de soutien effectif pour les économies nationales[1491].

[1487] ICC, *Intellectual Property : Powerhouse for Innovation and Economic Growth*, 10e éd., disponible sur : <www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/bascap/value-of-ip/ip-and-economic-growth/>, p. 3 : « the GDP contribution […] of robust IP-based sectors are more important than ever. » Comp. l'hausse des pourcentages depuis les années '80 (2,1% - 6,6% pour des pays comme le Canada, les États-Unis et certains pays de l'UE) et les années '00 (4% -11%, pour les pays G8), v. M. HUMMEL, « Importance économique du droit d'auteur », *Unesco- Bulletin du droit d'auteur*, 1/4/1990, n° 24, p. 18. Il faut néanmoins noter que la grande majorité des études a trait à la contribution des industries culturelles (copyright-based). V. not. WIPO, *Guide on the surveying the economic contribution of the copyright-based industries*, Geneva 2003, disponible sur : < www.wipo.int/*copyright*/en/publications/pdf/*copyright*_pub_893.pdf >, n° 150, p. 37 : « these results, independent of absolute figures and methodological differences, *confirm the upward trend of the increasing percentage of GDP attributable to the copyright-based industries*. ». La contribution des industries culturelles au PIB grec est 5%, v. D. KALLINIKOU, « La contribution de la propriété littéraire et artistique dans l'art et l'économie », *ChrID*, H/2008, p. 679 et not. p. 681. *Adde* M. VIVANT, « L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », *JCP G*, 2000, n° 1-2, p. 10 s. et not. p. 11 : « [L]e secteur du droit d'auteur représente dans les pays développés entre 2,5 et 6% du produit national brut […] ». D'un point de vue britannique, v. IPO, *The UK's International Stategy for Intellectual Property*, août 2011, disponible sur : < http://www.ipo.gov.uk/ipresponse-international.pdf>, p. 3.

[1488] V. la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix, Bruxelles, le 24.5.2011, COM(2011) 287 final, p. 6 ; ICC, *Intellectual Property : Powerhouse for Innovation and Economic Growth*, 10e éd., disponible sur: <www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/bascap/value-of-ip/ip-and-economic-growth/>, p. 4 et s., et p. 10 pour une analyse concernant la compétitivité économique des pays offrant une protection avancée aux droits de propriété intellectuelle ; World Economic Forum (WEF), *The Global Competitiveness Report 2009-2010*, p. xi, disponible sur : < www.weforum.org/documents/GCR09/index.html>.

[1489] ICC, *Intellectual Property : Powerhouse for Innovation and Economic Growth*, 10e éd., disponible sur : <www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/bascap/value-of-ip/ip-and-economic-growth/>, p. 4. *Cf.* les suggestions comprises au sein du Livre Vert, *Libérer le potentiel des industries culturelles et créatives*, préc., p. 22 : « Au niveau macroéconomique, les liens entre les ICC et les autres industries devraient être renforcés, *dans l'intérêt de l'économie dans son ensemble*. À cet égard, il serait intéressant de mieux comprendre comment encourager l'utilisation de la créativité dans d'autres industries, le type de créativité que les entreprises recherchent ainsi que les mécanismes à mettre en œuvre pour faciliter ce genre d'interactions. »

[1490] V. en ce sens ICC, *Intellectual Property : Powerhouse for Innovation and Economic Growth*, 10e éd., disponible sur : <www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/bascap/value-of-ip/ip-and-economic-growth/>, p. 11.

[1491] V. OMPI, *Transfert de technologie*, doc. SCP/14/4 REV., 13 avril 2011, disponible sur : <www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=165339>, n° 21, p. 5 : « […] de nombreux pays ont fait de *l'investissement dans la création de connaissances* une priorité dans le cadre de leurs politiques et de leurs stratégies nationales en matière d'économie, de technologie et de développement. »

2°.- L'importance au niveau européen.

285.- À l'instar des économies nationales, les droits de propriété intellectuelle constituent également un atout manifeste pour l'économie de l'Union européenne[1492]. En pratique, l'Europe est désormais plus dépendante de l'immatériel (idées, savoir, innovation) que de sa base industrielle. Plus précisément, l'activité des secteurs liés aux droits de propriété intellectuelle représente une contribution au PIB de l'UE dont l'importance est en hausse permanente[1493]. De même, ces secteurs sont parmi les plus dynamiques d'Europe, en termes d'emplois[1494] et de développement économique[1495]. Les droits de propriété intellectuelle constituent ainsi des actifs précieux[1496] et

---

[1492] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au comité économique et social européen, Une stratégie dans le domaine des droits de propriété industrielle pour l'Europe, Bruxelles, le 16.7.2008, COM(2008) 465 final, p. 6. Voir aussi l'étude récente EPO-OHIM, *Intellectual property rights intensive industries : contribution to economic performance and employment in the European Union. Industry-Level Analysis Report*, Septembre 2013, disponible sur : < ec.europa.eu/internal.../joint-report-epo-ohim-final-version_en.pdf>.

[1493] La contribution des entreprises culturelles et créatives au PIB de l'UE était de 3,3% en 2006 (Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle - Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix, Bruxelles, le 24.5.2011, COM(2011) 287 final, p. 6) et 4,5% en 2008 (v. TERA consultants, Promouvoir l'économie numérique : l'enjeu de l'emploi dans les industries créatives de l'UE, résumé, mars 2010, (étude commandée par la Chambre Internationale de Commerce/BASCAP), disponible sur : < www.iccwbo.org/uploadedFiles/BASCAP/Pages/Building a Digital Economy - French.pdf>, p. 4 et s.) Pour la contribution du secteur de l'édition en particulier à l'économie européenne, v. le Livre Vert *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, préc., p. 4. Pour l'impact économique des « *key enabling technologies* », v. European Commission, European competitiveness report, Brussels, 28.10.2010, SEC(2010) 1276 final.
Pour l'impact économique du secteur pharmaceutique, v. M.-C. CHEMTOB CONCÉ, « Marché pharmaceutique et innovation : innovation, concurrence et propriété industrielle en Europe (2e volet) », *Propriété industrielle*, n° 4, Avril 2011, étude 9.

[1494] Le secteur des industries créatives et culturelles représente 8,5 millions d'emplois (La Commission adopte une stratégie en matière de droits de propriété intellectuelle afin de favoriser la créativité et l'innovation, Communiqué de Presse IP/11/630, Bruxelles, le 24 mai 2011, pour démontrer le caractère dynamique du secteur, en 2008, il représentait 6,7 millions, soit 3 % des emplois (Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix, Bruxelles, le 24.5.2011, COM(2011) 287 final, p. 6) alors qu'auparavant il représentait cinq millions environ (Livre Vert, Libérer le potentiel des industries culturelles et créatives, préc., p. 4). *Cf.* ICC, *Intellectual Property : Powerhouse for Innovation and Economic Growth*, 10e éd., disponible sur : <www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/bascap/value-of-ip/ip-and-economic-growth/>, p. 5, ou le pourcentage de contribution économique des industries basées sur le droit d'auteur dans les pays développés se situe entre 3% et 11%.

[1495] Comp. le titre de la Communication de la Commission pour un marché unique des droits de propriété intellectuelle : « Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix ».

[1496] V. en ce sens, The Economist Intelligence Unit, *The value of knowledge, European firms and the intellectual property challenge*, 2007. Disponible sur : < http://graphics.eiu.com/files/ad_pdfs/eiu_EuropeIPR_wp.pdf>, p. 2 et p. 17. Ainsi, « dans chaque pays de l'UE, les dix premières marques valaient en moyenne près de 9 % du PIB par habitant. », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix, Bruxelles, le 24.5.2011, COM(2011) 287 final, p. 6.

stratégiques pour le développement présent et futur de l'économie européenne[1497]. Par ailleurs, l'Europe possède un potentiel culturel, innovant et créatif très important. Ainsi, l'existence de droits de propriété intellectuelle constitue un avantage compétitif pour l'économie européenne.

Il est significatif que l'importance des droits de propriété intellectuelle pour l'économie européenne ait attiré l'attention des Institutions européennes. En effet, la protection des droits de propriété intellectuelle et l'amélioration (et intégration) de leur régime juridique font partie de la stratégie des « 12 leviers » pour stimuler la croissance économique au sein du marché européen[1498]. De manière similaire, la consécration d'une stratégie *ad hoc* pour un marché unique de la propriété intellectuelle constitue certainement une indication du rôle des droits de la propriété intellectuelle au sein de l'économie européenne.

§2.- L'importance des contrats d'exploitation.

A.- Les contrats d'exploitation, outils de valorisation par excellence des droits de propriété intellectuelle.

286.- La fonction des contrats d'exploitation au sein du dispositif de la propriété intellectuelle. « Une chose est de dire qu'un droit est ceci ou cela, qu'il confère tel ou tel pouvoir. Une autre est de se pencher sur la manière dont ce ou ces pouvoirs sont mis en œuvre ou peuvent l'être. C'est là qu'un droit prend sens. »[1499] Cette phrase résume l'importance fondamentale de l'exercice des

---

[1497] V. la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix, Bruxelles, le 24.5.2011, COM(2011) 287 final, p. 1 et p. 6 ; Communiqué de Presse IP/11/630, Bruxelles, le 24 mai 2011, La Commission adopte une stratégie en matière de droits de propriété intellectuelle afin de favoriser la créativité et l'innovation : « Les DPI constituent l'une des pierres angulaires de l'économie européenne et un facteur déterminant de sa croissance future ».

[1498] V. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, L'Acte pour le marché unique, Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance, « Ensemble pour une nouvelle croissance », Bruxelles, le 13.4.2011, COM(2011) 206 final, p. 8-9. Comp. IPO, *The UK's International Stategy for Intellectual Property*, août 2011, disponible sur : < http://www.ipo.gov.uk/ipresponse-international.pdf>, p. 11 : « IP is increasingly important in Europe. It is central to two flagship Europe 2020 initiatives-the Digital Agenda an the Innovation Union. »

[1499] M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 637, p. 431. Rappr. Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2006, n° 391, p. 307 : « L'auteur dispose de prérogatives qui risquent bien d'être illusoires s'il ne peut pas les utiliser afin d'exploiter son œuvre. » (cette affirmation n'est pas reprise au sein de la 3e édition). C'est pourquoi le fait de posséder un capital intellectuel se dissocie clairement et du fait de valoriser ce dernier, Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 156. *Adde* L.

propriétés intellectuelles[1500]. En fait, les propriétés intellectuelles consacrent un monopole d'exploitation dont l'existence est protégée par un droit privatif et accompagné d'un « arsenal » en vue de son respect, qui est mis à disposition du titulaire ou d'autres personnes assimilées. Si certainement la protection et le respect des propriétés intellectuelles constituent deux piliers très importants du droit de la propriété intellectuelle, l' « exercice » ou gestion de celles-ci représente certainement le troisième[1501].

L'*exercice* des droits de propriété intellectuelle constitue la *suite naturelle* de l'*existence* de ceux-ci[1502]. L'exercice des propriétés intellectuelles permet l'exploitation du bien intellectuel à travers sa mise sur le marché. L'exercice peut être soit direct, à savoir réalisé par le titulaire même du monopole, soit indirect, à savoir réalisé par un tiers qui en a reçu l'autorisation du titulaire. De leur côté, les contrats d'exploitation forment l'outil juridique par excellence qui permet l'exercice indirect des propriétés intellectuelles. Dans un monde où la commercialisation indirecte des propriétés intellectuelles est très répandue[1503], le rôle de cette composante du droit de la propriété intellectuelle devient primordial[1504]. De manière générale, les contrats, en tant qu'outils d'échange

---

MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 80 : « La propriété intellectuelle ne permet pas seulement de *protéger* le patrimoine incorporel, elle permet aussi et surtout de l'*exploiter*. »

[1500] *Cf.* sur ce point S. DUSOLLIER, « L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur », *in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, Lexis Nexis, 2014, pp. 265-275, *passim*.

[1501] En ce sens, à propos du droit d'auteur, J. REINBOTHE, « A review of the last ten years and a look at what lis ahead : copyright and related rights in the European Union », intervention à la Tenth Annual Conference on International IP Law & Policy, Fordham University School of Law (New York, April 2002), disponible sur : <www.europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/documents/2002-fordhamspeechreinbothe_en.htm>, sous III, 2 : « Rights management can rightly be called the « third pillar » of copyright protection. » ; F. GOTZEN, « Panel 1 : Les différentes possibilités de gestion du droit d'auteur : Gestion collective du droit d'auteur et octroi de licences communautaires. La législation sur le droit d'auteur et la concurrence revisitée », Conférence « Droit d'auteur et créativité dans l'Union européenne élargie », Dublin, 20-22.06.2004, disponible sur : <ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/conference/2004-dublin/gotzen_fr.pdf>, p. 12, à propos de la gestion collective du droit d'auteur.

[1502] Comp. M.-W. HESSELINK, « A spontaneous order for Europe ? Why Hayek's libertarianism is not the right way forward for European private law », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 101 et s. et not. p. 133 : « In a theory of law which proclaims contract law as the cornersone of society (together with property law) […] » Rappr. V. ZENO-ZENCOVICH, N. VARDI, « The Consitutional Basis of a European Private Law », *in* A. HARTKAMP *et alii* (sous dir. de), *Towards a European Civil Code*, 3e éd., Kluwer Law International, 2004, p. 205 s., not. p. 205 : « the shift of the centre of gravity of private law from property towards contract and the use of contract as a dynamic and flexible element for the adaptation of the legal system to economic and social changes. »

[1503] Même si les « canaux » de l'exercice direct des propriétés intellectuelles se sont multipliés, notamment à cause du développement des réseaux, la mise en œuvre contractuelle constitue toujours la voie principale d'exploitation.

[1504] R. NIMMER, « Breaking the barriers : The relation between contract and intellectual property law », *Berkeley Technology Law Journal*, n° 13, 1998, pp. 827-890, résumé, p. 827 : « An interaction between intellectual property and contract rules has always been a primary characteristic of intellectual property distributed in the open market and that interaction is central to whatever balance has been achieved. » Comp. L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. p. 517 : « Contracts play a fundamental role in copyright law […] ». Voir aussi M. WALTER, « Updating and consolidation of the acquis. The future of European copyright », disponible sur : <europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/docs/conference/2002-06-santiago-speech-walter_en.pdf.>, pp. 7 s., parlant de « stepchild of copyright » ; F.-K. BEIER, A. DIETZ *et alii*, « Harmonisation of Industrial Property and

par excellence, reflètent la vitalité de l'activité économique humaine[1505]. De leur côté, les contrats d'exploitation remplissent la fonction d'outil d'échange en matière de propriété intellectuelle. Ceux-ci sont effectivement les outils par excellence d'exploitation des propriétés intellectuelles[1506].

Les contrats en question permettent l'optimisation et l'intensification de l'exploitation des propriétés intellectuelles. Plus précisément, ils favorisent la *valorisation optimale* du capital intellectuel. En effet, la « transmission » de la maitrise économique du capital intellectuel[1507] par voie de contrat offre à d'autres agents la possibilité d'accéder au monopole d'exploitation. Ainsi, l'exploitation pourra être réalisée par les agents les plus aptes à dégager un profit[1508]. De même, au-delà de leur utilité en tant qu'outils majeurs de fructification du capital intellectuel[1509], les contrats

---

Copyright Law in the European Community. Report of a Symposium held by the Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, at Ringberg Castle near Tegernsee », *IIC*, 1987, p. 303 s. et not. p. 326, pour qui le droit des contrats (d'auteur) est un parmi les quatre parties les plus importantes du système (de droit d'auteur). Comp. L. BRENNAN, J. DODD, « A concept proposal for a model intellectual property commercial law », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 257 s. et not. p. 257 : « In order to flourish a commercial sector requires not only property rights, but also recognition and support for the contractual arrangements involved in utilizing the property rights. »

[1505] P.- Y. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil, contrats speciaux*, 4e éd., Litec LexisNexis, 2004, n° 7, p. 6 ; F. CHRISTODOULOU, « Les nouvelles constructions contractuelles et le droit des contrats classique », *in* Union des civilistes grecs, *Questions contemporaines du droit civil au-delà du Code civil*, 1re Conférence, Naypaktos 27-28 mai 1994, Sakkoulas, 1995, p. 37 s. et not. p. 42 s.

[1506] Ch. CARON, « Un nouveau contrat nommé : Le contrat d'exploitation d'une œuvre sur internet », *in Les deuxièmes journées du droit du commerce électronique*, Litec, 2005, p. 259 s., not. p. 259, parlant des « concepts antiques qui permettent d'exploiter les œuvres, au premier rang desquels figure le contrat. » ; L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 80 : « l'exploitation passe par des contrats » et *ibid*. p. 81 : « Le contrat fait circuler les droits ».

[1507] A. ABELLO, « La propriété intellectuelle une « propriété de marché » », in M.-A FRISON-ROCHE et A. ABELLO, (sous dir. de), *Droits et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 341 et s. et not. p. 369 et les références y citées.

[1508] L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. p. 517 : « Indeed, contracts enable authors to transact with the party who is best suited to commercially exploit their works, as well as to set the conditions under which they want to disseminate these to the public. » ; F. LEVEQUE, Y. MENIERE, *Économie de la propriété intellectuelle*, La découverte, 2003, p. 23 ; J. FARCHY, « L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : une approche réductrice pourtant indispensable », *Propriétés Intellectuelles*, n° 21, Octobre 2006, p. 388 s. et not. p. 391 : « La propriété intellectuelle a pour objectif non seulement d'exclure les non payeurs (argument en termes d'incitations) mais également de délimiter et de distribuer des droits de propriété sur les ressources de façon à permettre de négocier efficacement ces droits ; ainsi, *les agents les plus aptes à valoriser* au mieux les ressources seront ceux qui les exploitent » ; P. MATHÉLY, *Le nouveau droit français des brevets*, LJNA, 1992, p. 247 : « elle [la licence] est un instrument juridique, qui assure avec la plus grande efficacité la mise en œuvre industrielle des découvertes » ; The Economist Intelligence Unit, *The value of knowledge, European firms and the intellectual property challenge*, 2007. Disponible sur: < http://graphics.eiu.com/files/ad_pdfs/eiu_EuropeIPR_wp.pdf>, p. 2 : « Realising the full potential of ideas means letting them flow in and out of organizations to where they can be most efficiently handled at each stage of their development. » *Adde* D. MARCHESE, *Licensing Agreements*, Longman, 1994, p. 3 : « At its most efficient, therefore, business licensing facilitates the expansion of manufacture and commerce, particularly form one sector or geographical area to another, where the licensor has licensable rights which he cannot otherwise efficiently exploit himself, and where the licensee does not, but has the other resources which are necessary for their successful exploitation. »

[1509] Le profit par cette valorisation indirecte consiste en la contrepartie économique (aux frais d'entrée) que le tiers-exploitant doit acquitter pour jouir du capital intellectuel. Comp. ICC, *Intellectual Property : Powerhouse for Innovation and Economic Growth*, 10e éd., disponible sur : <www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/bascap/value-

d'exploitation permettent la *valorisation intense* du capital intellectuel. Dans les faits, la conclusion de contrats d'exploitation permet effectivement la pluri-exploitation des propriétés intellectuelles, à travers la participation de plusieurs agents à l'exploitation de l'objet protégé[1510]. La participation de plusieurs exploitants permet au capital de déployer tout son potentiel et d'élever le chiffre d'affaires qu'il est susceptible d'engendrer[1511].

B.- Les contrats d'exploitation, outils de diffusion de l'innovation et des connaissances.

287.- Les contrats d'exploitation permettent aux propriétés intellectuelles de remplir leur fonction sociale[1512]. Plus précisément, le savoir, l'innovation et les connaissances ne déploient leur effet bénéfique pour la société que lorsqu'ils acquièrent le niveau maximal de dissémination parmi les individus[1513]. De même, la circulation de l'immatériel stimule la créativité et l'innovation en permettant la conception de nouveaux objets immatériels, basés sur les objets préexistants. De leur

---

of-ip/ip-and-economic-growth/>, p. 17 : « However, there is growing recognition that intellectual property is a valuable asset in itself that can bring in revenue through licensing […] ».

[1510] Ph. GAUDRAT, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD Com.*, 2009, p. 323, n° 14 ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 640, p. 535, présentant les contrats « *comme instruments par excellence de « mobilisation » de valeurs patrimoniales* ». *Adde* M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 519, p. 241 (licence de marques) : « Par ce contrat, le licencié a le droit de réaliser des actes d'exploitation ou d'utilisation du droit exclusif […] en d'autres termes, le titulaire du droit exclusive permet à un tiers de participer à l'exploitation de celui-ci à travers le véhicule de la licence ». C'est pourquoi les contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle peuvent être considérés comme des moyens qui assurent la faisabilité de l'échange, M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 638, p. 533 ; A. ABELLO, « La propriété intellectuelle une « propriété de marché » », *in* M.-A FRISON-ROCHE et A. ABELLO, (sous dir. de), *Droits et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 341 et s.

[1511] En effet, la valeur et l'importance des propriétés intellectuelles reposent actuellement sur leur circulation. Sur ce point, D. MOURA VICENTE, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, Martinus Nijhoff Online, disponible sur : <www.nijhoffonline.nl>, n° 144, p. 317 : « La valeur économique des droits de propriété intellectuelle repose actuellement beaucoup plus sur la possibilité qui appartient à son titulaire d'autoriser des tiers à exploiter les biens protégés que du droit de les exclure de l'exercice des facultés qui lui sont réservées. »

[1512] *Cf.* J. REINBOTHE, « A review of the last ten years and a look at what lis ahead : copyright and related rights in the European Union », intervention à la Tenth Annual Conference on International IP Law & Policy, Fordham University School of Law (New York, April 2002), disponible sur : <www.europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/documents/2002-fordhamspeechreinbothe_en.htm>, n° 2, à propos du droit d'auteur : « An operation management of rights is of particular importance in the context of the new Information Society services. And this is something not only of interest for rightholders, but for commercial users, licensees and consumers alike. » ; L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. p. 517 : « Contracts play a fundamental role in *copyright* law, for without them the production and dissemination of works to the public would be most problematic. »

[1513] M.-A. FRISON- ROCHE, « L'interférence entre les propriétés intellectuelles et les droits des marchés, perspective de régulation » *in* M.-A. FRISON- ROCHE et A. ABELLO (sous la dir. de), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, L.G.D.J., 2005, p. 15 et s. et not. p. 56 : « […] la technologie doit circuler du marché sur lequel elle est produite, vers des marchés voisins ou elle sera exploitée, et sur lesquels seront offertes de nouvelles gammes de produits ou de services, au profit d'utilisateurs intermédiaires ou finaux. C'est à cette condition que la technologie, et plus largement l'innovation, dynamisent l'activité économique.

côté, comme nous l'avons vu, les contrats d'exploitation sont les outils essentiels qui permettent la circulation organisée et optimale des droits portant sur le savoir, l'innovation et les connaissances[1514]. Sur cette base, les contrats d'exploitation, en tant qu'outils de diffusion de l'innovation et de la connaissance, permettent à la production intellectuelle de déployer tous ses effets bénéfiques pour la société dans son ensemble[1515]. Par ailleurs, comme il a été souligné plus haut, les contrats d'exploitation et leur cadre juridique constituent des conditions-cadres pour l'élaboration d'une économie (européenne) de l'immatériel[1516].

C.- L'importance économique et stratégique des contrats d'exploitation des droits de PI.

288.- La dimension des contrats d'exploitation en termes de valeur : *'How big is the business of "licensing"* ? Les contrats d'exploitation représentent un marché[1517] à valeur élevée. Plus

---

[1514] En ce sens, Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 156 : « Dans la mesure où le savoir […] devient de la sorte une matière négociable, les droits de licence constituent un outil essentiel pour la diffusion de ce savoir. » ; ICC, *Intellectual Property : Powerhouse for Innovation and Economic Growth*, 10e éd., disponible sur: <www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/bascap/value-of-ip/ip-and-economic-growth/>, p. 17 : « Licensing also is another important mechanism for the dissemination of new innovations and works […]. ». Ajoutons que les droits de propriété intellectuelle constituent le dispositif de protection par excellence des objets intellectuels créatifs et innovants. Sur cette base, la diffusion de l'innovation et de la création coïncide (pour partie, bien entendu) avec la circulation des propriétés intellectuelles.

[1515] KEA, *L'économie de la culture en Europe* (Study on the economy of culture in Europe), 2006, disponible sur : < ec.europa.eu/culture/key-documents/doc873_fr.htm>, p. 37 : « Exploiting intangible assets through *copyright* licensing represents another way for creativity to flourish. ». Indirectement, ICC, *Intellectual Property : Powerhouse for Innovation and Economic Growth*, 10e éd., disponible sur: <www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/bascap/value-of-ip/ip-and-economic-growth/>, p. 17 : « IPR helps make innovation and creativity more widely available in industry and society, [by] providing incentives for new innovations to be licensed to others in the market. ». Par ailleurs, étant donné que de plus en plus de produits incorporent plusieurs technologies différentes, et qu'en même temps peu d'entreprises détiennent toute la technologie nécessaire, les contrats d'exploitation deviennent des facteurs fondamentaux pour la création et la commercialisation des produits innovants, v. R. PARR, G. SMITH, *Intellectual property : valuation, exploitation, and infringement damages*, Hoboken, Wiley, 2010, p. 6 : « […] licensing technology is becoming fundamental to product creation. » ; B. HARRIS, *Intellectual Property Law in the European Union*, William S. Hein & Company, 2005, n° 7-3, p. 84 : « In principle, the licensing of intellectual property rights, far from restricting competition, extends the opportunities for traders to stimulate the market by facilitating the wider dissemination of products and services protected by those rights. » Comp. aussi, Directive 2012/28/EU, du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012, sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines, JOUE du 27.10.2012, L. 299/5, considérant n° 22, à propos des œuvres qui sont indisponibles : « Les accords contractuels étant susceptibles de jouer un rôle dans la promotion de la numérisation du patrimoine culturel européen »

[1516] *Cf.* P. DRAHOS, « The universality of intellectual property rights : origins and development », disponible sur : <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_unhchr_ip_pnl_98/wipo_unhchr_ip_pnl_98_1.pdf>, p. 24 : « The new capitalism is at its core about the control of information and knowledge. It is for this reason that issues concerning the design of intellectual property rights and contract have become so important and pressing. »

[1517] « Le marché des licences » (Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 155) ; « *business of licensing* » (R. PARR, G. SMITH, *Intellectual property : valuation, exploitation, and infringement damages*, Hoboken, Wiley, 2010, p. 15). Rappr. Eurostat, *Principaux tableaux, balance de paiements, transactions internationales, Transactions internationales dans les redevances et droits d'exploitation de licence : exportations, importations et balance* (tec00071), disponible sur : <

précisément, d'après les données statistiques[1518], la valeur représentée par les contrats d'exploitation ('*royalty flows value*'[1519]) est significative et se trouve en hausse permanente[1520]. L'importance économique de ces contrats est bénéfique tant pour les entreprises ('*royalty income*')[1521] que pour les économies d'échelle macroéconomique[1522].

L'importance en termes de volume. Au-delà de leur dimension comptable, les contrats d'exploitation et le marché qu'ils représentent s'est agrandi également en termes de volume. Plus précisément, les contrats d'exploitation sont devenus des contrats fréquents, usuels[1523]. Ceci s'explique aussi bien par le changement d'approche stratégique des titulaires de propriétés intellectuelles que par la généralisation de la créativité et de l'innovation que nous avons présentées plus haut[1524]. Notons que l'augmentation du volume des contrats d'exploitation ne concerne pas uniquement les transactions internes. Les contrats d'exploitation se sont multipliés également au niveau européen (et même international)[1525]. Ceci est dû tant à l'internationalisation *des échanges* et

---

epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/balance_of_payments/data/main_tables>, d'où résulte le « marché des redevances et droits d'exploitation de licence ».

[1518] Bien que les données disponibles soient malheureusement loin d'être satisfaisantes. (Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 158 et s.).

[1519] *Cf.* WIPO, *Guide on the surveying the economic contribution of the copyright-based industries*, Geneva 2003, disponible sur : < www.wipo.int/*copyright*/en/publications/pdf/*copyright*_pub_893.pdf >, n° 238, p 56.

[1520] En ce sens, Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 158-160. V. aussi M. LEVY, J.– P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, La Documentation française, nov. 2006. Disponible sur < www.minefi.gouv.fr/directions_services/sircom/technologies_info/immateriel/immateriel.pdf>, p. 13 : « […] les concessions, brevets et droits similaires représentaient un total de 7,7 Md € en 1990, en valeur brute, conte près de 61 Md en 2004.

[1521] Pour certains chiffres v. R. PARR, G. SMITH, *Intellectual property : valuation, exploitation, and infringement damages*, Hoboken, Wiley, 2010, p. 15.

[1522] V. p.ex. le tableau des données statistiques sur Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 159.

[1523] Par ailleurs, il faut également noter que les contrats d'exploitation apparaissent également dans les échanges sous la forme de composante des contrats mixtes, eux-mêmes très développés et fréquents dans les affaires, tels que le contrat de franchise, les contrats d'ensembliers industriels (les contrats dits clés en main, contrats dits produits en main et plus récemment les contrats dits marché en main). Sur ce point voir Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 11.

[1524] V. *supra* n° 280.

[1525] En matière de contrats d'exploitation de droit d'auteur, v. B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, May 2002, disponible sur : <http://www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 1 ; Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, *la gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur*, Bruxelles, le 16.04.2004, COM(2004) 261 final, p. 8 : « […] l'octroi de licences hors ligne prend de plus en plus une dimension transfrontalière et celui de licences en ligne permet une activité transfrontalière par définition. » ; Ch. GEIGER *et alii*, « Compte-rendu du colloque et clôture », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 571 s. et not. p. 604 : « M. Hoeren a évoqué la question, cruciale à ses yeux, de la dimension internationale du droit contractuel d'auteur. Selon lui, les transactions importantes ont généralement une dimension internationale. »

de l'activité économique des entreprises, qu'au développement de *l'environnement numérique* et des réseaux.

L'importance stratégique des contrats d'exploitation au niveau microéconomique. Les contrats d'exploitation peuvent être utilisés en tant qu'outils permettant effectivement la mise en œuvre de la stratégie d'une entreprise relative au capital intellectuel[1526]. Typiquement, les choix stratégiques liés aux contrats d'exploitation (« *licensing strategies* ») prennent les formes suivantes.

- ***« Licensing in ».***

Tout d'abord, les contrats d'exploitation sont les éléments essentiels des stratégies d'entreprises qui s'orientent vers l'acquisition de capital intellectuel. En effet, il est possible qu'une entité économique ne soit pas en mesure de produire un capital intellectuel pour différentes raisons (par exemple, défaut des moyens, accélération du processus de l'innovation ou réduction les dépenses en R&D…[1527]).Dès lors, si l'objectif stratégique de l'entité économique en question est celui de se doter d'une activité économique basée sur le capital intellectuel[1528], les contrats d'exploitation constitueront le moyen stratégique qu'elle devra employer : par le biais de la conclusion des contrats d'exploitation, il sera ainsi possible d'accéder au capital intellectuel extérieur.

- ***« Licensing out »***.

Les contrats d'exploitation sont les véhicules permettant la mise en œuvre de stratégies à l'égard des titulaires de propriétés intellectuelles. Plus précisément, il est possible que l'entreprise qui possède des actifs intellectuels ne puisse ou ne veuille pas se mettre à exploiter directement son

---

[1526] V. not. M. BOGERS, R. BEKKERS et O. GRANSTRAND, « Intellectual Property and Licensing Strategies in Open Collaborative Innovation », C. HEREDERO de Pablos, D. López, D. (sous dir. de), *Open innovation at Firms and Public Administrations*, IGI Global, pp. 37-58, disponible sur : < http://findresearcher.sdu.dk:8080/portal/files/57627292/Bogers_Bekkers_Granstrand_2012_chapter_3_Intellectual_Property_and_Licensing_Strategies_in_Open_Collaborative_Innovation.pdf>, p. 4 et s. pour la *perspective stratégique* du '*licensing*' ; A. ARORA, A. FOSFURI, T. RØNDE, *Managing licensing in a market for technology*, 2010, disponible sur: <www.mric.uni-muenchen.de/research/res_seminars_mric/seminar_mm/fosfuri.pdf> ; U. LICHTENTHALER, H. ERNST, « Technology licensing strategies: the interaction of process and content characteristics », *Strategic Organization*, May 2009, vol. 7 no. 2, pp. 183-221. Par ailleurs, comme l'affirme Christopher Pike, «Certain things we'll own, other things we'll licence out, cross-licence or licence in. In each case, IP is the currency of the relationship», The Economist Intelligence Unit, *The value of knowledge, European firms and the intellectual property challenge*, 2007. Disponible sur : <http://graphics.eiu.com/files/ad_pdfs/eiu_EuropeIPR_wp.pdf>, p. 13. Pour des illustrations des stratégies économiques liées à l'exploitation contractuelle des marques, v. J. PASSA, *Traité de la propriété industrielle*, 2e édition, Tome 1, L.G.D.J., 2009, n° 400, p. 565.

[1527] D. GUELLEC, B. van POTTELSBERGHE, *The Economics of the European Patent System*, 2007, cité par ICC, *Intellectual Property : Powerhouse for Innovation and Economic Growth*, 10e éd., disponible sur: <www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/bascap/value-of-ip/ip-and-economic-growth/>, p. 17.

[1528] Pour des raisons de compétitivité, par exemple. V. en ce sens, R. PARR, G. SMITH, *Intellectual property : valuation, exploitation, and infringement damages*, Hoboken, Wiley, 2010, p. 24 : « Clearly intellectual property is central to economic activity and licensing has become a strategic tool for competing in the intellectual property-dominated environment. »

capital intellectuel. Tel est le cas, par exemple, lorsque l'entreprise ne veut[1529] ou ne possède pas les moyens pour exploiter directement ses propriétés intellectuelles[1530], ou lorsqu'elle envisage la pénétration de marchés normalement inaccessibles ou accessibles de manière coûteuse[1531].

- ***« IP share ».***

Enfin, les contrats d'exploitation peuvent être utilisés pour mettre en œuvre des stratégies axées autour de la coopération et du partenariat avec des entreprises concurrentes, à travers la mutualisation des capitaux intellectuels. En effet, le potentiel économique des DPI dépend de plus en plus de la capacité de multiples titulaires de ces droits à collaborer à leur exploitation et à leur commercialisation[1532]. Ces collaborations sont basées sur la mutualisation des portefeuilles intellectuels détenus par les différentes entreprises. Le gain est réciproque pour les participants aux montages collaboratifs[1533], car la mutualisation du capital intellectuel mène à la création de portefeuilles de taille critique[1534]. Cette tendance est dominante dans le domaine de l'innovation en matière de brevets d'invention[1535] et s'exprime surtout à travers la constitution de « paniers » de

---

[1529] Pour une étude empirique sur le lien entre le niveau de protection nationale des brevets d'invention et la conclusion des contrats de licence par le titulaire v. G. YANG, K. MASKUS, « Intellectual Property Rights and Licensing : An Econometric Investigation », *Weltwirtschaftliches Archiv.*, 2001, pp. 58-79.

[1530] Comp. les sociétés *holding* en matière de marques.

[1531] P. ZUNIGA, D. GUELLEC, « Who Licenses Out Patents and Why? Lessons from a Business Survey (January 2009) », STI Working Paper n° 2009/5, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1399144> ; E. TARDIEU-GUIGUES, *Transmission du droit sur la marque*, *JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 46 ; R. PARR, G. SMITH, *Intellectual property: valuation, exploitation, and infringement damages*, Hoboken, Wiley, 2010, p. 17 et s., analyse basée sur une enquête américano-canadienne ; Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 155 : « Pour les entreprises, les contrats de licences sont primordiaux […] parce qu'ils leur permettent de faire fructifier leur patrimoine intellectuel sur des marchés où elles ne sont pas présentes elles-mêmes. » V. aussi D. GUELLEC, B. van POTTELSBERGHE, *The Economics of the European Patent System*, Oxford University Press, 2007 cité par ICC, *Intellectual Property : Powerhouse for Innovation and Economic Growth*, 10e éd., disponible sur: <www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/bascap/value-of-ip/ip-and-economic-growth/>, p. 17, pour un inventaire des motivations pour le license out: « Obtain licensing revenues, reduce production costs, reduce risks for consumers, gain access to other markets, expand product range, gain access to other technology standard setting ».
Cf. aussi Y. IWASAKI, « La licence en tant qu'outil d'expansion pour l'entreprise », présentation *in Propriété industrielle Bulletin documentaire (PIBD)*, 01/07/2001, n° 723, pp. 105 -106 ; N. CHOURAQUI, S. WAYS, *Au pays des licences*, Dunod, 2003, p. 11 et s.

[1532] V. la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle -Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix, Bruxelles, le 24.5.2011, COM(2011) 287 final, p. 1 et p. 7.

[1533] The Economist Intelligence Unit, *The value of knowledge, European firms and the intellectual property challenge*, 2007. Disponible sur : < http://graphics.eiu.com/files/ad_pdfs/eiu_EuropeIPR_wp.pdf>, p. 13 : « Sharing IP for mutual gain. »

[1534] N. BINCTIN, « Quel avenir pour le capital intellectuel ? », *Bulletin Joly Sociétés*, 01 déc. 2009, p. 1180 : « Le besoin de constituer des portefeuilles de *taille critique* pour proposer une offre compétitive sur le marché impose ces concentrations, ces coopérations industrielles. »

[1535] V. Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 129 et s., faisant référence à la « logique de l'innovation en réseau ». J. TIROLE, « Protection de la propriété intellectuelle : une introduction et quelques pistes de réflexion » *in* J. TIROLE, C. HENRY, M. TROMMETTER, L. TUBIANA, B.

brevets (« *patent pools* ») et la conclusion de licences croisées, (« *cross-licensing* »)[1536]. Sur cette base, les contrats d'exploitation constituent des *outils de partenariat industriel.*

D.- Des « grands contrats » : réflexions d'ordre épistémologique.

289.- D'un point de vue réglementaire[1537], l'importance d'une opération contractuelle se détermine tant par son utilité économique et sociale que par son caractère répétitif et usuel[1538]. D'après l'analyse précédente, il apparait que les contrats d'exploitation présentent désormais une grande importance au niveau national comme au niveau européen, car ils constituent les outils de valorisation par excellence des propriétés intellectuelles, elles-mêmes piliers de l'économie contemporaine de l'immatériel. De même, l'exploitation contractuelle des droits de propriété intellectuelle est devenue une opération très courante, au niveau national et européen. Les contrats d'exploitation sont désormais des contrats très pratiqués et la tendance semble aller dans ce sens dans le futur proche et, probablement, lointain. Sur cette base, il apparaît que les contrats d'exploitation sont davantage de « *grands contrats*[1539] » qu'« un mode contractuel éphémère »[1540].

CAILLAUD (sous dir. de), *Propriété intellectuelle, Rapport du Conseil d'Analyse Économique*, La Documentation française, 2003, p. 9 s., not. p. 13 : « L'on assiste également à un renouveau du partage de la propriété intellectuelle par des systèmes de pools de brevets ou de licences croisées entre entreprises. » *Cf.* le concept de « open innovation », *supra* n° 282.

[1536] Pour une présentation de ces montages contractuels, v. à titre indicatif Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 129 et s. et not. p. 138 ; Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 29 et s. ; N. BINCTIN, « Quel avenir pour le capital intellectuel ? », *Bulletin Joly Sociétés*, 01 déc. 2009, p. 1180 et s., sous « partenariats industriels » ; L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 88.

[1537] Et d'après la tradition civile continentale.

[1538] Pour une référence générique à l'importance de l'opération contractuelle, J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, n° 8, p. 15. Pour l'importance en termes d'utilité et de fréquence, v. not. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 30, p. 34 ; A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Montchrestien, 2007, n° 1, p. 1 ; A. GEORGIADIS, *Droit des contrats*, Partie spéciale, tom. I, Sakkoulas, 2004, n° 1, p. 8 ; P. KORNILAKIS, *Droit de contrats spéciaux, Droit de contrats spéciaux*, vol I, Sakkoulas, 2002, p. 7 ; D. KLAVANIDOU-PAPASTERIOU, *Le droit de l'acte juridique*, Sakkoulas, 2008, n° 12, p. 137. *Cf.* M. STATHOPOULOS, « Remarques introductives aux articles 496-946 » *in* A. GEORGIADIS, M. STATHOPOULOS (sous dir. de), *Code Civil*, tome III, *Droit des contrats spéciaux*, Sakkoulas, 1980, n° 2, p. 2, parlant de « tradition historique » de certains types de contrats. Par ailleurs, très souvent, l'importance des contrats édictait également le caractère complet du modèle législatif proposé, ce qui permettait à la doctrine (française) d'opposer les « grands » contrats, ayant un rôle économique important, aux « petits » contrats. V. not. D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 4e éd., Dalloz, 2004, n° 7, p. 4.

[1539] En ce sens, A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Montchrestien, 2007, n° 7, p. 4 : « Les grands contrats étaient les plus importants économiquement, ce qui justifiait un ensemble de règles assez complet et détaillé, et par conséquent une étude approfondie. » ; P.- Y. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil, contrats spéciaux*, 4e éd., Litec LexisNexis, 2004, n° 3, p. 2 : « Enfin, on ne peut ignorer la tendance à l'émancipation des grands contrats. » Rappr. J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 8e éd., 1996, p. 331, qui met en lumière la hiérarchie autrefois établie entre les « grands » (vente, bail etc.) et les « petits contrats » du code civil (cité par D. GRILLET-PONTON, « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle », *D.* 2000, Chron. 331, n° 3) ; J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, n°1, p. 2, parlant des « contrats principaux ».

Conclusion de la Section 1.

290.- L'analyse précédente démontre que les contrats d'exploitation sont des contrats importants tant d'un point de vue qualitatif que quantitatif. L'importance de ces contrats dans ses expressions multiples (économique, sociale, stratégique, épistémologique), telle qu'exposée plus haut, est une raison légitime pour agir contre l'insuffisance qui caractérise leur cadre juridique actuel au niveau national et européen. Autrement dit, le droit des contrats d'exploitation doit être corrélatif à leur importance. Pour utiliser une métaphore, l'importance des contrats d'exploitation reflète un « besoin catégoriel » qui « presse »[1541] pour la consécration d'un cadre juridique dépourvu autant que possible des faiblesses[1542]. Ceci étant, le traitement de l'insuffisance du cadre juridique actuel devrait prendre la forme d'une action visant à remédier à ses défauts, tant au niveau national qu'au niveau européen.

Nous allons ensuite examiner la question de la conceptualisation d'une telle action (Section 2).

[1540] Comp. D. GRILLET-PONTON, « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle », *D.* 2000, Chron. 331, n° 2.

[1541] Rappr. F. GRUA, « Les divisons du droit », *RTD civ.*, 1993, p. 59 : « le destin d'un droit général abstrait est d'éclater *sous la pression de besoins catégoriels* ».

[1542] Comp. Ch. McCREEVY, « IP Policy in Europe : What Next ? », *GRUR Int.* 2006, p. 361 s. not., p. 361, à propos du cadre juridique des propriétés intellectuelles dans leur ensemble : « Good intellectual property rules are good for business : they stimulate and reward innovation, lead to the successful development of new products and processes and thus generate growth and new jobs. This is why IP is at the heart of the EU's Lisbon agenda. »

Section 2.- Le besoin d'une action de (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation.

291.- Le contenu de l'action pour remédier à l'insuffisance du cadre juridique actuel : abolition ou amélioration prospective du cadre juridique ? Au sein de la section précédente, nous avons essayé de démontrer que l'insuffisance du droit des contrats d'exploitation est un problème dont la résolution semble nécessaire et légitime, en raison de la dimension des enjeux attachés à l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles. Bien entendu, une action pour remédier à l'insuffisance du cadre juridique actuel pourrait avoir un contenu variable. Au sein de la présente section nous allons conceptualiser le contenu de cette action.

Une question préliminaire s'impose dans le cadre d'une telle démarche[1543] : faut-il abolir ou améliorer le cadre juridique existant des contrats d'exploitation ? Autrement dit, il s'agit de savoir si l'action pour remédier à l'insuffisance du cadre juridique actuel devrait avoir un caractère « destructif » ou prospectif. Bien entendu, ces deux options sont radicalement opposées[1544]. Selon la première, il conviendrait d'abolir totalement le cadre juridique spécial actuellement en vigueur. L'idée est de laisser le marché et l'autonomie de la volonté des parties faire « cavalier seul »[1545] (laisser-faire, *bottom-up approach*)[1546]. En revanche, selon la deuxième option, il s'agit plutôt

---

[1543] *Cf.* la même question est posée à propos du contrat d'entreprise, J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 13, p. 22.

[1544] Cette opposition reflète l'existence de deux tendances opposées en matière de droit des contrats, à savoir, le conformisme et le libéralisme, ou mieux, l'interventionnisme étatique (qui comprend *grosso modo* tout type d'encadrement législatif) et l'autorégulation des contrats (« laisser-faire »). Pour une présentation des deux conceptions du phénomène contractuel, v. D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 4e éd., Dalloz, 2004, n° 7, p. 13 : « Il en résulte une double influence qui correspond également à deux conceptions du contrat. Une première conception envisage le contrat comme une institution rare et dangereuse qu'il convient de réglementer : le droit de consommation ou le droit au travail fournissent alors un modèle de réflexion du droit des contrats. Cette première conception est très influente et elle justifie les nombreuses atteintes à la liberté contractuelle que le droit moderne des contrats subit. Une seconde conception peut envisager le contrat comme une institution faste et utile qu'il convient tout au contraire de favoriser : c'est alors le modèle des contrats d'affaires qui promet de larges utilisations de la liberté contractuelle et donc de créations contractuelles toujours plus riches. » ; Y. LEQUETTE, « D'une célébration à l'autre », *in Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 9.

[1545] Voir M.-W. HESSELINK, « A spontaneous order for Europe? Why Hayek's libertarianism is not the right way forward for European private law », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 101 et s. et not. p. 126 : « Spontaneous order, no planning. The basic idea underlying Hayek's theory of law is that of what he called "a spontaneous order". Hayek contrasted two kinds of social order : a spontaneous order and an order which is based on the rational design (planning) by government. In a spontaneous order individuals are free to pursue their own interests […] The resulting order is neither designed nor intended by anybody but is the mere result of spontaneous and evolutionary development. » Voir aussi la Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 12.2.2003, *Un droit européen des contrats plus cohérent, un plan d'action*, COM(2003) 68 final, p. 40 s., résumant les réactions des parties prenantes à la consultation publique concernant l'Option I de la Communication citée sous […].

[1546] Sur ce point v. F. TERRE, *Droit civil, Les obligations*, 9e éd., Dalloz, 2005, n° 44, p. 48 : « […] l'idée qu'un ordre peut jaillir *d'en bas*, du libre ajustement des intérêts particulières. Le marché suffirait par son fonctionnement et sans

d'envisager l'existence d'un cadre juridique performant pour les contrats d'exploitation, à travers *l'amélioration prospective* du cadre juridique actuel.

Plusieurs arguments peuvent être utilisés en faveur de la première option. Il a ainsi pu être soutenu que les relations contractuelles avaient besoin de droit mais pas nécessairement de catégorisation et de réglementation légale[1547]. De même, un cadre juridique préétabli est susceptible de restreindre le principe de la liberté contractuelle. Par ailleurs, la démarche d'amélioration du cadre juridique des contrats d'exploitation comprendrait le risque d'être dépassée très vite sous le poids des évolutions en pratique et de l'imagination contractuelle vivifiante des parties. De ce point de vue, l'autorégulation des contrats d'exploitation semblerait un choix plus pertinent qu'une démarche d'amélioration prospective vaine et précaire[1548].

Cependant, le choix de l'abolition du cadre juridique des contrats d'exploitation ne nous semble pas un choix pertinent en matière de contrats d'exploitation. Nous privilégions donc un *regard prospectif* sur le droit en question[1549]. Nous allons expliquer à présent pourquoi l'action pour remédier à l'insuffisance du cadre juridique des contrats d'exploitation devrait se placer dans le prolongement du système juridique actuel et viser à l'amélioration prospective du droit spécial des contrats d'exploitation. À cette fin, nous allons d'abord présenter les mérites de l'existence d'un cadre juridique en matière de contrats d'exploitation (§1)[1550], avant d'exposer les raisons pour lesquelles l'existence d'un droit spécial des contrats d'exploitation est légitime (§2) et plaider en faveur de la (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation (§3).

---

autre référence que ses propres lois à établir un équilibre général de la société. » Rappr. l'option I de la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats du 11.07.2001, COM(2001) 398 final, n° 49 et s., p. 8 ; J. SMITS, « European Private Law : a Plea for a Spontaneous Legal Order », *in* D. CURTIN *et alii*, *European Integration and Law : Four Contributions on the interplay between European Integration (Ius Commune Europaeum)*, 2006,

[1547] « Les contrats ont certes besoin de droit ; *il n'est pas sûr qu'ils aient besoin de lois* », Ph. REMY, *Droit des contrats : questions, positions, propositions*, in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, n° 32, p. 271, cité par P.- Y. ANTONMATTEI**,** J. RAYNARD**,** *Droit civil, contrats speciaux*, 4e éd., Litec LexisNexis, 2004, n° 11, p. 8 ainsi que D. MAINGUY, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux ? », *RDC*, 01 avril 2006, n° 2, p. 615 et s., n° 2.

[1548] V. sur ce point, à propos de l'encadrement des contrats d'exploitation d'auteur en droit grec, A. DESPOTIDOU, « Les contrats d'exploitation », *in* ALAI-groupe hellénique, *L'œuvre de Giorgos Koumantos et les questions contemporaines du droit d'auteur*, Athènes, 7 mai 2010, Sakkoulas, 2011, p. 151 s. et not. p. 184.

[1549] Rappr. J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 12, p. 21 : « Nous privilégierons donc un *regard prospectif* sur le droit du contrat d'entreprise […] ».

[1550] Sur les mérites de l'encadrement des contrats spéciaux en général dans une perspective européenne, v. M. HESSELINK, J. RUTGERS, O. BUENO DIAZ, M. SCOTTON, M. VELDMAN, *Principles of European Law, Study Group on a European civil Code, Commercial agency, Franchise and distribution contracts (PEL CAFDC)*, Sellier, Bruylant, Staempfli, Oxford University Press 2006, p. 92, se référant à la Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants.

§1.- L'intérêt de l'existence d'un cadre juridique préétabli en matière de contrats d'exploitation.

292.- L'existence d'un encadrement légal pour les contrats d'exploitation présente l'avantage de faciliter (A) et de sécuriser les échanges (B). Les mérites de l'existence de cet encadrement légal des contrats d'exploitation constituent des arguments contre l'abolition du cadre juridique existant et en faveur de son amélioration prospective.

A.- La facilitation des échanges.

293.- L'existence d'un encadrement légal est susceptible de faciliter les échanges en matière de contrats d'exploitation. En effet, le cadre juridique préétabli remplit la fonction de *modèle* pour les cocontractants. Dans le langage courant, un modèle est « ce qui sert ou doit servir d'objet d'imitation pour faire ou reproduire quelque chose. » En matière contractuelle, le cadre contractuel constituera un *modèle de rattachement* (ou cadre de référence[1551]) pour les contractants avant la conclusion d'un contrat[1552]. Ainsi, l'existence d'un modèle de rattachement spécial susceptible de guider la volonté des parties[1553] et de combler efficacement[1554] les lacunes de l'accord des

---

[1551] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 500, p. 442.

[1552] V. not. D. GRILLET-PONTON, *Essai sur le contrat innommé*, thèse, Lyon III, 1981, n° 197 ; N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 27, p. 29 : « *La fonction de modèle du contrat nommé* ».

[1553] Sur ce point v. O. DESHAYES, « L'option « hybride » : l'instrument optionnel de droit des contrats (option 4) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 101 et s. et not. p. 105 : « Cet inconvénient peut être contenu dans des limites raisonnables s'il est ciblé, c'est-à-dire s'il vise non pas à traiter des contrats en général mais offre des réponses précises à des questions qui se posent en pratique et à propos desquelles la diversité des droits est réellement un frein aux échanges transfrontières. […] Rares sont en effet les contrats dont la réglementation ne nécessite pas le recours à d'autres règles que celles du droit commun. » ; J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p. 290 : « Les règles (pour les contrats spéciaux) de manière plus pratique, cherchent à offrir aux contractants *des solutions adaptées* aux instruments contractuels qu'ils utilisent le plus couramment. » *Cf.* G. CORDIER, « Les contrats-types en droit de la propriété intellectuelle : du bon usage des usages », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, Dossier - Les usages et pratiques professionnelles en droit de la propriété intellectuelle, Juillet 2008, 35, à propos des contrats-types : « Les contrats types présentent tout d'abord l'avantage non négligeable pour le praticien de la propriété intellectuelle, de servir de lignes directrices de rédaction. […] Ainsi, bon nombre de contrats de la propriété intellectuelle suivront généralement un schéma commun et de nombreuses clauses-types se retrouvent en pratique. » Ces contrats types n'ont a priori aucune autorité normative, sauf si leur utilisation devient très répandue et connue de sorte qu'ils se transformeront en usages. Comp. L. BRENNAN, J. DODD, « A Concept Proposal for a Model Intellectual Property Contracting Law / Model Intellectual Property Contract Law (Concept Draft for Discussion Only) », Presentation at the UNCITRAL Third International Colloquium on Secured Transactions Presentation, 1-3 March 2010, Vienna, <www.uncitral.org>, p. 2 : « An IP commercial law would provide guidance and support for a wide range of IP transactions »

parties[1555] sert d'outil d'anticipation et de règlement des difficultés qui pourront surgir durant l'exécution du contrat[1556]. La référence à un cadre préétabli permet également aux parties d'éviter l'élaboration de contrats analytiques et détaillés[1557] et de réduire, ainsi, une partie des coûts (les coûts rédactionnels) liés à la conclusion des contrats d'exploitation[1558].

B.- La sécurisation des échanges.

294.- L'existence d'un cadre juridique préétabli renforce la sécurité juridique des parties d'un contrat d'exploitation[1559] car, de manière générale, l'encadrement légal des contrats spéciaux favorise la transparence et la prévisibilité du régime applicable à une opération contractuelle[1560].

[1554] Offrir des solutions adaptées aux exigences du droit des contrats d'exploitation. V. *infra* n° 317 *sq.*

[1555] V. sur ce point A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations,* 11e éd., Montchrestien, 2007, n° 4, p. 3 ; *a contrario* J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, n° 10, p. 19 ; M. STATHOPOULOS, « Remarques introductives aux articles 496-946 », *in* A. GEORGIADIS, M. STATHOPOULOS (sous dir. de), *Code Civil*, tome III, *Droit des contrats spéciaux,* Sakkoulas, 1980, n° 12, p. 3 ; A. GEORGIADIS, *Nouveau types des contrats de l'économie contemporaine,* 5e éd., Sakkoulas, 2008, n° 8, p. 4-5. Ici se trouve, par ailleurs, l'utilité des règles supplétives contenus dans les modèles légaux.

[1556] L'idée de la consécration des « contrats-types » ou des « clauses-types » sert exactement cet objectif. Sur la proposition d'élaboration des clauses-types ou contrats-types au niveau européen, v. Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 12.2.2003, Un droit européen des contrats plus cohérent, un plan d'action, préc., n° 82, p. 25 : « Néanmoins, dans la grande majorité des cas, et notamment pour les transactions assez simples et routinières, les parties souhaitent fréquemment s'en remettre à des clauses contractuelles types. L'utilisation de telles clauses épargne aux parties les coûts de négociation d'un contrat. » *A contrario* Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 12.2.2003, un droit européen des contrats plus cohérent, un plan d'action, préc., p. 36 : « […] l'impossibilité d'utiliser des modèles de contrats uniformes et harmonisés posent problème et entraînent des coûts de transaction énormes […] ». *Contra* P. LEGRAND, « La leçon de l'Apollinaire » *in* Ch. JAMIN, D. MAZEAUD, (sous dir de), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001, p. 37 et s. ; F. TERRE, *Droit civil, Les obligations,* 9e éd., Dalloz, 2005, n° 46, p. 51. V. aussi *infra* n° 634.

[1557] L. BRENNAN, J. DODD, « A concept proposal for a model intellectual property commercial law », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 257 s. et not. p. 259 : « That is, it supplies a base-line set of contracting results that parties would likely have included anyway had they bargained about them. Parties can thus simplify their dealings by relying on the default rules in the commercial law if they desire. » Par ailleurs, la prévision et la réglementation des tous les effets et toues les suites possibles d'un contrat ne se réalise guère en pratique. V. en ce sens, F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux,* LGDJ, 1969, p. 12.

[1558] *A contrario* L. BRENNAN, J. DODD, « A concept proposal for a model intellectual property commercial law », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 257 s. et not. p. 257 : « The result is that operating effectively in the IP marketplace may require specialized legal knowledge, extensive commercial experience and elaborate contract forms. This can create barriers to entry new actors, especially small and medium enterprises, as well as increasing transaction and performance costs for all parties. » Sur les coûts des contrats d'exploitation internes v. not. Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?,* Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 156. Sur la diminution des coûts v. *supra* n° 212. D'un point de vue du droit hellénique, A. GEORGIADIS, *Droit des contrats,* Partie spéciale, tom. I, Sakkoulas, 2004, n° 18, p. 13-14 ; A. GEORGIADIS, *Nouveau types des contrats de l'économie contemporaine,* 5e éd., Sakkoulas, 2008, n° 7, p. 4. D'un point de vue français, v. M. FAVERO, « De l'intérêt d'un nouveau contrat nommé : « le contrat de transfert de risques » », *JCP G*, 6/12/2010, n°49, pp. 2308-2309, à propos du contrat de transfert de risques, mais le raisonnement est d'une portée générale : « Grâce à un tel outil juridique, la documentation des contrats de place sur instruments financiers pourrait être singulièrement allégée, plus équilibrée et donc, être moins coûteuse à négocier pour les parties. »

[1559] Sur le caractère « sécurisant » d'un cadre juridique contractuel, v. en droit français, not. N. CARDOSO-ROULOT, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, L'Harmattan, 2009, n° 364, p. 288 : « De même, adhérer à un

Plus précisément, tout d'abord, l'existence d'une catégorie contractuelle aux contours précis qui s'accompagne d'un régime spécifique et préalablement déterminé, constitue un modèle de rattachement qui sert de guide *a priori* pour les parties et assure la constance des effets juridiques de leur convention. L'utilité normative ou directive (*Leitbildfunction*) et la fonction sécurisante de l'encadrement même *supplétif* des contrats spéciaux sont souvent soulignées en doctrine[1561].

De même, l'existence d'un cadre juridique constitue également un modèle de rattachement *a posteriori* pour les interprètes (juges ou praticiens du droit) du contrat conclu[1562]. Sur cette base, le

---

contenu prédéfini par la loi offre une *sécurité juridique* aux parties contractantes, qui ont la certitude de s'être engagées strictement et conformément à leur projet de base. Ils savent avec exactitude sur quels éléments repose la base de leur engagement. […] Les parties à un contrat auront ainsi la garantie, assurée par la technique de la définition juridique, de s'être liés selon les mêmes termes de manière irrévocable. » ; N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, p. 93, note n° 3 ; J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, n° 1, p. 1. En termes de qualification, v. J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ, 3e éd., 2001, n° 92, p. 114 : « La qualification du contrat répond à un impérieux besoin de sécurité. ». Sur le sentiment de sécurité juridique que la prévisibilité de la règle offre, v. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 4, p. 4 : « […] cet ordonnancement du réel est assurément source de prévisibilité et donc de sécurité juridique pour les justiciables » ; *a contrario* J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, *op.cit.*, n° 19, p. 17 : « L'insécurité juridique se nourrit de l'inflation normative comme de l'instabilité des règles […] ». A propos des contrats d'exploitation d'auteur, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 6e éd., 2007, n° 252 : « L'impératif de sécurité juridique achève ainsi de convaincre de l'utilité d'une détermination des contours des diverses qualifications contractuelles du droit d'auteur […] » En droit grec, v. A. GEORGIADIS, *Nouveaux types des contrats de l'économie contemporaine*, 5e éd., Sakkoulas, 2008, n° 8, p. 4-5 ; *a contrario* A. GEORGIADIS, *Droit des contrats*, Partie spéciale, tom. I, Sakkoulas, 2004, n° 18, p. 13 ; A. GEORGIADIS, *Nouveaux types des contrats de l'économie contemporaine*, 5e éd., Sakkoulas, 2008, n° 7, p. 4.

[1560] D'un point de vue européen, M.-W. HESSELINK, *The New European Private Law*, Kluwer-Deventer, 2002, p. 11.

[1561] V. en ce sens, A. DESPOTIDOU, « Les contrats d'exploitation », *in* ALAI-groupe hellénique, *L'œuvre de Giorgos Koumantos et les questions contemporaines du droit d'auteur*, Athènes, 7 mai 2010, Sakkoulas, 2011, p. 151 s. et not. p. 179 et *ibid.* note n° 95 et les références y citées ; M. HESSELINK, J. RUTGERS, O. BUENO DIAZ, M. SCOTTON, M. VELDMAN, *Principles of European Law, Study Group on a European civil Code, Commercial agency, Franchise and distribution contracts (PEL CAFDC)*, Sellier, Bruylant, Staempfli, Oxford University Press 2006, p. 92 : « […] practice also needs some more specific rules. […] specific rules are needed in order to give legal practice some guidance and to provide practitioners with a reasonable degree of legal certainty. » Comp. L. BRENNAN, J. DODD, « A concept proposal for a model intellectual property commercial law », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 257 s. et not. p. 259 : « It has been said that commercial law is a « gap-filler » that supports « incomplete contracts », something like a « statutory form contract ». »

[1562] L'encadrement légal sert de base à la mise en œuvre de la tâche de qualification d'un contrat individuel. Sur l'indifférence du temps de la réalisation de la tâche de qualification, v. J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ, 3e éd., 2001, n° 57, p. 79 : « En effet, lorsque les parties adoptent un « type » contractuel, elles qualifient elles-mêmes et en même temps l'opération qu'elles choisissent de réaliser. […] Une distinction chronologique suggère en réalité que la qualification est l'œuvre d'un tiers au contrat, le juge, en cas de contentieux mais, si celui-ci intervient effectivement *a posteriori*, il n'en demeure pas moins qu'il se placera au moment de la formation du contrat, c'est-à-dire au moment de l'adoption du « type », pour déterminer ce que les parties ont voulu. Le temps importe donc peu. » Par ailleurs, l'encadrement des contrats d'exploitation, en tant que technique de catégorisation et de mise en ordre des règles juridiques est un instrument juridique précieux, qui permet la résolution des problèmes concrets, à travers leur qualification. Sur ce point v. Th. TAURAN, « Les distinctions en droit commercial », *Les Petites Affiches*, 12 septembre 2000, n° 182, p. 5 ; T. TAURAN, « Les distinctions en droit civil », *Les Petites Affiches*, n° 70, 07/04/2000, p. 5-14. Par conséquent, l'encadrement des contrats ne sert pas simplement « un plaisir intellectuel à voir les choses harmonieusement rangées, mais un véritable effet structurant dans la répartition de régimes juridiques différents. », J. HUET, « Des distinctions entre les obligations », *RDC*, 01 janvier 2006, p. 89, n° 2.

risque d'interventions jurisprudentielles *ad hoc* contradictoires est réduit[1563]. Ajoutons qu'au niveau européen, l'encadrement légal remplit la même fonction de sécurisation en matière de contrats transfrontiers[1564]. Certes, l'établissement d'un cadre contractuel remplit également une *fonction harmonisatrice* ou *unificatrice*, selon l'origine de la catégorie ou de la nature de l'instrument européen établissant celle-ci[1565]. Dans ce cadre, la sécurisation des échanges correspond aussi à la diminution de l'insécurité juridique des parties qui est due à la diversité entre les droits nationaux[1566]. Par ailleurs, l'existence d'un encadrement légal satisfait l'impératif de la protection et de la sécurisation des échanges. Ceci peut être réalisé soit à travers la consécration des règles dont l'objectif est le rééquilibrage de la position des parties, soit par la prévision des formalités de publicité[1567]. Par ailleurs, de manière générale, la critique face à l'encadrement légal des catégories contractuelles porte surtout sur les choix (politiques) concernant l'intensité et le caractère impératif de l'intervention étatique[1568]. De même, si l'encadrement exhaustif des contrats d'exploitation pouvait aboutir à un résultat statique et peu adaptable aux évolutions de la pratique de l'exploitation contractuelle[1569], il n'en reste pas moins qu'il serait possible d'envisager l'élaboration d'un cadre

---

[1563] Sur les conséquences négatives de la sollicitation excessive du juge en absence d'encadrement légal, v. P.- Y. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil, contrats speciaux*, 4e éd., Litec LexisNexis, 2004, n° 11, p. 8. Sur les avantages liés à l'existence d'une « ligne jurisprudentielle » pour le régime des opérations contractuelles, v. S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 15, p. 14 : « Il en résulte surtout une double sécurité juridique, permettant d'éviter la réformation du jugement et de savoir quel droit est applicable à l'avance, même si bien entendu le juge conserve son pouvoir de qualification. Il est d'ailleurs plus simple et plus cohérent de fixer une ligne jurisprudentielle sur la qualification du contrat que d'arrêter une position sur chaque problème de droit spécifique. » *Cf. supra* n° 228.

[1564] J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ, 3e éd., 2001, n° 59, p. 81. Comp. l'encadrement européen du contrat d'agence commerciale, établi par la Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants (Journal officiel n° L 382 du 31/12/1986 p. 0017 – 0021). V. sur le sujet J. HUET, « Les sources communautaires du droit des contrats », *in Le renouvellement des sources du droit des obligations*, coll. Assoc. H. Capitant, Lilli, LGDJ, 1996, pp. 11-27 et not. p. 13. Rappr. Avis du Comité économique et social européen sur «Le contrat d'assurance européen», Journal Officiel du 28 juin 2005 - Numéro C 157.

[1565] Sur la fonction du cadre juridique contractuel européen v. not. J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ, 3e éd., 2001, n° 59, p. 81 et n° 64, p. 84.

[1566] V. *supra* n° 267.

[1567] En ce sens, v. not. A. DESPOTIDOU, « Les contrats d'exploitation », *in* ALAI-groupe hellénique, *L'œuvre de Giorgos Koumantos et les questions contemporaines du droit d'auteur*, Athènes, 7 mai 2010, Sakkoulas, 2011, p. 151 s. et not. p. 179, note n° 95 et les références y citées.

[1568] *Cf.* également Ch. GEIGER e*t alii*, « Compte-rendu du colloque et clôture », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 571 s. et not. p. 604 : « M. Lucas a commencé par poser la question, qu'il a lui-même qualifiée de provocatrice, de la nécessité réelle d'un droit contractuel spécifique pour contrats d'auteur. Selon lui un juriste américain, répondait sans aucune hésitation par la négative à cette question, *au nom de la liberté contractuelle* et du principe d'autonomie des parties au contrat. Au contraire, en Europe continentale, tous les juristes s'accordent à reconnaitre que des *règles spécifiques sont* nécessaires. »

[1569] Comp. M.-W. HESSELINK, « The Structure of the New European Private Law », *Electronic Journal Of Comparative Law*, (December 2002), vol. 6.4, disponible sur : <www.ejcl.org/64/art64-2.html>, p. 15 : « However today there *is increasing skepticism* with regard to the possibility to deduce right answers for concrete cases from abstract rules and general principles (rule skepticism) also in Europe. »

juridique suffisamment flexible et ouvert permettant en même temps de faciliter et sécuriser les échanges et d'anticiper les évolutions du domaine dans le futur[1570].

Dès lors, l'existence d'un encadrement en matière de contrats d'exploitation présente plusieurs intérêts pour les contrats d'exploitation. Par la suite, nous allons expliquer pourquoi l'encadrement légal des contrats d'exploitation doit prendre la forme d'un droit contractuel spécial.

§2.- La légitimité de l'existence d'un droit spécial des contrats d'exploitation.

295.- Du point de vue de la technique législative, l'encadrement légal des contrats d'exploitation peut se fonder sur deux choix principaux. D'une part, un cadre juridique propre aux contrats d'exploitation peut être intégré au sein de la réglementation des catégories contractuelles plus générales du droit commun. Ce dernier choix n'est pas nouveau. En droit français, Planiol insistait déjà il y a longtemps sur le fait que « les conventions nouvelles se réduisent à des diversifications de conventions préexistantes, résultant de l'apparition de nouveaux objets-entendus au sens de choses objet de la prestation - ou à des combinaisons de contrats connus. Elles sont en cela absorbées par les qualifications préexistantes.[1571] » Par ailleurs, la sur-spécialisation de l'encadrement contractuel a été critiquée pour son caractère artificiel et son approche réductrice face à la réalité des relations contractuelles[1572]. D'autre part, il est possible de choisir un encadrement ciblé pour les contrats d'exploitation. C'est le choix privilégié de manière générale à l'heure actuelle, comme l'a démontré l'examen du cadre juridique actuel[1573].

En fait, l'existence d'un droit spécial en matière de contrats d'exploitation semble être une option de technique législative légitime qui doit être maintenue. L'opportunité de ce choix se base sur deux arguments principaux : la particularité des contrats d'exploitation (A) et l'autonomie systématique du droit de la propriété intellectuelle (B).

[1570] V. *infra* n° 549 *sq.*

[1571] M. PLANIOL, « Classification synthétique des contrats », *Rev. Crit. Legis jurisp.*, 1904, n° 470 et s., cite par N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 83, p. 81 ; N. CARDOSO-ROULOT, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, L'Harmattan, 2009, p. 323, note n° 596.

[1572] M. Van HOECKE, F. OST, « Legal doctrine in crisis : towards a European legal science », *Legal Studies*, vol. 18, n° 2, 1998, pp. 197-215 et not. p. 203 : « reality does not stop at the borderlines of the branches of the law […] legal problems often have links with other fields of the law » […] « The higher the degree of specialisation the more limited the view of legal reality and the higher the risk of distortions, gaps and misunderstandings. » Par ailleurs, la vue d'ensemble est nécessaire pour toute connaissance, en ce sens, *ibid.* p. 202.

[1573] F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial- et retour », *in Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 925 et s. et not. p. 946, parlant du *droit très spécial* des contrats de cession ou de concession de la propriété intellectuelle.

A.- L'argument pragmatique : la particularité des contrats d'exploitation.

296.- Les contrats d'exploitation sont des contrats particuliers. Leur particularité (2°) émane de la particularité de ses objets (1°).

1°.- La particularité des objets des contrats d'exploitation : Des biens immatériels particuliers.

297.- Les contrats d'exploitation portent sur les droits de propriété intellectuelle. Ces derniers protègent des biens immatériels à nature particulière.

a.- Des biens immatériels.

298.- Le caractère immatériel de l'objet protégé par les propriétés intellectuelles. L'objet de protection des droits de propriété intellectuelle (droit d'auteur, brevet, marque) est *un bien immatériel*[1574]. Les biens immatériels se distinguent des biens corporels, meubles ou immeubles car, en l'absence de corps, ils ne sont pas susceptibles d'appropriation physique[1575]. Certes, les objets immatériels ont très souvent besoin d'un support, *a priori*, matériel afin d'être extériorisés et communiqués au public[1576]. Or, l'objet immatériel ne coïncide pas avec l'objet matériel[1577], mais le « dépasse »[1578].

[1574] D'un point de vue du droit grec v. E. STAMATOUDI, *Droit communautaire de la concurrence et propriété intellectuelle*, Nomiki Vivliothiki, 2006, p. 31 ; Th. LIAKOPOULOS, « Évolutions et perspectives du droit de la propriété industrielle », *in Questions du droit des affaires*, Ed. Sakkoulas, vol. III, 1996, p. 2 ; V. MELAS, « La cession du droit de propriété intellectuelle et l'article 1036 Code civil », *NoV.*, 1988, p. 245 et s. Et not. pp. 246-247 ; L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 5e éd. 2010, n° 37, p. 28.

[1575] D'un point de vue du droit hellénique voir V. V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 133, p. 143 ; Th. LIAKOPOULOS, « Évolutions et perspectives du droit de la propriété industrielle », *in Questions du droit des affaires*, Ed. Sakkoulas, vol. III, 1996, p. 2 ; I. PITSIRIKOS, « La possibilité d'acquisition de bonne foi en droit d'auteur », *Krit.Ep.*, 1998, p. 171 et s. et not. p. 175 et 178. D'un point de vue français, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 1, p. 1 : « Tous ces droits [propriétés incorporelles] ont en commun de porter sur des objets immatériels, en ce sens qu'ils ne peuvent être appréhendés matériellement, à la différence des immeubles et des meubles corporels. » ; comp. J.-B. SEUBE, « Le droit des biens hors du Code civil », *Les petites affiches*, 15 juin 2005, n° 118, p. 4, not. n° 11 : « Enfin, faute de corpus, les biens incorporels sont longtemps restés rebelles à toute idée de possession, ce qui n'exclut pas une adaptation de l'élément matériel de la possession qui s'entendrait alors, non plus comme une maîtrise matérielle de la chose, mais comme un pouvoir de fait sur ce bien. »

[1576] N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 17, pp. 37-38, pour qui le support matériel est un moyen de transmission de l'objet immatériel.

[1577] Comp. les dispositions de l'article 17 loi grecque 2121/1993 et de l'article 44§1 de la UrhG allemande en matière de droit d'auteur. Voir aussi E. DIMAKOU, « Article 947 », *in* M. STATHPOULOS, A. GEORGIADIS, *Code Civil*, Interprétation par article, Tome 5e, *Droit des biens*, Sakkoulas, 1985, n° 2, p. 27 et D. PAPASTERIOU, *Principes généraux du droit civil*, Sakkoulas, 2e éd., 2009, n° 35, p. 176, sur la distinction entre une chose (matérielle) et un objet

b.- Des biens immatériels aux caractéristiques particulières.

299.- Le caractère immatériel des objets des droits de propriété intellectuelle n'est pas en soi un facteur décisif pour affirmer leur particularité car le droit appréhende une série de différents objets immatériels. À titre d'exemple, nous pouvons nous référer aux éléments qui composent la personnalité d'une personne (image, voix etc.), de l'entreprise, de la clientèle, au numéro d'une carte de crédit[1579]… Toutefois, les biens immatériels se distinguent dans la typologie de l'immatériel. Comme nous le verrons par la suite, les objets protégés par les propriétés intellectuelles *sont des biens immatériels particuliers*.

i.-La dimension intellectuelle des biens immatériels.

300.- Les objets immatériels protégés par les droits de propriété intellectuelle ont une relation très particulière avec l'intellect humain : ils en sont les produits[1580] et plus précisément, des manifestations d'une intervention de l'esprit humain dans la technique, la communication commerciale et la culture[1581]. C'est pourquoi un lien se tisse[1582] entre l'objet immatériel et la personne qui l'a produit[1583]. Ils sont destinés d'autre part à être appréhendés par l'intellect

---

(matériel ou immatériel). Comp. Ph. GAUDRAT, « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », *Propriétés intellectuelles, Mélanges A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 195 et s., et not. p. 207 s., faisant la distinction entre la forme interne et la forme externe d'une œuvre de l'esprit. Sur l'ensemble de la question, v. V.-L. BENABOU, « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, n° 1, janvier 2005, p. 53 et s.

[1578] V. MELAS, « La cession du droit de propriété intellectuelle et l'article 1036 Code civil », *NoV.*, 1988, p. 245 et s. et not. p. 247, citant G. KOUMANTOS, *Droit d'auteur*, 4e éd., Sakkoulas, 1984, p. 97 ; Th. LIAKOPOULOS, *Intellectual Property law in Greece*, Kluwer/Sakkoulas, 1999, n° 33, p. 34 : « The fixation of the intangible good does not exhaust the content of the relevant right of Industrial of Intellectual property. » ; A. GEORGE, *Constructing Intellectual Property*, Cambridge University Press, 2012, p. 93 : « Whilst an object of intellectual property is usually defined in terms of a documented form, its boundaries will not necessarily coincide with those of the physical object with which it is associated. »

[1579] Comp. Crim., 14 novembre 2000, *D.*, 2001, p. 1423.

[1580] D. ANASTASOPOULOS, G. MICHAILOPOULOS, *Contrats du commerce moderne*, Sakkoulas, 2011, p. 3. Comp. l'article 60 Code civil grec. *Cf.* P. GOURDON, *L'exclusivité*, L.G.D.J., 2006, p. 618 : « The word 'intellectual' in 'intellectual property' does not only refer to the intangibility of the 'things' involved. » On a pu dire que les biens intellectuels sont issus de l'imagination humaine, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 14, p. 34.

[1581] V. sur ce point, Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 7 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 126, p. 135.

[1582] Ce lien présente certainement une intensité de géométrie variable, selon le type d'objet immatériel (œuvre de l'esprit, invention, marque) et l'ordre juridique examiné. V. P. BERLIOZ, *La notion de bien*, L.G.D.J, 2007, p. 53, parlant de hiérarchisation de l'intimité de ce lien.

[1583] Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, 3e éd., Defrénois, 2007, p. 80 ; en ce sens, aussi J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 25, p. 539 : « Ainsi, le droit de paternité de l'inventeur témoigne de l'artificielle tardiveté de naissance du droit et l'arbitrage législatif opéré au détriment du créateur-inventeur. » Comp. M. VIVANT, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », *in Mélanges à l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 415 s. et not. p. 420, qui propose la reconnaissance d'un droit à la paternité à tout créateur : « Quel que soit le système en cause ou la nature de la création, ce droit à la paternité doit selon nous, être posé et ne devrait en aucun cas pouvoir être mis à l'écart. » ; J.-B.

humain[1584] : ainsi les biens immatériels peuvent être qualifiés de biens *intellectuels*. La dimension « intellectuelle » des objets immatériels en question attribue certaines qualités uniques permettant de dissocier les biens intellectuels des autres biens immatériels. Plus précisément, d'une part, l'activité intellectuelle humaine sur laquelle reposent les objets intellectuels est susceptible d'être répétée à l'infini. La production des biens intellectuels peut alors être multipliée à l'infini[1585]. Ces derniers se distinguent ainsi des autres biens immatériels « classiques », tel que le fonds de commerce.

ii.- Des biens immatériels dotés d'ubiquité.

301.- D'autre part, les biens intellectuels, contrairement à d'autres biens immatériels, la clientèle par exemple, peuvent être communiqués à *l'infini*[1586]. En pratique, après leur divulgation[1587] tout individu est potentiellement en mesure d' « accéder » par le biais de son intellect à l'objet immatériel en question et éventuellement de le maitriser intellectuellement. Plus essentiellement, les biens intellectuels sont dotés d'*ubiquité*. En effet, les biens intellectuels peuvent être « maîtrisés » intellectuellement par un nombre indéfini de personnes et ceci indépendamment du temps ou du lieu, simultanément ou parallèlement[1588], car l'usage d'un objet immatériel ne diminue pas la quantité qui reste disponible pour les autres[1589]. Notons que l'expansion des réseaux accentue effectivement l'ubiquité des biens immatériels[1590].

SEUBE, « Le droit des biens hors le Code civil », *Les petites affiches*, 15 juin 2005, n° 118, p. 4, not. n° 12, qui se réfère au lien entre la chose incorporelle et son auteur en vue de souligner la distinction entre les biens corporels et incorporels : « Ensuite, si les différentes manières dont on acquiert la propriété sont adaptées aux choses corporelles, elles s'exportent difficilement vers le règne de l'incorporel et, notamment, ne sont pas aptes à permettre l'établissement d'un lien entre la chose incorporelle et son auteur. »

[1584] V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 125, p. 134.

[1585] V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 126, p. 136. Comp. N. ERESEO, *Exclusivité contractuelle*, Litec, 2008, n° 115, p. 75, parlant de « possibilités infinies de multiplication ».

[1586] S. BECQUET, *Le bien industriel*, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2005, p. 54.

[1587] L'objet innovant présente une rareté au moment de sa divulgation parce qu'il n'existait pas avant d'apparaître. Toutefois cette rareté n'est que volatile *Cf.* Ph. GAUDRAT, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD Com.*, 2009, p. 323, n° 19, « l'objet innovant est rare tant sur un plan qualitatif que sur un plan quantitatif ».

[1588] V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 126, p. 136 ; M.-Th. MARINOS, « La délimitation contractuelle des prérogatives en droit des marques- en même temps quelques remarques sur l'interprétation de la licence d'utilisation d'une marque », *DEE*, 6/2005, p. 660 et s. et not. p. 660, parlant du potentiel inhérent des biens immatériels d'être utilisés par plusieurs personnes ; D. KALLINIKOU, « Droit d'auteur et droit civil », *ChrID*, 8/2009, p. 12 s. et not. p. 14.

[1589] V. F. LEVEQUE, MENIERE Y., *Économie de la propriété intellectuelle*, La découverte, 2003, p. 7 ; J. FARCHY, « L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : une approche réductrice pourtant indispensable », *Propriétés Intellectuelles*, n° 21, Octobre 2006, p. 388 s. et not. p. 389. *Cf.* la fameuse allégorie faite par Thomas Jefferson il y a presque deux siècles, en parallélisant la connaissance (i.e. l'objet immatériel en général) avec une bougie : *« He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine ; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me »*, *Writings of Thomas Jefferson 1790-1826*, vol. 6, edited by H. A. Washington (1854), 180-1 ; M.-Th. MARINOS, « La délimitation contractuelle des prérogatives en droit des marques-

iii.- Des biens immatériels non excluables et non concurrents.

302.- De même, en raison de leur dimension intellectuelle, les biens immatériels en question sont par nature destinés au partage entre les individus[1591]. Il est impossible d'empêcher les individus qui ont effectivement accédé aux objets immatériels, (utilisateurs) de ne pas tirer profit de leurs utilités[1592], bien évidement s'ils en disposent les moyens[1593]. Ainsi, nous pourrions affirmer que les objets immatériels sont à la base des biens collectifs issus d'une production privée[1594]. La non-exclusion, en combinaison avec la non-rivalité, place les biens intellectuels selon ARROW[1595] et SAMUELSON[1596] dans la catégorie des biens collectifs. Le caractère non concurrent[1597] et non

---

en même temps quelques remarques sur l'interprétation de la licence d'utilisation d'une marque », *DEE*, 6/2005, p. 660 et s. et not. p. 660.

[1590] V. en ce sens, M. VIVANT, « L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », *JCP G*, 2000, n° 1-2, p. 10 s. et not. p. 12, pour qui « ces mêmes réseaux créent l'ubiquité. » Comp. Y. REBOUL, « Le droit de marque à l'aube du 3e millénaire », *JCP G*, 2000, n° 1-2, p. 21 s., not. p. 21 : « Désormais, l'être humain, l'*homo sapiens*, se souvenant avec le poète qu'il est « un dieu tombé des cieux », bénéficie grâce à l'Internet, du don d'ubiquité. »

[1591] *Cf.* J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007, n° 2, p. 1 : « à la différence des choses tangibles, les créations intellectuelles (inventions techniques et formes esthétiques) ne sont pas, par nature, susceptibles d'être appropriées. ». Par ailleurs, leur vocation naturelle est de circuler, A. ABELLO, « La propriété intellectuelle une « propriété de marché » », *in* M.-A FRISON-ROCHE et A. ABELLO, (sous dir. de), *Droits et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 341 et s. et not. p. 364.

[1592] Il s'agit essentiellement de l'utilité inhérente (Cf. Th. REVET, « Les nouveaux biens », Rapport français *in* Travaux de l'Association Henri Capitant, *La Propriété*, Journées vietnamiennes, t. LIII - 2003, Paris, Société de Législation Comparée (SLC) 2006, p. 271 et s. et not. p. 289, parlant des utilités intellectuelles) et de l'utilité économique. Par contre l'utilité « morale » des objets immatériels est toujours liée uniquement au créateur/innovateur.

[1593] Le développement technologique, l'avènement de la technologie numérique et l'expansion de l'Internet ont beaucoup facilité l'utilisation et la diffusion massive des objets immatériels, notamment en matière du droit d'auteur. V. sur ce point Ch. GEIGER, E. PY, « La législation communautaire en matière de propriété intellectuelle et le rôle du parlement européen, étude synthétique », Strasbourg, mai 2009. Disponible sur : <www.ceipi.edu>, p. 5, « Le progrès des technologies a facilité la reproduction et la diffusion massive des créations. » ; M. LEVY, J.– P. JOUYET, L'économie de l'immatériel, la croissance de demain, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, La Documentation française, nov. 2006. Disponible sur < www.minefi.gouv.fr/directions_services/sircom/technologies_info/immateriel/immateriel.pdf>, p. 17 parlant de « la facilité avec laquelle un contenu peut désormais être dupliqué, quasiment sans coût ».

[1594] En ce sens X. GREFFE, *Économie de la propriété artistique*, Economica 2005, p. 39 :« on est en présence de production privée de biens collectifs (i.e. la connaissance, les idées, le savoir) […]». ; J. FARCHY, « L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : une approche réductrice pourtant indispensable », *Propriétés Intellectuelles*, n° 21, Octobre 2006, p. 388 s. et not. p. 389-390 ; J. LESUEUR, *Conflits de droits. Illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 81, n° 122. Comp. D. KALLINIKOU, « Droit d'auteur et droit civil », *ChrID*, 8/2009, p. 12 s., not. p. 14, pour qui les biens intellectuels sont des biens collectifs, en ce sens qu'ils ont une utilité pour l'ensemble de la société.

[1595] K. ARROW, Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention, *in* NELSON (sous dir. de), *The Rate and Direction of Inventive Activity : Economic and Social Factors*, 1962, Princeton University Press, p. 609 *sq.*

[1596] P. SAMUELSON, « The Pure Theory of Public Expenditure », *Review of Economics and Statistics*, 1954, 36 (4), p. 387 s.

[1597] J. FARCHY, « L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : une approche réductrice pourtant indispensable », *Propriétés Intellectuelles*, n° 21, Octobre 2006, p. 388 s. et not. p. 389 ; c'est la « la tragédie des objets immatériels », à l'instar de la « tragédie de communs » du Garrett Hardin, « The Tragedy of the Commons », *Science*, Vol. 162, No. 3859 (December 13, 1968), pp. 1243-1248.

excluable[1598] des biens intellectuels combiné avec leur utilité pour l'intérêt public[1599] confèrent à ceux-ci une dimension ou fonction sociale qui n'est pas propre aux autres biens immatériels.

iv.- Des biens immatériels absolument autonomes.

303.- Les biens intellectuels sont par définition autonomes par rapport à tout support matériel[1600]. De même, en raison de l'existence d'un lien avec la personne qui les conçoit, ces objets immatériels restent autonomes face à celle-ci. C'est pourquoi, et contrairement à ce qui se passe avec les objets immatériels qui s'intègrent à la personnalité d'une personne, la « disparition » de leur créateur n'entraîne pas en soi la disparition du bien intellectuel[1601].

v.- Des biens immatériels, porteurs de créativité et d'innovation.

304.- Une autre particularité des biens intellectuels est leur caractère créatif et innovant. En pratique, les biens intellectuels, objets des propriétés intellectuelles sont issus d'une activité créative[1602] (acte de création)[1603] et correspondent ainsi à des *créations* intellectuelles[1604]. Même si

---

[1598] V. F. LEVEQUE, Y. MENIERE, *Économie de la propriété intellectuelle*, *La découverte*, 2003, p. 7 et s. ; J.-M. BRUGUIERE, « Introduction », *in* J.-M. BRUGUIERE, (sous dir. de), *Droit d'auteur et culture, collection Thèmes et commentaires*, *La propriété intellectuelle autrement*, Dalloz, 2007, p. 1 et s. et not. p. 14 ; J. FARCHY, « L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : une approche réductrice pourtant indispensable », *Propriétés Intellectuelles*, n° 21, Octobre 2006, p. 388 s. et not. p. 389. Comp. M.-Th. MARINOS, « Le principe numerus clausus en droit des biens immatériels- influence sur la nature juridique de la licence d'utilisation de marque », *in* Anniversaire Ap. Georgiadis, Tom. II, Sakkoulas, 2006, p. 1575 et s. et not. p. 1576.

[1599] Comp. V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 127, p. 137.

[1600] En ce sens, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 17, p. 37.

[1601] V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 126, p. 136. Comp. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 17, p. 37 se référant aux limites de l'immatérialité des valeurs mobilières.

[1602] Voir sur ce point B. HARRIS, *Intellectual Property Law in the European Union*, William S. Hein & Company, 2005, n° 3-2, p. 29 : « [C]reativity, however banal in some cases, is at the heart of the concept of intellectual property […] » ; G. KOUMANTOS, « Propriété intellectuelle », *Elldni*, n° 35, 1994, p. 1464 s. et not. p. 1466 » ; J. LESUEUR, *Conflits de droits. Illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 50 et s. ; mettant l'accent sur l'élément humain de l'activité de création, J.-L. PIOTRAUT, *Droit de la Propriété Intellectuelle*, Ellipses, 2e éd., 2010, p. 10 : « De manière générale, il ne devrait pas y avoir de difficulté pour qualifier de « droits intellectuels » *les droits portant sur l'activité et la pensée de l'homme* ». Comp. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 14, p. 34, pour qui les objets immatériels sont des choses « issus de l'imagination humaine. » ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 15 *sq.*, p. 35 s. ; S. BECQUET, *Le bien industriel*, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2005, p. 52.

[1603] V.-L. BENABOU, « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, n° 1, janvier 2005, p. 53 et s. : « L'acte de création peut être envisagé dans une double dimension dynamique (action) et statique (produit de l'action). Une telle acception est intéressante dans la mesure où elle est apte à rendre compte du caractère protéiforme de la création-résultat unifiée par l'unicité de la création-action. On lui préférera le terme « création intellectuelle » qui rend compte de la même dualité (processus/produit). » Cet acte peut prendre plusieurs formes, c'est un travail intellectuel qui présente différentes dimensions, selon l'objet de la création. Voir Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, 3e éd., Defrénois, 2007, p. 80 : « Travail Intellectuel : En premier lieu, [les droits intellectuels] sont lies à la personnalité, au talent et au travail intellectuel de leur auteur : travail passé (droits d'auteur), travail passé et actuel (brevets d'invention, marques). »

la notion de création intellectuelle peut renvoyer à des réalités extrêmement diverses[1605], les biens intellectuels constituent des expressions particulières du concept générique de la créativité humaine dans le domaine culturel, technique et commercial[1606]. De même, l'aspect créatif des biens intellectuels va de pair avec le caractère innovant, au sens large, de ceux-ci[1607]. En fait, la création intellectuelle protégée par les propriétés intellectuelles doit présenter un « taux » d'originalité, de

---

[1604] La qualification de création va sans dire pour les œuvres de l'esprit et les inventions. Les œuvres de l'esprit littéraires, artistiques, qui constituent l'« archétype » de la création intellectuelle. Comp. aussi D. KALLINIKOU, « Droit d'auteur et droit civil », *ChrID*, 8/2009, p. 12 s., not. p. 14, parlant de « l'unicité de la création » d'une œuvre de l'esprit. De même, les inventions sont des innovations techniques. Sur ce point v. par exemple J.-L. PIOTRAUT, *Droit de la Propriété Intellectuelle*, 2e éd., Ellipses, 2010, p. 10.

Certes, la qualification de création intellectuelle peut être acceptée moins aisément en matière de marques. V. sur ce point J. RAYNARD, « Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », *in* Mélanges offerts à J.-J. Burst, Litec, 1997, p. 529 et s., not. p. 539. En fait, il a pu être soutenu que les marques ne relèvent pas toujours d'une création intellectuelle. Ceci semble à premier égard vrai à propos des *marques « banales »* qui sont constituées, par exemple, d'une dénomination existante (J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, n° 11112, p. 63, note n° 42), des termes empruntés au langage courant (A. ABELLO, « La propriété intellectuelle une « propriété de marché » », *in* M.-A FRISON-ROCHE et A. ABELLO, (sous dir. de), *Droits et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 341 et s. et not. p. 411) ou d'un patronymique (J.-L. PIOTRAUT, *Droit de la Propriété Intellectuelle*, Ellipses, 2004, p. 9). Cette affirmation a, par ailleurs, mené parfois même à suggérer l'exclusion des marques du rang des propriétés intellectuelles. Voir par exemple S. GUTIERREZ-LACOUR, *Le temps dans les propriétés intellectuelles*, Litec LexisNexis, 2004, n° 21 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, 3e éd., Defrénois, 2007, p. 70 ; J.-L. PIOTRAUT, *Droit de la Propriété Intellectuelle*, Ellipses, 2e éd., 2010, p. 11 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 2, p. 1 pour qui les marques ne supposent aucun acte de création ou d'invention. Quant à nous, nous pensons avec M. Vivant que la marque présente un aspect créatif. L'acte de création « *réside dans le rapport crée –rapport de fantaisie- entre l'identifiant et un produit ou un service* ». V. sur ce point, M. VIVANT, « Propriété intellectuelle et ordre public », *in* J. FOYER, *Auteur et législateur*, Mélanges Foyer, PUF, 1997, p. 307 et s. ; M. VIVANT, « Quand la marque bouscule le droit de la propriété intellectuelle », *in Liber amicorum G. Bonet*, Litec, coll. de l'IRPI, 2010, p. 523 et s. et not. p. 524 ; N. BRONZO, *Propriété Intellectuelle et droits fondamentaux*, L'Harmattan, 2007, p. 54 et s. et les références y citées.

[1605] M. VIVANT, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », *in Mélanges à l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 415 s. et not. n° 7, p. 419.

[1606] L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 5e éd. 2010, n° 38, p. 29 ; Th. LIAKOPOULOS, *Intellectual Property law in Greece*, Kluwer/Sakkoulas, 1999, n° 6, p. 26 : « The intellectual creation, as the object of an exclusive right, may constitute an intervention of the human mind either in the field of technology (technological developments, ie patents, utility model certificates …) or in the field of business communications (trade labels, such as trademarks, names and trade name) or in the field of culture (authors' rights and neighbouring rights. » V. A. LUCAS, H.-J. LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 3ème éd., Litec, 2006, n° 24 : « La Propriété Intellectuelle repose sur un acte de création. » ; J. RAYNARD, « Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », *in* Mélanges offerts à J.-J. Burst, Litec, 1997, p. 529 et s., not. n° 25, pp. 538-539 : « Tous les monopoles intellectuels naissent de la création. » Voir toutefois W. GORDON, « Intellectual property », *in* P. CANE, M. TUSHNET (sous dir. de), *The Oxford Handbook Of Legal Studies*, Oxford University Press, 2003, pp. 617-646, disponible sur SSRN : http://ssrn.com/abstract=413001, p. 619 : « If 'intellectual' refers to the fact that some aspect of creation, distribution, or use employs the mental faculty, virtually nothing would be excluded. » Comp. Th. REVET, « Notion de bien : tout produit de l'activité intellectuelle constitue un bien » (note sous l'arrêt Cass. Crim. 22. Sept 2004, *JurisData* n° 04-80.285, *RTD Civ.*, 2005, p. 164.

[1607] Sur la notion de l'innovation dans son sens large, voir M. LEVY, J.– P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, La Documentation française, nov. 2006. Disponible sur < www.minefi.gouv.fr/directions_services/sircom/technologies_info/immateriel/immateriel.pdf>, p. 14 : « L'innovation est aujourd'hui un phénomène beaucoup plus large, dont la recherche et la technologie ne sont qu'un aspect. Innover, ce n'est en effet plus seulement lancer un produit technologiquement plus développé, mais également créer un nouveau service, découvrir un nouveau concept commercial, créer une image de marque, trouver une nouvelle forme d'organisation du travail, concevoir une nouvelle chaîne de travail ou trouver un design révolutionnaire ou encore appliquer de façon originale des solutions traditionnelles au monde du net. »

nouveauté et de distinctivité[1608], selon le type de création. Sur cette base, les biens intellectuels sont porteurs de créativité et d'innovation[1609], ce qui permet de les distinguer de tous les autres biens immatériels[1610].

En conclusion, la particularité des biens intellectuels pourrait être résumée par la définition suivante : « un bien intellectuel est une chose issue de l'imagination humaine dans l'exercice d'une activité créative, susceptible d'appropriation indépendamment de tout support.[1611] ».

2°.- Les conséquences de la particularité des biens intellectuels sur l'exploitation contractuelle des droits de propriété intellectuelle.

305.- Au-delà de leur caractère immatériel[1612], la particularité des biens intellectuels a des répercussions sur l'exploitation contractuelle des droits de propriété intellectuelle. En effet, les contrats d'exploitation doivent faire face à des enjeux inédits et répondre à des besoins particuliers.

[1608] Sur le lien entre distinctivité et créativité, voir S. BECQUET, *Le bien industriel*, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2005, p. 201 et les références citées : « Pour accéder à la protection, la marque doit d'abord être distinctive, en tant qu'elle a pour fonction, aux termes de l'article L. 711-1 de distinguer les produits ou les services. Dans cette perspective, elle doit échapper à toute banalité ou caractère nécessaire. Le signe constituant la marque peut n'être ni nouveau, ni original, aux sens classique que ces notions recouvrent en droit de PI. La marque n'en est pas moins parfois définie par certains auteurs comme la rencontre des notions d'originalité et de nouveauté, prises dans leur sens commun, la distinctivité supposant la créativité. » ; J. RAYNARD, « Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », *in* Mélanges offerts à J.-J. Burst, Litec, 1997, p. 529 et s., not. n° 25, p. 539 : « [L]'exigence d'un caractère distinctif qui impose de pouvoir identifier un produit parmi ceux de même nature proposés par les concurrents, suppose nous semble-t-il un certain fait de créativité. » ; M. VIVANT, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », *in Mélanges à l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 415 s. et not. p 418 : « [L]a marque qui est une dénomination de fantaisie doit nécessairement dans son rapport au produit ou service marqué présenter un caractère de instinctivité, qui s'oppose de à la banalité et suppose pour le fait même créativité. » Par ailleurs, la création d'une image de marque, même banale, exige la mise en œuvre d'une activité innovatrice, M. LEVY, J.– P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, La Documentation française, nov. 2006. Disponible sur < www.minefi.gouv.fr/directions_services/sircom/technologies_info/immateriel/immateriel.pdf>, p. 14 ; B. HARRIS, *Intellectual Property Law in the European Union*, William S. Hein & Company, 2005, n° 3-2, p. 29. Comp. A. ABELLO, « La propriété intellectuelle une « propriété de marché » », *in* M.-A FRISON-ROCHE et A. ABELLO, (sous dir. de), *Droits et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 341 et s. et not. p. 411, qualifiant faibles les marques qui sont constituées de termes empruntés au langage courant.

[1609] Comp. S. BECQUET, *Le bien industriel*, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2005, p. 52, parlant de « choses informationnelles innovatrices ».

[1610] V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 125, p. 134. Comp. A. DESPOTIDOU, « Les contrats d'exploitation », *in* ALAI-groupe hellénique, *L'œuvre de Giorgos Koumantos et les questions contemporaines du droit d'auteur*, Athènes, 7 mai 2010, Sakkoulas, 2011, p. 151 s. et not. p. 179 note n° 94.

[1611] N. BINCTIN, « Les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses », *CCE*, juin 2006, p. 8 et s., p. 8. ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 12, p. 33 et les références citées.

[1612] V. *supra* n° 214 *sq*. le développement relatif au caractère inapproprié des doubles qualifications civilistes aux contrats d'exploitation.

a.- La dimension intellectuelle du bien intellectuel et l'exploitation contractuelle des droits de propriété intellectuelle.

306.- Le fait que les biens intellectuels soient produits par l'intellect humain et destinés à être perçus intellectuellement par d'autres êtres humains a des répercussions tant sur la détermination du contenu que sur la finalité de la protection octroyée par les droits exclusifs de propriété intellectuelle. D'une part, les propriétés intellectuelles protègent le lien tissé entre le bien intellectuel et la personne dont l'intellect l'a conçu[1613], à travers la reconnaissance de prérogatives extra-patrimoniales[1614]. Ces prérogatives sont exorbitantes du droit commun des biens (matériels)[1615]. Qui plus est, l'existence de prérogatives extra-patrimoniales a des répercussions sur l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles[1616]. Ceci devient très évident dans l'hypothèse des droits d'auteur continentaux. En pratique, l'exercice du droit de divulgation ou, d'emblée, du droit de repentir[1617] a des répercussions très importantes sur l'exécution des contrats

---

[1613] Il est significatif qu'en droit grec, l'article 60 du Code civil qui se réfère de manière générale aux droits d'une personne sur les « produits de son intellect » est placé dans la partie relative à la protection de la personnalité.

[1614] Sur ce point voir N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 21, pp. 42-43 : « [E]n raison de l'origine des biens intellectuels-l'imagination humaine-, le législateur constate un lien spécifique entre certains créateurs et leurs créations. Ces dernières peuvent être plus une expression de la personnalité du créateur qu'un simple bien d'exploitation, mais cette relation personnelle ne doit pas exclure les biens intellectuels du champ du droit des biens. » Certes cette reconnaissance est très variable d'un droit national à l'autre et d'un type de propriété intellectuelle à l'autre. Si on la retrouve en droit d'auteur, elle est aussi présente dans le droit à la qualité d'inventeur en droit des brevets. De même, les prérogatives extra-patrimoniales en matière de marques sont les moins évidentes. Voir toutefois, en droit français, en faveur de l'existence d'aspects extra-patrimoniaux dans toutes les propriétés intellectuelles, J. LESUEUR, *Conflits de droits. Illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, n° 71 *sq.* p. 51 et s. ; Y. BASIRE, *Les fonctions de la marque : Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif*, thèse, Strasbourg (CEIPI), 2012, n° 362 *sq*., p. 293 s., pour qui l'aspect extra-patrimonial de la marque s'exprime dans les marques notoires.

[1615] Sur ce point, voir en droit grec V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 133, p. 143 ; I. PITSIRIKOS, « La possibilité d'acquisition de bonne foi en droit d'auteur », *Krit.Ep.*, 1998, p. 171 et s. et not. p. 177 ; V. MELAS, « La cession du droit de propriété intellectuelle et l'article 1036 Code civil », *NoV.*, 1988, p. 245 et s. et not. p. 247 ; D. KALLINIKOU, « Droit d'auteur et droit civil », *ChrID*, 8/2009, p. 12 s., not. p. 14. D'un point de vue français, comp. J.-B. SEUBE, « Le droit des biens hors le Code civil », *Les petites affiches*, 15 juin 2005, n° 118, p. 4, not. n° 12.

En droit français, voir à titre indicatif, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 34, p. 18 : « Le droit moral confirme ce particularisme qui n'a aucun équivalent dans la propriété des immeubles ou des meubles corporels. » Par ailleurs, c'est à cause de l'existence des prérogatives morales que certains auteurs optent pour un type de propriété différent du modèle civiliste, appliqué en matière de brevets. Voir Ph. GAUDRAT, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD Com.*, 2009, p. 323, not. n° 48. De même, le besoin d'établir une catégorie de « *droits mixtes* », composés de prérogatives patrimoniales et extra-patrimoniales et au sein de laquelle les propriétés intellectuelles trouveraient leur place, a pu être affirmé (« droits créés »). Voir sur ce point, J. LESUEUR, *Conflits de droits. Illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, n° 68 *sq.*

[1616] Voir en ce sens, d'un point de vue français, M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 639, p. 534 : « [Les contrats intéressant la propriété intellectuelle] sont singuliers par leur objet : tout à la fois immatériel et à double visage puisque le droit moral, dont précisément la singularité est affirmée, vient se conjuguer comme on le sait avec les prérogatives patrimoniales. »

[1617] V. par exemple l'art. 4§1 ε de la loi hellénique 2121/1993 ou l'art. L. 121-4 du CPI français.

d'exploitation[1618]. Le régime protecteur qui est prévu au sein des droits des contrats d'auteur continentaux se justifie également par la présomption de la faiblesse du créateur des biens intellectuels protégés.

La dimension intellectuelle des biens intellectuels attache des enjeux particuliers à la conclusion et à l'exécution des contrats d'exploitation[1619]. Ceci s'exprime tant par l'influence et la gestion de prérogatives extra-patrimoniales[1620] que par l'existence de règles impératives protectrices[1621]. D'autre part, la protection conférée aux propriétés intellectuelles est concentrée plutôt sur le contrôle de la dissémination du bien intellectuel entre les individus[1622]. C'est sur cette base que les droits de propriété intellectuelle ont été qualifiés de propriétés vouées à la circulation[1623], ou, en d'autres termes, de propriétés de marché[1624]. Ceci dit, les contrats d'exploitation ont une fonction

---

[1618] Voir en ce sens, en droit grec, v. V. MELAS, « La cession du droit de propriété intellectuelle et l'article 1036 Code civil », *NoV.*, 1988, p. 245 et s. et not. p. 250, parlant de particularité qui trouve son origine tant à l'objet qu'à la nature du droit d'exploitation. ; M.-Th. MARINOS, « Quelques remarques autour de la nature juridique de la licence exclusive de marque », *EllDni*, 2006, p. 327 et s. et not. p. 331. En droit français, v. not. Ph. ALLAEYS, « Le droit de divulgation est-il supra-patrimonial ? », note sous arrêt, Cour de cassation, 1e civ., 25 mars 2010, *Recueil Dalloz*, 2010 p. 1603 ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 639, p. 534.

[1619] En ce sens, L. BRENNAN, J. DODD, « A concept proposal for a model intellectual property commercial law », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 257 s. et not. p. 261.

[1620] Ch. CARON, « Un nouveau contrat nommé : le contrat d'exploitation d'une œuvre sur internet », *in Les deuxièmes journées du droit du commerce électronique*, Litec, 2005, p. 259 et s., not. p. 265.

[1621] En ce sens, à propos de l'existence des règles protectrices en matière de droit d'auteur, v. A. DESPOTIDOU, « Les contrats d'exploitation », *in* ALAI-groupe hellénique, *L'œuvre de Giorgos Koumantos et les questions contemporaines du droit d'auteur*, Athènes, 7 mai 2010, Sakkoulas, 2011, p. 151 s. et not. p. 152, pour qui les règles impératives de la partie générale du droit des contrats d'auteur grec attribuent aux contrats d'exploitation une « particularité remarquable » [*αξιοσημείωτο βαθμό ιδιομορφίας*].

[1622] V. sur ce point Ph. GAUDRAT, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD Com.*, 2009, p. 323, not. n° 17 : « Le modèle civiliste précité ne fonctionne plus lorsque, l'objet incorporel étant naturellement doué d'ubiquité et fonctionnellement destiné au partage, la finalité du droit est d'en contrôler l'exploitation par dissémination. La rareté sur laquelle s'impute le mécanisme propriétaire précité, n'étant plus inhérent à la chose, le droit lui-même doit y suppléer en créant une rareté économique (réservation) et en organisant les remontées de l'exploitation vers qui de droit (titularisé). Les traits de la chose auxquels s'applique l'exclusivité sont à construire dans le modèle intellectuel ; d'où découlent ensuite les attributs. » Toutefois, selon le même auteur (n° 15), ceci n'empêche pas que le modèle propriétaire soit le même que celui applicable aux biens corporels : « Dès lors que par nature ou par fonction la chose intègre les contraintes de localisation, détermination ou délimitation de la matière, son incorporéité n'exclut pas l'application de ce modèle ; ses restrictions naturelles ou fonctionnelles remplacent celles de la matière. » ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 133, p. 143.

[1623] C'est également sur cette base que le non-usage des propriétés intellectuelles est sanctionné.

[1624] A. ABELLO, « La propriété intellectuelle une « propriété de marché », *in* M.-A FRISON-ROCHE et A. ABELLO, (sous dir. de), *Droits et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 341 s. et not. p. 370 : « Le dynamisme du marché reposant sur l'idée de circulation, la propriété ne doit pas être figée. » ; Comp. Th. REVET, « Les nouveaux biens », Rapport français *in* Travaux de l'Association Henri Capitant, *La Propriété*, Journées vietnamiennes, t. LIII - 2003, Paris, Société de Législation Comparée (SLC) 2006, p. 271 et s., not. p. 290. Effectivement, l'enjeu ici est celui du droit de la propriété appliqué à l'économie du savoir, v. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 2, p. 21.

particulière qui ne caractérise pas les contrats du droit commun car ils constituent le fondement de la circulation organisée de ces propriétés particulières[1625].

b.- L'ubiquité du bien intellectuel et l'exploitation contractuelle des droits de propriété intellectuelle.

307.- L'ubiquité qui caractérise les biens intellectuels se reflète également dans le contenu de la protection octroyée par les droits de propriété intellectuelle. Plus précisément, le dispositif de protection est conçu de façon à octroyer au titulaire la possibilité de contrôler et de monnayer le caractère ubiquitaire du bien intellectuel. En effet, le droit exclusif portant sur les biens intellectuels est composé d'*une multitude des prérogatives*[1626], susceptibles d'être exercées, en totalité ou en partie[1627], simultanément ou pas, par une ou plusieurs personnes[1628], sans que l'une affecte l'autre[1629]. La divisibilité du droit exclusif favorise cette « pluri-exploitation » du bien intellectuel. Sur cette base, l'étendue et l'intensité des formes d'exploitation des droits de propriété intellectuelle dépassent largement les possibilités d'exploitation caractérisant les autres objets matériels et immatériels[1630].

La pluri-exploitation des prérogatives des propriétés intellectuelles rend leur exploitation contractuelle beaucoup plus complexe par rapport à celle des biens matériels et autres biens immatériels. La pluri-exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles prend différentes formes. Plus précisément, un nombre indéfini de contrats d'exploitation peut avoir pour objet le même droit de propriété intellectuelle sous les mêmes conditions et offrir exactement le même droit de jouissance à tout exploitant. De même, le paramétrage de l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles peut être très sophistiqué. En effet, le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle a la possibilité de ciseler contractuellement le contenu du droit[1631] ainsi que de

---

[1625] V. M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013m p. 533, note n° 3 ; A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, *passim.*

[1626] M.-Th. MARINOS, « La délimitation contractuelle des prérogatives en droit des marques- en même temps quelques remarques sur l'interprétation de la licence d'utilisation d'une marque », *DEE*, 6/2005, p. 660 et s. et not. p. 660.

[1627] Th. LIAKOPOULOS, *Intellectual Property law in Greece*, Kluwer/Sakkoulas, 1999, n° 40, p. 40 : « The rights governing immaterial goods, just because their object cannot be determined in terms of material substance, grant to the beneficiary the possibility of economically exploiting them through their partition, i.e. by exploiting the right not only as a whole but also partially. »

[1628] C. DAVIES, T. CHENG, *Intellectual Property Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, n° 88, p. 89 : « The result is that a multiplicity of different rights may be granted to a multiplicity of different persons. »

[1629] M.-Th. MARINOS, « Le principe numerus clausus en droit des biens immatériels- influence sur la nature juridique de la licence d'utilisation de marque », *in* Anniversaire Ap. Georgiadis, Tom. II, Sakkoulas, 2006, p. 1575 et s. et not. p 1576 ; M.-Th. MARINOS, « Quelques remarques autour de la nature juridique de la licence exclusive de marque », *EllDni*, 2006, p. 327 et s. et not. p. 330.

[1630] Sur la multitude des prérogatives et leur lien avec la complexité de l'exploitation des objets immatériels, voir M.-Th. MARINOS, « La délimitation contractuelle des prérogatives en droit des marques- en même temps quelques remarques sur l'interprétation de la licence d'utilisation d'une marque », *DEE*, 6/2005, p. 660 et s. et not. p. 660.

[1631] M.-Th. MARINOS, « La délimitation contractuelle des prérogatives en droit des marques- en même temps quelques remarques sur l'interprétation de la licence d'utilisation d'une marque », *DEE*, 6/2005, p. 660 et s. et not. p. 661.

déterminer artificiellement[1632] la rareté des objets immatériels à travers le mécanisme de l'exclusivité[1633]. Sur cette base, les contrats d'exploitation sont les outils qui permettront de déterminer des modalités et des conditions de coexistence d'un grand nombre des différents exploitants et utilisateurs contractuels du même objet immatériel.

Ainsi, les contrats d'exploitation doivent faire face à des enjeux particuliers liés à l'ubiquité des biens immatériels et se caractérisent par des concepts originaux, tels que la divisibilité contractuelle du droit de la propriété intellectuelle ou l'exclusivité[1634], qui n'intéressent pas les contrats afférents à tout autre bien, corporel ou incorporel[1635].

c.- La dimension sociale des biens intellectuels et l'exploitation contractuelle du droit exclusif.

308.- La dimension sociale des biens intellectuels a des répercussions sur le contenu de la protection octroyée par les droits de propriété intellectuelle. En effet, les droits de la propriété intellectuelle,

---

[1632] N. ERESEO, *Exclusivité contractuelle*, Litec, 2008, n° 115, p. 75.

[1633] Sur l'importance de l'exclusivité au sein de l'exploitation contractuelle v. N. ERESEO, *Exclusivité contractuelle*, Litec, 2008, n° 115, p. 76 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 7e éd., 2010, n° 263, p. 454: « L'exclusivité est de l'âme du commerce des objets immatériels » et *ibid.*, n° 475, p. 515 : « [L'exclusivité] est le cœur delà plupart des contrats, conclus en amont avec les auteurs et en aval avec les exploitants ; O. CACHARD, « L'exclusivité », *in Le monde du droit*, écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer, Economica, 2008, p. 216 et s., not. p. 219 : « L'exclusivité est alors économiquement utile à celui qui s'en empare. »

[1634] Sur cette originalité, voir J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 641, p. 570 : « L'obligation d'exclusivité due par l'auteur révèle un aspect plus original de l'économie des contrats d'exploitation du droit d'auteur. » ; G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 98 : « La différence entre ces deux institutions tient donc en premier lieu à la nature de l'objet du contrat : l'invention et le signe distinctif ont la faculté d'être reproduits à l'infini et cette faculté d'ubiquité s'oppose à l'exclusivisme. », et les références citées.

[1635] En ce sens, en droit français, surtout S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 288, p. 188 : « Au regard du droit civil, le contrat d'auteur se singularise néanmoins autant par ce rôle de l'objet du transfert que par celui de l'objet même des droits qui le constituent » et *ibidem* n° 315, p. 207 : « Il en est ainsi pour la quasi-totalité des contrats d'auteur, qui ne se singularisent pas seulement par l'objet sur lequel il porte, *une œuvre de l'esprit* […] ». De manière plus générale, J. RAYNARD, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC*, 2/2006, p. 597 s., n° 3 ; J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, n° 21125, p. 698 : « Toutefois, l'objet du contrat entraine certaines particularités […] et cela confère une indéniable originalité. » ; N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 324, p. 282 : « Les contrats du droit d'auteur conservent leur spécificité : le simple fait que l'opération porte sur des droits d'exploitation et non sur une chose classique leur confère une nature spécifique, qui justifie certaines particularités en termes de régime. » ; *ibid.* n° 354, p. 313 ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 639, p. 534 : « Seuls les contrats intéressant la propriété intellectuelle correspondent à l'exacte thématique de cet ouvrage. Ils sont singuliers par leur objet » ; M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, p. 101, n° 98 : « Comment définir la spécificité du contrat d'exploitation du droit d'auteur ? La démarche la plus naturelle consiste à appréhender *sa particularité par l'objet du contrat* : les droits accordés à l'auteur et qu'il se propose d'exploiter. » ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 963, p. 678. *Contra* B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 93 *sq*., p. 142 s. et not. n° 94, p. 144, pour qui « il est possible de faire application de la maxime *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. » Toutefois, la consécration d'une législation spéciale en matière de propriété intellectuelle n'est-elle pas une distinction ? V. *infra* n° 311 *sq.*

malgré leur nature exclusive[1636], ne correspondent pas à une forme de réservation privative[1637] « égoïste »[1638]. Plus précisément, la reconnaissance des droits privatifs sur les biens intellectuels est destinée à servir également des intérêts collectifs. Plusieurs éléments justifient une telle approche : la reconnaissance des limitations et des exceptions[1639], la durée limitée[1640], l'attribution d'un objet spécifique et d'une fonction essentielle pour chaque propriété intellectuelle par les juges de la CJUE[1641], ou même la « sanction » du non-usage du droit exclusif[1642]. Sur cette base, il semble que la consécration des régimes spéciaux de protection et de réservation exprime un compromis[1643]

[1636] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle,* 2e éd., Economica, 2010, n° 32, p. 17 : « [I]l faut admettre que l'on ne retient ici de la propriété du Code civil que son exclusivité ou son absolutisme […]. »

[1637] Sur la problématique de la réservation des objets immatériels par les droits de propriété intellectuelle, voir J.-M. MOUSSERON, M. VIVANT, « Les mécanismes de réservation et leur dialectique : le « terrain » occupé par le droit », *Cah.dr.Entr.*, 1988, n° 1, p. 2 et s. ; J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida,* Dalloz 1991, p. 281 ; M. VIVANT, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP éd. E,* 1993, I, p. 251 s. Comp. Ph. Le TOURNEAU, « Folles idées sur les idées », *Comm. Com. Electr*., n° 2, févr. 2000, chron., n° 4 ; Ch. Le STANC, « La propriété intellectuelle dans le lit du Procuste : observations sur la proposition de loi 30 juin 1992 relative à la protection des « créations réservées » », *D.,* ch., p. 4.

[1638] *Cf.* M. VIVANT, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP éd. E,* 1993, I, p. 251 s. et not. p. 276, à propos du droit d'auteur : « le droit :d'auteur n'est pas un droit égoïste et qu'il peut, replié sur ses prérogatives essentielles, justifier tout « verrouillage » » ; Ch. GEIGER, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *Recueil Dalloz,* 2010, p. 510 et s.

[1639] Th. LIAKOPOULOS, *Intellectual Property law in Greece*, Kluwer/Sakkoulas, 1999, n° 28, p. 35 : «This erga omnes effect of the right is not absolute, in the well known sense of rights in rem. The erga omnes effect is limited according to the content of this right. »

[1640] Th. LIAKOPOULOS, *Intellectual Property law in Greece,* Kluwer/Sakkoulas, 1999, n° 31, p. 36 : « In contrast to the theoretically eternal ownership of tangible property, Intellectual property right is a right limited in time. The limited period is justified by the public interest in the free use of intellectual goods for the encouragement of cultural advancement. Therefore after the expiration of the period of protection, it is reasonable for the work to fall into the public domain for free use. » ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 133, p. 144. Certes, la durée de protection d'une marque peut être potentiellement illimitée, sauf à considérer que les hypothèses de déchéance du droit sur la marque. En droit français, voir F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle,* 2e éd., Economica, 2010, n° 38, p. 21.

[1641] Sur cette question voir par exemple S. CARRE, « Le rôle de la Cour de Justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union », *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe,* Litec Lexis Nexis, Coll. du CEIPI, n° 60, 2013, p. 1 s.

[1642] Voir par exemple, V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 133, p. 144 ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle,* 2e éd. LGDJ, 2012, n° 977, p. 687 : « Licence obligatoire, déchéance ou résiliation du contrat pour défaut d'exploitation sont autant de sanctions devant assurer à la collectivité l'entier bénéfice des biens intellectuels. » ; A. ABELLO, « La propriété intellectuelle une « propriété de marché » », *in* M.-A FRISON-ROCHE et A. ABELLO, (sous dir. de), *Droits et économie de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 2005, p. 341 et s. et not. p. 366.

[1643] A. ABELLO, « La propriété intellectuelle une « propriété de marché » », *in* M.-A FRISON-ROCHE et A. ABELLO, (sous dir. de), *Droits et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 341 et s. et not. p. 372 : « il y a un équilibre à trouver entre les utilités : à l'égard du titulaire, à l'égard de tout autrui parce qu'il est sur le marché ou par artefact de la loi et finalement à l'égard de la collectivité dans son ensemble » ; J. FARCHY, « L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : une approche réductrice pourtant indispensable », *Propriétés Intellectuelles,* n° 21, Octobre 2006, p. 388 s. et not. p. 393, à propos du droit d'auteur, « organiser un « compromis social » tentant de faire cohabiter différents intérêts antagonistes, ceux des auteurs, des artistes interprètes, des producteurs et des utilisateurs ». V. aussi le même, dans un raisonnement plus poussé, qui parle d'« un compromis entre l'incitation à innover (brevets) ou à créer (œuvres artistiques) et la diffusion auprès du public » : J. FARCHY, « L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : une approche réductrice pourtant indispensable », *Propriétés Intellectuelles,* n° 21, Octobre 2006, p. 388 s. et not. pp. 389-390. Pour X. GREFFE, *Économie de la*

entre les intérêts individuels du titulaire et les intérêts collectifs[1644], tels que la protection de la vie privée (le droit de copie privée) ou de la liberté d'expression et de création (le droit de citation), le droit à la caricature[1645] le droit à l'information[1646] et la connaissance, le progrès technologique (usage expérimental des inventions[1647]) et le développement culturel, la liberté du commerce et de l'industrie. Comme le note M. VIVANT, « les droits de propriété intellectuelle appréhendent sans doute [l'objet immatériel], mais considéré sous certaines de ses utilités économiques, en fonction de la finalité assignée par le législateur au droit considéré, plus ou moins consciemment selon les cas[1648] ». En somme, la dimension sociale des propriétés intellectuelles est certainement beaucoup plus explicite que dans les autres formes de réservation privative[1649].

La dimension sociale des droits de propriété intellectuelle a des répercussions sur l'exploitation contractuelle de ceux-ci. Par exemple, les limitations de la portée de la réservation privative, qui sont imposées par des impératifs d'intérêt général, ont restreint la liberté des parties de définir la durée de l'exploitation autorisée[1650] ainsi que le contenu des prérogatives transmises[1651]. De manière similaire, il a pu être affirmé au sein de certains systèmes juridiques que l'obligation d'exploiter est d'ordre public, qui se justifie par la satisfaction de l'intérêt général et incombe à tout licencié[1652]. Sur cette base, les contrats d'exploitation doivent faire face à des impératifs d'ordre « social » susceptibles d'influencer la détermination de leur contenu.

---

propriété artistique, Economica 2005, p. 39, il s'agit d'un « ajustement qui permettra en même temps de stimuler de telles productions et de les rendre le plus vite possible disponibles ».

[1644] *Cf.* Ch. GEIGER, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 510 et s. et not. p. 513 et s. V. aussi Ch. GEIGER, « Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de propriété intellectuelle ? », *JCP G*, 2004, I, 150, p. 1313 et s. et not. p. 1314, parlant d' « *un certain nombre de limitations imposées par l'intérêt* général ».

[1645] M. VIVANT, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP éd. E*, 1993, I, p. 251 s. et not. p. 275.

[1646] S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, thèse Montpellier, 2004 *passim*, Ch. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit compare*, Litec, 2004, *passim*.

[1647] M. VIVANT, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP éd. E*, 1993, I, p. 251 s. et not. p. 276.

[1648] M. VIVANT, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP éd. E*, 1993, I, p. 251 s. et not. pp. 277 et 278. En ce sens, Ch. GEIGER, « Les droits fondamentaux garanties de la cohérence du droit de propriété intellectuelle ? », *JCP G*, 2004, I, 150, p. 1313 et s. et not. p. 1314.

[1649] Ceci est un argument utilisé pour démontrer la dissociation entre la propriété traditionnelle afférente aux objets matériels et la propriété intellectuelle. En ce sens, M.-Th. MARINOS, « Le principe numerus clausus en droit des biens immatériels- influence sur la nature juridique de la licence d'utilisation de marque », *in* Anniversaire Ap. Georgiadis, Tom. II, Sakkoulas, 2006, p. 1575 et s. et not. p. 1576.

[1650] V. par exemple A. DIETZ, « Le problème de la durée de protection adéquate du droit d'auteur sous l'aspect de la réglementation des contrats d'auteur » *in Mélanges A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 107 s.

[1651] Ici se pose la question de la légitimité de la restriction contractuelle des exceptions et limitations des droits de propriété intellectuelle.

[1652] Voir sur ce point notamment N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 975, p. 686 : « La propriété intellectuelle consacre l'obligation d'exploitation en prévoyant des fonctions et des sanctions différentes selon les régimes. Son origine est toujours située entre l'intérêt public et l'intérêt du créateur, elle crée une charge pour

309.- En somme, l'analyse précédente a démontré que les contrats d'exploitation sont des contrats singuliers par leurs objets et les enjeux particuliers caractérisant leur exploitation[1653]. La reconnaissance de la particularité des contrats d'exploitation au niveau national a pris la forme d'attribution de la qualification de contrat *sui generis* par une partie de la doctrine et de la jurisprudence au sein des droits nationaux examinés[1654]. Par ailleurs, il a été démontré plus haut[1655], que les schémas traditionnels des contrats du droit commun ne peuvent pas toujours s'adapter aux particularités des contrats d'exploitation et, de manière subséquente, apporter des solutions adaptées à leurs besoins. De même, la particularité des contrats d'exploitation a pu être reconnue également au niveau européen. Plus précisément, la version initiale du Règlement Rome I prévoyait, comme nous l'avons vu, une règle de conflit particulière à propos des contrats d'exploitation[1656]. Même si cette règle n'a pas été introduite au sein du texte final, les contrats d'exploitation ne sont pas soumis aux règles de conflit d'autres types de contrats, tels que, notamment les contrats de service.

Compte tenu de la particularité des contrats d'exploitation, le choix de l'existence d'un droit spécial des contrats d'exploitation est un choix pertinent[1657] car la nature et les caractéristiques des biens immatériels posent des problèmes particuliers et des enjeux inédits[1658]. De son côté, l'encadrement spécial des contrats d'exploitation est en mesure d'offrir des solutions spéciales et adaptées aux

---

le concessionnaire ; celui-ci doit l'assumer sous peine éventuellement de perdre le bénéfice du bien. » et *ibid.* p. 561 : « L'obligation 'exploitation répond alors autant à l'intérêt des créateurs pour lesquels il est essentiel que leurs œuvres soient diffusées qu'à celui du public. »

[1653] En ce sens, v. L. BRENNAN, J. DODD, « A concept proposal for a model intellectual property commercial law », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 257 s. et not. p. 260 : « the distinctive elements and demands of IP contracting make it a *unique field* of commercial law, certainly no less distinctive than sales and leasing, that requires careful attention in order to give effect to normal commercial expectations in this field. »

[1654] V. *supra* n° 225. Notons que, en choisissant la qualification *sui generis*, l'application sélective et analogique des règles propres à des catégories contractuelles du droit commun aura lieu uniquement dans la mesure où les règles en question puissent être adaptées aux particularités du contrat d'exploitation et plus précisément, la particularité de leur objet. En ce sens en droit grec v. not. A. DESPOTIDOU, « Les contrats d'exploitation », *in* ALAI-groupe hellénique, *L'œuvre de Giorgos Koumantos et les questions contemporaines du droit d'auteur*, Athènes, 7 mai 2010, Sakkoulas, 2011, p. 151 s. et not. p. 182 et *ibid*. note n° 102.

[1655] V. *supra* n° 217 *sq*.

[1656] V. *supra* n° 265. V. aussi B. UBERTAZZI, « Licence agreements relating to IP rights and the EC Regulation on Jurisdiction », *IIC*, 2009, p. 912 s. et not. p. 926.

[1657] V. en ce sens, L. BRENNAN, J. DODD, « A concept proposal for a model intellectual property commercial law », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 257 s. et not. pp. 260-261 : « Leaving matters to general law or trying to apply some other body of commercial contract law unsuited to IP would, at best, not address the unique commercial elements of IP contracts and, at worst, do great violence to those elements. » Comp. *supra* n° 217 les problèmes liés à la double qualification civiliste des contrats d'exploitation.

[1658] En ce sens clairement A. DESPOTIDOU, « Les contrats d'exploitation », *in* ALAI-groupe hellénique, *L'œuvre de Giorgos Koumantos et les questions contemporaines du droit d'auteur*, Athènes, 7 mai 2010, Sakkoulas, 2011, p. 151 s. et not. p. 179.

enjeux particuliers qui caractérisent l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles[1659]. De manière générale, les problèmes particuliers ont besoin de solutions particulières de la même façon que « toute différence de nature implique une différence de régime »[1660]. C'est la raison pour laquelle, « chaque spécialité revendique tôt ou tard son émancipation, affirme son autonomie pour bâtir plus librement les solutions que le droit commun ne fournit pas ou pas de façon satisfaisante.[1661] » Ajoutons que la légitimité du choix d'un encadrement spécial des contrats d'exploitation est renforcée par le fait que les contrats d'exploitation sont de « grands contrats »[1662].

[1659] Sur ce point voir F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial- et retour », *in Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 925 et s. et not. p. 927. Rappr. en ce sens, à propos de l'établissement des catégories contractuelles spéciales au sein du *DCFR*, K. LILLEHOLT, « A European law of lease ? », *in* A. VAQUER, (sous dir. de), *European private law beyond the common frame of reference*, Essays in honour of Reinhard Zimmermann, Europa Law publishing, 2008, p. 57 et s. et not. p. 61 : « The team found that some rules on leases were needed. There were aspects more or less *of exclusive interest to lease contracts* […] » ; M. BARENDRECHT et *al.*, *Principles of European Law. Service contracts* (PEL SC), Sellier, 2007, pp. 127-128 : « Although abstract rules certainly have n important function-they warrant normative integrity-practice also needs more specific rules […] As to service contracts, there are several examples of issues which require specific rules […] » ; S. BARTELS, I. GIESEN, « The Principles of European Law on Service Contracts : The Rules on Medical Treatment in a Future Europe Compared to the Rules in the Netherlands », *in* K. BOELE-WOELKI, W. GROSHEIDE, *The future of European contract law*, Wolters Kluwer , 2007, p. 149 s., not. p. 169 s. et not. p. 171 : « Not surprisingly, it was felt that some principles on specific contracts were needed as well. » ; M.-W. HESSELINK et *al.*, *Principles of European Law. Commercial agency, franchise and distribution contracts* (PEL CAFDC), Sellier, 2006, p. 92 : « […] practice also needs some more specific rules. […] specific rules are needed in order to give legal practice some guidance and to provide practitioners with a reasonable degree of legal certainty. » ; O. DESHAYES, « L'option « hybride » : l'instrument optionnel du droit des contrats (option 4) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 101 et s. et not. p. 105 : « Rares sont en effet les contrats dont la réglementation ne nécessite pas le recours à d'autres règles que celles du droit commun. » Rappr. J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p. 290 : « Les règles (pour les contrats spéciaux) de manière plus pratique, cherchent à offrir aux contractants *des solutions adaptées* aux instruments contractuels qu'ils utilisent le plus couramment. »

[1660] J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD Civ.*, 1984, p. 255 s.

[1661] F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial- et retour », *in Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 925 et s. et not. p. 927, et les références citées.

[1662] V. *supra* n° 289. Par ailleurs, l'existence des catégories contractuelles nommées se fond sur l'importance des contrats en question. Sur cette base, v. not. A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Montchrestien, 2007, n° 3, p. 2 : « Le plus souvent c'est la loi qui nomme un type de contrat. Elle ne le fait d'ailleurs pas spontanément, *ex nihilo*, mais à partir d'une pratique qui s'est instaurée et a pris une étendue et un caractère suffisamment répétitif pour qu'il soit utile et opportun de lui offrir un cadre juridique […] ». En matière des contrats d'exploitation du droit d'auteur, v. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 36, p. 39 : « Loin de résulter d'une création spontanée de la loi, ces conventions sont, au moins pour le contrat d'édition et de représentation, des contrats nés de la pratique contractuelle que le législateur s'est contenté d'officialiser. »

B.- L'argument systématique : l'autonomie du droit de la propriété intellectuelle et de ses branches.

310.- Le droit de la propriété intellectuelle est considéré comme une branche juridique autonome (1°). La reconnaissance de l'autonomie juridique du droit de la propriété intellectuelle renforce la légitimité de l'encadrement spécial des contrats d'exploitation y afférents (2°).

1°.- La reconnaissance de l'autonomie du droit de la propriété intellectuelle et de ses branches.

a.- L'autonomie systématique du droit de la propriété intellectuelle au niveau national.

311.- L'« approche positiviste »[1663] des droits nationaux retenus démontre que le droit de la propriété intellectuelle est considéré comme un domaine juridique spécial et autonome. Plus précisément, le plus souvent, les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle sont régies par des lois *ad hoc* au sein des systèmes juridiques examinés[1664]. De même, en droit français, l'adoption du Code de la propriété intellectuelle[1665] renforce l'autonomie de cette branche de droit[1666]. Car, « [a]vec chaque code nouveau, c'est une matière de plus qui franchira un grand pas

---

[1663] En ce sens J.-L. PIOTRAUT, *Droit de la Propriété Intellectuelle*, Ellipses, 2004, p. 14.

[1664] Par ailleurs, les propriétés intellectuelles ont toujours joui d'un régime spécial par des instruments juridiques supranationaux particuliers tels que les traités de Berne (1886), de Paris (1883) ou de Stockholm (1967). Ces derniers ont certainement influencé la tradition législative au niveau national. En ce sens, G. BONET, « Propriétés Intellectuelles », *RTD Eur.*, 1981, 97 et s. et not. p. 100. Certes, l'acception de l'autonomie systématique du droit de la propriété intellectuelle s'attache à la tendance qui caractérise les systèmes juridiques continentaux des 20-30 dernières années à développer de nouvelles branches juridiques, en dehors du schéma originel d'arrangement des disciplines juridiques. Sur ce point voir A. WIJFFELS, « European Private Law : A New Software-Package for an Outdated Operating system ? », *in* M. HOECKE, F. ORT, *The Harmonisation of European Private Law*, Hart Publishing, 2000, p. 101 et s., p. 106 : « [T]hese legal systems all share nowadays a tendency to develop new branches of the law which no longer follow the original arrangement of disciplines ; most of specialization which have become distinct and established legal disciplines over the past twenty years are at odds with the « rational » principles on which the general systematisation of the law (and henceforth also the major codifications) was based. »
Toutefois, en Russie, la réglementation du droit de la propriété intellectuelle est intégrée au sein du Code civil. V. A. DIETZ, « Regulations of Copyright Law in the new Part IV of the Russian Civil Code-An important, but partly problematic piece of legislation », *RIDA* n° 126, avril 2008, p. 123 s., cité par D. KALLINIKOU, « Droit d'auteur et droit civil », *ChrID*, 8/2009, p. 12 s., not. p. 13 ; V. SIMONENKO, « La propriété intellectuelle en Russie à la lumière de la codification entreprise », *Communication Commerce Électronique*, n° 5, mai 2009, étude 12.

[1665] Loi n° 92-597 du 1er juillet 1992. Sur cette codification v. V.–L. BENABOU, V. VARET (sous dir. de A. FRANÇON), *La codification de la propriété intellectuelle : étude critique et prospective*. Mission de recherche droit et justice, Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, La Documentation française, 1998 ; P.-Y. GAUTIER, « De l'art d'être fructif », *in La codification*, Dalloz, 1996, p. 7.

[1666] En ce sens, not. V.–L. BENABOU, V. VARET (sous dir. de A. FRANÇON), *La codification de la propriété intellectuelle : étude critique et prospective*. Mission de recherche droit et justice, Institut de recherche en propriété

vers l'autonomie »[1667]. De plus, dans certains pays, l'autonomie du droit de la propriété intellectuelle se reflète également dans l'organisation judiciaire[1668]. D'un point de vue systématique, les régimes de protection des propriétés intellectuelles sont considérés comme des droits privés spéciaux, et plus précisément, des régimes spéciaux du droit des biens[1669], identifiables et

---

intellectuelle Henri-Desbois, La Documentation française, 1998, p. 5 (avant-propos) ainsi que n° 112 et s., parlant de l' « édiction d'une structure d'ensemble » ; J. RAYNARD, « Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », *in* Mélanges offerts à J.-J. Burst, Litec, 1997, p. 529 et s., not. p. 530 : « on ne peut ignorer le fait que la codification exprime l'existence d'une matière, d'une discipline […] » ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 125, p. 78 ainsi que n° 51, p. 27 : « Peut-être la codification marque-t-elle aussi la conquête d'une certaine autonomie de cette matière, tiraillée jusque-là entre le droit civil (pour le droit d'auteur) et le droit commercial (pour la propriété industrielle) […] ». ; J.-B. SEUBE, « Le droit des biens hors le Code civil », *Les petites affiches*, 15 juin 2005, n° 118, p. 4, n° 3 ; F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial- et retour », *in Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 925 et s. et not. p. 930 : « [L]e Code de la propriété intellectuelle, en réunissant des lois éparses relatives à deux domaines […] les a émancipés, en témoignant l'originalité de cette discipline et en soulignant les lignes entre ses deux branches, malgré leurs importantes différences, plutôt que leurs liens avec le droit civil et le droit commercial. » Certes, le Code de la propriété intellectuelle constitue l' « œuf qu'on a conçu après la naissance de ses éléments », F. GRUA, « Les divisions du droit », *RTD civ.*, 1993, p. 59 et s., not. n° 7.

Pour J.-L. AUBERT, « l'existence d'une codification hors du Code civil des règles considérées […] ne constitue pas nécessairement une affirmation d'autonomie. Cependant, cet auteur admet l'autonomie du droit des propriétés intellectuelles » : J.-L. AUBERT, « La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil », *in Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 123 s., et not. p. 131 et 133. Sur l'autonomie du droit de la propriété intellectuelle indépendamment de l'existence du Code de propriété intellectuelle, v. G. LARDEUX, « Le droit des contrats spéciaux hors le Code civil, *Les Petites Affiches*, 14 septembre 2005, n° 183, p. 3, qui parle d'un « divorce profond » qui a fait détacher définitivement le droit de la propriété intellectuelle du droit civil. ; J.-B. SEUBE, « Le droit des biens hors le Code civil », *Les petites affiches*, 15 juin 2005, n° 118, p. 4, n° 3 et n° 24. Rappr. aussi la reconnaissance de l'autonomie du droit d'auteur, v. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 18, p. 19 ; F. TERRE, *Droit civil, Les obligations*, 9e éd., Dalloz, 2005, n° 17, p. 27.

Voir cependant L. MOSCATI, « Le Code civil et le destin de la propriété intellectuelle en Europe », *Droits*, n° 47, 2008, p. 149 s. et not. pp. 170-171, pour qui, « il serait possible de réfléchir sur l'opportunité de la réinsertion d'un ou de plusieurs articles sur la propriété intellectuelle dans le Code civil rénové. »

[1667] F. GRUA, « Les divisions du droit », préc., p. 71. Rappr. V.–L. BENABOU, V. VARET (sous dir. de A. FRANÇON), *La codification de la propriété intellectuelle : étude critique et prospective*. Mission de recherche droit et justice, Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, La Documentation française, 1998, n° 207 : « l'édiction du code affermit la légitimité de la propriété intellectuelle parmi les autres branches du droit ; elle reste un droit spécial, certes […] mais ce droit spécial jouit désormais d'une position solidement étayée dans l'espace accidenté du droit ». ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 31, p. 17 et n° 33, p. 17 : « La codification a nécessairement accentué cette autonomie de la discipline et contribué à la détacher encore davantage du droit commun des biens corporels. »

[1668] V. par exemple les décrets français n° 2009-1204 du 9 octobre 2009 relatif à la spécialisation des juridictions en matière de propriété intellectuelle et n° 2009-1205 du 9 octobre 2009 fixant le siège et le ressort des juridictions en matière de propriété intellectuelle, tels qu'ils sont en vigueur actuellement. V. aussi J.-M. BRUGUIERE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, 2011, n° 161 et 202, se référant à la compétence particulière des tribunaux de grande instance et des cours particulières. D'un point de vue hellénique, déjà G. KOKKAS, « Besoins procéduraux du droit d'auteur et des droits voisins », *EllDni*, n° 40, 1999, p. 690 s., qui recommande l'établissement d'une procédure spéciale ainsi que le placement des juges spécialisés pour le contentieux relatif à la protection du droit d'auteur, à cause de la particularité de leur objet. *Cf.* par ailleurs les tribunaux des marques communautaires prévues par le RMC, article 95.

[1669] N. BINCTIN, « Les biens intellectuels - Contribution à l'étude des choses », *Communication Commerce Electronique*, juin 2006, Études 14, p. 8 et s. et not. p. 8 : « Les propriétés intellectuelles, régimes spéciaux des droits des biens […] » ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 2, p. 21, parlant du mouvement d'isolement de la propriété intellectuelle du droit des biens, même si celui-ci va « à contre courant de la place de la propriété et du droit des biens » ; M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 473, p. 224 ; M.-Th. MARINOS, « Le contrat d'exploitation des biens immatériels » *in* École Nationale de Magistrature, *Problèmes*

« véritablement autonomes »[1670] au sein des systèmes juridiques examinés. Bien entendu, la reconnaissance de l'autonomie systématique du droit de la propriété intellectuelle s'accompagne d'une autonomie conceptuelle. En effet, le droit de la propriété intellectuelle est caractérisé par des concepts et dispositifs juridiques inédits, par exemple l'action spécifique de la contrefaçon[1671].

312.- Les contours de l'autonomie systématique du droit de la propriété intellectuelle au niveau national. Le droit de la propriété intellectuelle ne devrait pas être considéré comme un « territoire fermé », « détaché » et entièrement émancipé du reste du système juridique[1672]. En effet, aucune matière au sein d'un système juridique ne peut pas être régie exclusivement par des règles spéciales[1673]. Ceci dit, le droit de propriété intellectuelle tisse de liens[1674] avec d'autres branches du droit voisines[1675] : le droit civil[1676], le droit des biens[1677], le droit de la consommation[1678] ou le droit

---

contemporains et opinions jurisprudentiels sur le nouveaux types des contrats du droit de la concurrence et du consommateur, Nomiki Vivliothiki, 2011, p. 55 et s. et not. p. 55, parlant du « droit des biens immatériels en tant que droit civil [sic] spécial. » ; *idem*, « Quelques remarques autour de la nature juridique de la licence exclusive de marque », *EllDni*, 2006, p. 327 et not. 329 ; M.-Th. MARINOS, « Le principe numerus clausus en droit des biens immatériels- influence sur la nature juridique de la licence d'utilisation de marque », *in* Anniversaire Ap. Georgiadis, Tom. II, Sakkoulas, 2006, p. 1575 et s. et not. p. 1575 : « Droit de biens et droit des biens immatériels constituent deux branches indépendantes […] ». ; J.-B. SEUBE, « Le droit des biens hors le Code civil », *Les petites affiches*, 15 juin 2005, n° 118, p. 4.

[1670] F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial- et retour », *in Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 925 et s. citant J.-L. GOUTAL, « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *Rev. sc. crim.*, n° 8, 53.

[1671] En ce sens, N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 343, p. 300. *Cf.* N. BINCTIN, « Les sept familles de la propriété intellectuelle », *in* Ch. GEIGER, C. RODA (sous dir. de), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé. Mélanges en l'honneur du professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, Lexis Nexis, 2013, p. 49 s.

[1672] V. en ce sens, V.–L. BENABOU, V. VARET (sous dir. de A. FRANÇON), *La codification de la propriété intellectuelle : étude critique et prospective*. Mission de recherche droit et justice, Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, La Documentation française, 1998, n° 207, note n° 29) C'est par ailleurs dans ce sens que certains auteurs excluent l'autonomie du droit de la propriété intellectuelle. V. ainsi V.–L. BENABOU, V. VARET (sous dir. de A. FRANÇON), *La codification de la propriété intellectuelle : étude critique et prospective*. Mission de recherche droit et justice, Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, La Documentation française, 1998, n° 209 : « Nous l'avons souligné, les frontières ne sont pas tranchées, le code de la propriété intellectuelle n'est ni un territoire fermé ni un territoire autonome […] » ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 6, p. 5, à propos du droit d'auteur : « Aujourd'hui encore, le droit d'auteur se confond d'ailleurs dans la vaste fresque du droit privé : *ce n'est pas un droit autonome*, au sens ou les règles qui le composent n'entretiendraient aucun rapport avec le corps de dispositions générales que constitue le Code civil. »

[1673] En ce sens F. GRUA, « La fée et l'horloge », *RTD civ.* 2001, p. 323 : « L'idée de l'autonomie ne mène à rien. Aucune loi n'est totalement autonome. Aucune loi ne peut être son Alpha et son Omega […] Le problème n'est donc jamais de savoir si une loi est autonome mais dans quelle mesure, à quoi aucune théorie générale ne pourra jamais répondre. », cité par F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial- et retour », *in Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 925 et s. et not. p. 929.

[1674] Ces liens rassemblent à des « liens de filiation » ou à des « connexions de la branche avec le tronc de l'arbre » selon l'image métaphorique utilisée fréquemment en doctrine.

[1675] Sur la relation entre le droit de propriété intellectuelle et les autres branches du droit en général, v. A. RAMALHO, Ch. ANGELOPOULOS, *Crossroads of Intellectual Property: Intersection of Intellectual Property and other Fields of Law*, Nova Publishers, 2012 ; J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL, (sous dir. de), *Propriété Intellectuelle et droit commun*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007 ; J.-M. BRUGUIÈRE (sous dir. de), *La propriété intellectuelle entre autres droits*, Colloque du CUERPI, 19 novembre 2008, Grenoble, série Thèmes et commentaires, La propriété intellectuelle autrement, Dalloz, 2009 ; V.–L. BENABOU, V. VARET (sous dir. de A. FRANÇON), *La codification de la propriété intellectuelle : étude critique et prospective*. Mission de recherche droit et justice, Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, La Documentation française, 1998, n° 209 : « Ainsi, le CPI est

de la concurrence. Ceci étant, le domaine du droit de la propriété intellectuelle est d'abord régi par son propre système de règles spéciales et alimenté de manière complémentaire[1679], et dans la mesure du nécessaire, par des sources du droit voisines[1680].

b.- La reconnaissance de l'autonomie du droit de la propriété intellectuelle au niveau européen.

313.- L'autonomie du droit de la propriété intellectuelle est aussi reconnue au niveau européen. En effet, la législation européenne du droit de la propriété intellectuelle est composée d'instruments juridiques *ad hoc*[1681]. Il est aussi significatif que la propriété intellectuelle constitue un thème d'intervention législative distinct[1682]. La propriété intellectuelle est également consacrée comme une catégorie juridique identifiable et autonome dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union

---

largement relié au code civil, et partage un atome au moins avec le code de la consommation : les appellations d'origine. » ; Ch. CARON, « Rapport de synthèse », *in* J.-M. BRUGUIERE (sous dir. de), *La propriété intellectuelle entre autres droits*, Colloque du CUERPI, 19 novembre 2008, Grenoble, série Themes et commentaires, La propriété intellectuelle autrement, Dalloz, 2009, p. 135 s. et not. p. 135 : « Il est devenu banal d'évoquer les relations, au sein de la grande famille du droit de la propriété intellectuelle avec ses ascendants que sont les droits fondamentaux, le droit commun, le droit des biens ou le droit de la responsabilité. Mais il est bien plus original de s'intéresser aux relations entretenues par la propriété intellectuelle avec ses frères, sœurs et cousins au sein du système juridique. »

[1676] À titre indicatif, en droit français, V.–L. BENABOU, V. VARET (sous dir. de A. FRANÇON), *La codification de la propriété intellectuelle : étude critique et prospective*. Mission de recherche droit et justice, Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, La Documentation française, 1998, n° 209 : « […] le CPI est largement relié au Code civil[…] » ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 905, p. 639 ; A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Montchrestien, 2007, n° 1, p. 1. En droit grec, v. not D. KALLINIKOU, « Droit d'auteur et droit civil », *ChrID*, 8/2009, p. 12 s., not. p. 13.

[1677] J.-B. SEUBE, « Le droit des biens hors le Code civil », *Les petites affiches*, 15 juin 2005, n° 118, p. 4, not. n° 25 : « De fait, même si elles sont au-delà du Code civil, les propriétés intellectuelles ne peuvent s'en couper car [le droit de biens] constitue leur droit commun. » Comp. Ch. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP, Cahiers de Droit de l'entreprise*, n° 42, 2004, p. 3 ; J.-S. BERGE, « Entre autres droits, la propriété intellectuelle », *Propr. Intell.*, n° 4, Juillet 2002, p. 9 et s. et not. p. 11, parlant de cohabitation du droit de la propriété intellectuelle et du droit des biens. ».*Contra* F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 38, p. 20 : « Le régime des droits intellectuels est suffisamment élaboré et spécifique pour que le recours au droit commun paraisse dépourvu d'utilité, autant que de légitimité. »

[1678] V.–L. BENABOU, V. VARET (sous dir. de A. FRANÇON), *La codification de la propriété intellectuelle : étude critique et prospective*. Mission de recherche droit et justice, Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, La Documentation française, 1998, n° 209 : « Ainsi, le CPI […] partage un atome au moins avec le Code de la consommation : les appellations d'origine. »

[1679] Sur ce point voir D. MAZEAUD, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », *in* G. PIGNARRE (sous dir. de), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2005, p. 73 et s. et not. p. 80 et s.

[1680] Par ailleurs, « l'admission d'un recours possible à certaines règles du droit civil pour l'application d'un corps de règles spécialisé n'est pas davantage la marque inéluctable d'une absence d'autonomie. […] [L]e droit autonome, en tant qu'il relève, en tout ou en partie, du droit privé, peut parfaitement trouver, *en cas de besoin*, un recours dans les règles du droit civil, regardé comme droit commun privé », J.-L. AUBERT, « La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil », *in Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 123 s. et not. p. 131.

[1681] Pour une présentation d'ensemble v. Ch. GEIGER, E. PY, *La législation communautaire en matière de propriété intellectuelle et le rôle du parlement européen*, étude synthétique, Strasbourg, mai 2009. Disponible sur : <www.ceipi.edu>.

[1682] V. <europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/intellectual_property/index_fr.htm>.

européenne[1683]. Par ailleurs, l'autonomie du droit de la propriété intellectuelle se renforce par le fait que la Commission européenne a lancé une politique de marché unique autonome à propos de la propriété intellectuelle[1684]. À l'instar de ce qui a été signalé plus haut à propos des droits nationaux, le droit européen de la propriété intellectuelle ne doit pas être considéré comme un terrain clos. En revanche, le droit européen de la propriété intellectuelle se trouve en interaction[1685] avec d'autres branches du droit européen, telles que le droit européen de la concurrence ou le droit européen des consommateurs.

Ajoutons que l'autonomie du droit de la propriété intellectuelle et de ses branches se reflète au niveau de la recherche juridique[1686], des professions juridiques[1687] ainsi que des *curricula* académiques[1688].

Il semble alors que la particularité qui caractérise les biens intellectuels se reflète également au niveau épistémologique, à travers la reconnaissance d'une matière juridique particulière et identifiable[1689].

2°.- L'autonomie du droit de la propriété intellectuelle conduit à un droit spécial des contrats d'exploitation.

314.- La reconnaissance de l'originalité du droit de la propriété intellectuelle par la reconnaissance de son autonomie systématique conduit à l'« autonomisation » du droit contractuel afférent. Cette affirmation se fonde sur le lien entre la reconnaissance d'une catégorie particulière des biens et la

---

[1683] V. l'article 17 al. 2 de la Charte : « la propriété intellectuelle est protégée », pour un commentaire Ch. GEIGER, « Intellectual Property shall be protected!? Article 17 (2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union : a Mysterious Provision with an Unclear Scope », *EIPR* 2009, p. 113 ; J. GRIFFITHS, « Constitutionalising or harmonising? The Court of Justice, the right to property and European copyright law », E.*L. Rev*., 2013, 38(1), pp. 65-78 et not. p. 67 s.

[1684] V. <ec.europa.eu/internal_market/top_layer/intellectual-property/index_fr.htm>. *Cf.* par ailleurs la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix, Bruxelles, le 24.5.2011, COM(2011) 287 final, établissant une stratégie européenne en matière de propriété intellectuelle.

[1685] Certes, la question de l'articulation du droit de la propriété intellectuelle avec les autres « branches » juridiques présente un intérêt réduit au niveau européen car le droit européen ne présente pas la forme d'un système juridique complet.

[1686] Effectivement dans plusieurs États membres nous retrouvons des centres de recherche et des revues juridiques spécialisés exclusivement au droit de la propriété intellectuelle.

[1687] Nous pensons ici aux conseils en propriété intellectuelle ou les *patent attorneys*.

[1688] Il est significatif que le droit de la propriété intellectuelle est une matière enseignée au niveau de master dans la plupart des facultés de droit en Europe.

[1689] J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », *in* Études de droit de la consommation, *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 et s.

théorisation des contrats spéciaux qui ont ces biens pour objet[1690]. Sur cette base, le choix de la consécration d'un droit spécial des contrats d'exploitation peut être considéré comme opportun, dans le sens où il constitue la suite naturelle de la reconnaissance de l'autonomie systématique du droit de la propriété intellectuelle[1691].

Il est certain que l'autonomisation des contrats d'exploitation, à travers la consécration d'un droit spécial des contrats d'exploitation, crée une distance entre ces derniers et le droit commun[1692] et les autres contrats spéciaux[1693] au sein d'un système juridique. Or, l'autonomie du droit spécial des contrats d'exploitation ne peut pas être absolue[1694]. Plus précisément, un droit spécial des contrats d'exploitation ne peut pas être considéré comme un terrain fermé et isolé du reste du droit. Néanmoins, le droit spécial des contrats d'exploitation *demeure,* en principe, *baigné* dans l'environnement juridique général qui caractérise chaque système juridique. Par conséquent, ainsi qu'également signalé plus haut, il tisse inévitablement des liens avec le droit commun des contrats[1695] et d'autres droits voisins - le droit des biens, le droit des consommateurs ou le droit de

---

[1690] V. sur ce point F. COLLART-DUTILLEUL, « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », *RDC*, 01 avril 2006, n° 3, p. 604 s. Il est significatif que l'action en contrefaçon, élément singulier du droit de la propriété intellectuelle est susceptible de constituer une forme de remède du titulaire du droit de la propriété intellectuelle à l'encontre du co-contractant qui enfreint les limites de l'autorisation concédée. Sur ce point v. L. BRENNAN, J. DODD, « A concept proposal for a model intellectual property commercial law », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 257 s. et not. p. 261.

[1691] Comp. F. COLLART-DUTILLEUL, « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », *RDC*, 01 avril 2006, n° 3, p. 604 s., d'un point de vue français : « La pertinence d'une théorisation des contrats spéciaux portant sur des biens intellectuels n'est pas douteuse. L'existence d'un code dédié à ces biens y conduit et même y contraint. […] ».

[1692] Comp. P. TREFIGNY, « Les contrats d'exploitation », *JCP Cahiers de Droit de l'entreprise*, n°42, Dossier « Propriétés intellectuelles ; unité ou diversité ?, 2004, p.16 et s. et not. p. 16 : « Il y a donc quelques distances avec le droit commun […] ».

[1693] *Cf.* les travaux de la Conférence Internationale de Pavie, 27-28 juin 2009 (Projet « Gandolfi »), disponibles sur : <www.eurcontrats.eu/files/Les%20travaux.pdf>. préc., p. 1, au sein desquels un raisonnement analogue a été utilisé pour *expliquer la différenciation* du contrat de l'échange du contrat voisin de vente : « Il s'agit de se demander s'il vaut la peine de définir l'échange et d'y consacrer une règle spécifique, ou bien si l'on doit considérer suffisante une simple disposition qui opère un renvoi explicite ou bien tacite aux règles portant sur la vente. Pour répondre à cette question, il est naturellement nécessaire de connaitre les raisons qui ont historiquement ou conceptuellement déterminé la différenciation de l'échange de la vente, et si ces raisons subsistent encore. »

[1694] F. COLLART-DUTILLEUL, « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », *RDC*, 01 avril 2006, n° 3, p. 604 s. : « Cela ne signifie évidemment pas qu'il n'y ait pas de droit pour ces contrats en dehors du Code de la propriété intellectuelle, et notamment dans le Code civil. »

[1695] Sur la relation entre le droit spécial des contrats et le droit commun des contrats en général v. D. MAZEAUD, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », *in* G. PIGNARRE (sous dir. de), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2005, p. 73 et s. ; C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009 ; J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », *in Études de droit de la consommation, Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 s. ; S. AUGENHOFER, « A European Civil law- for whom and what should it include, Reflections on the scope of Application of a future European legal instrument », *ERCL*, 2/2011, p. 195 et s. et not. p. 213 : « Specific contracts do not exist in isolation but are related to and dependent on general contract law. » et *ibid*. p. 215 : « This criticism seems generally justified as these fields of law and contract/general civil *law naturally interact* and an isolated view might lead to *unwanted results.* » Sur l'application du droit commun des contrats en matière des contrats d'exploitation, v. en général, A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Montchrestien, 2007, n° 7, p. 4 ; également N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à*

la concurrence[1696], notamment. Par conséquent, la consécration d'un droit spécial des contrats d'exploitation n'exclut pas l'interaction avec les autres branches de droit.

315.- En somme, compte tenu de l'analyse effectuée aux deux paragraphes précédents, « [i]l est au moins utile de « penser » les contrats relatifs aux biens intellectuels les uns par rapport aux autres, dans la double mesure où ces biens sont spécifiques et où la famille à laquelle ils appartiennent relève d'un droit spécial. »[1697]

§3.- Vers la (re)construction prospective du droit spécial des contrats d'exploitation.

316.- Après avoir démontré le besoin de traitement actif et prospectif de l'insuffisance du cadre juridique actuel et après avoir expliqué pourquoi l'existence d'un droit spécial des contrats d'exploitation est un choix opportun, nous pouvons à présent procéder à la conceptualisation de la démarche d'amélioration du droit des contrats d'exploitation. En pratique, le traitement de l'insuffisance du cadre juridique actuel devrait prendre la forme d'une action d'amélioration ciblée aux contrats d'exploitation (A), et avoir pour objectif la (re)construction prospective du droit actuel spécial des contrats en question(B).

A.- Pour une action d'amélioration ciblée aux contrats d'exploitation.

317.- La particularité et l'autonomie systématique de la matière des contrats d'exploitation appellent un traitement ciblé de l'insuffisance du cadre juridique spécial y afférent. Ceci signifie que la démarche d'amélioration du droit des contrats d'exploitation ne saurait viser à traiter l'insuffisance des contrats en général ou l'insuffisance d'autres types de contrats spéciaux. En revanche, elle serait censée offrir des solutions précises au problème de l'insuffisance du cadre

---

l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés, Dalloz, 2010, n° 498, p. 440 et *ibid*. n° 420, p 367 et n° 459, p. 406 et S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 9, p. 7, qui parlent de « différents strates de règles » et *ibid*. n° 327, p. 284 : « Les contrats d'exploitation, variétés des contrats spéciaux du droit civil, sont en effet soumis à plusieurs niveaux de réglementation […] » *Cf. supra* n° 213.

[1696] V. *supra* n° 132 sur l'interaction entre le droit des contrats d'exploitation et le droit de la concurrence au niveau européen.

[1697] F. COLLART-DUTILLEUL, « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », *RDC*, 01 avril 2006, n° 3, p. 604 s.

juridique spécial des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle[1698]. Tout d'abord, une action ciblée aux contrats d'exploitation permettrait de focaliser les enjeux spéciaux caractérisant les contrats d'exploitation et permettrait d'adresser les besoins particuliers de ces contrats[1699]. Ensuite, une action ciblée aux contrats d'exploitation aurait l'intérêt de s'aligner avec la reconnaissance de l'autonomie systématique du domaine de la propriété intellectuelle et des contrats afférents et de consacrer un droit spécial des contrats d'exploitation amélioré. De même, compte tenu de l'importance et de la fonction des contrats d'exploitation au sein du dispositif de la propriété intellectuelle, il est possible d'affirmer que le cadre juridique concernant l'exercice (contractuel) des propriétés intellectuelles constitue l'outil juridique complémentaire du cadre juridique afférent à leur protection[1700]. Sur cette base, le cadre juridique des contrats d'exploitation, en tant que corps de règles qui régit l'exercice (contractuel) des propriétés intellectuelles dévient un élément fondamental du droit de la propriété intellectuelle[1701]. Ajoutons qu'en ce qui concerne l'exploitation du droit d'auteur en ligne, les contrats d'exploitation sont parfois plus importants que les règles substantielles relatives à la détermination du contenu du droit exclusif. Car, en pratique, le contenu de la protection est essentiellement déterminé par le contenu de ces contrats[1702].

[1698] Comp. pour une approche similaire, O. DESHAYES, « L'option « hybride » : l'instrument optionnel de droit des contrats (option 4) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 101 et s. et not. p. 105, à propos de l'élaboration des instruments optionnels en matière de droit européen des contrats.

[1699] Comp. sur ce point A. KUR, « A New Framework for Intellectual Property Rights- Horizontal Issues », *IIC*, 2004, p. 1 s., not. p. 3 : « a much more general approach is applied in the field of contractual law, meaning that care must be taken to ensure that the special needs and concerns of contracts involving IP rights are effectively brought to the attention of the lawmaking bodies. » Par ailleurs, c'est par des solutions *ad hoc* qu'il serait possible de dissiper les interventions contradictoires de la doctrine et de la jurisprudence en matière de contrats d'exploitation.

[1700] *Cf.* J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., p. 91 : « [A]n efficient intellectual property policy, which shall generate equitable benefits for all stakeholders, must not be limited to the definition of the exclusive intellectual property rights and of their limits […] but shall also include policies on the commercialization of such intellectual property rights by way of contracts […] » ; J. deWERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European Perspective », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 450 s. et not. p. 451.

[1701] *Cf.* F. GOTZEN, « Panel 1 : Les différentes possibilités de gestion du droit d'auteur : Gestion collective du droit d'auteur et octroi de licences communautaires. La législation sur le droit d'auteur et la concurrence revisitée », Conférence « Droit d'auteur et créativité dans l'Union européenne élargie », Dublin, 20-22.06.2004, disponible sur : <ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/conference/2004-dublin/gotzen_fr.pdf>, p. 12.

[1702] Sur ce point v. S. KARAPAPA, *Private Copying*, Routeledge, 2012, p. 163 : « It is probably on these grounds that Hugenholtz and Fisher envisage that in the near future much of the protection afforded to the rightholders shall emanate from contract law. » ; L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. p. 520, qui produit un inventaire des références par les textes officiels sur l'importance des contrats d'exploitation d'auteur en tant que moyen de déterminer les conditions d'utilisation des œuvres protégées ; A. KUR, « A New Framework for Intellectual Property Rights- Horizontal Issues », *IIC*, 2004, p. 1 s. et not. p. 12 : « Even though it may be exaggerating to say with a view to this situation that contract law will make copyright law superfluous in the long run, it is certainly true that the practical importance of legislation in the copyright field will be reduced with the exemption of mandatory clauses and even those may be difficult to enforce vis-à-vis divergent licensing practices regularly applied in an international context. » *Adde* P.-B. HUGENHOLTZ, « Code as code, or The end of intellectual property as we know it », *Maastricht Journal of*

Par ailleurs, l'exemple de la proposition de Règlement relatif à un droit commun de la vente[1703] constitue une belle illustration des inconvénients liés au traitement incident de la matière des contrats d'exploitation. Plus précisément, le Règlement en question couvre, au-delà du contrat de vente traditionnel, d'autres contrats « liés », dont les contrats de « fourniture de contenus numériques »[1704]. Cette insertion, justifiée par le besoin « de tenir compte de l'importance croissante de l'économie numérique »[1705], affecte directement les contrats d'exploitation[1706]. Or, l'insertion d'un type de contrat d'exploitation au sein d'une proposition de Règlement relatif au contrat de vente en tant que contrat « lié » à celle-ci présente plusieurs inconvénients[1707]. En effet, la proposition de Règlement adopte une approche réductrice de la question de la « fourniture de contenus numériques » car elle ne procède pas à la dissociation entre la vente du support matériel et l'autorisation d'exercice des droits de propriété intellectuelle afférents[1708]. Il ne traite pas non plus

---

European and Comparative Law, Vol. 3, 1999, pp. 308-318, pour qui, « *prima facie*, contract law has all the makings of a perfect alternative to *copyright* protection. »

[1703] Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil, relatif à un droit commun européen de la vente, Bruxelles, le 11.10.2011, COM(2011) 635 final, 2011/0284 (COD).

[1704] Voir Article 2 j) et article 5 b) du Règlement proposé : Le droit commun européen de la vente peut être appliqué aux contrats de fourniture d'un contenu numérique que l'utilisateur peut stocker, traiter et réutiliser, ou auquel il peut avoir accès, que ce contenu soit fourni ou non sur un support matériel, et indépendamment du fait qu'il soit fourni en contrepartie du paiement d'un prix. »

[1705] Considerant n° 17 ; Commission Staff Working Paper, Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law on a Common European Sales Law {COM(2011) 635 final} {SEC(2011) 1166 final} Bruxelles, 11.10.2011, SEC(2011) 1165 final, p. 10 : « These sectors also include trade in digital products, a sector of growing economic importance. ». Dans le même sens, sur ce point, voir B. FAUVARQUE-COSSON, « Vers un droit commun européen de la vente », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 34, n° 2 : « contrairement à ce que le titre de la proposition de règlement peut laisser penser, le texte ne se limite pas au seul contrat de vente. » Comp. G. DANNEMANN, « Draft for a First Chapter (Subject Matter, Application and Scope) of an Optional European Contract Law », Oxford University comparative Law Forum, 2011, disponible sur : <ouclf.iuscomp.org>, [p. 3], pour le besoin d'étendre la portée de l'instrument à tout contrat de fourniture de contenu digital, indépendamment de son support. *Adde* pour l'ensemble de la question, M. LOOS, N. HELBERGER, L. GUIBAULT, Ch. MAK, « The Regulation of digital Content Contracts in the Optional instrument of Contract Law », *ERPL*, 6/2011, pp. 729-758.

[1706] En ce sens N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 926, p. 655.

[1707] Certes, l'inclusion des plusieurs types des contrats spéciaux au sein du même instrument optionnel est un choix structurel étayé en doctrine. V. E. TERRYN, P. NAEYAERT, « An optional instrument for commercial agency, franchise and distribution contracts ? », *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 189 s. et not. p. 205 s.

[1708] Sur ce problème, v. not. Law Society of England and Wales, Common European Sales Law, Response to UK Government Call for Evidence, mai 2012, disponible sur : <international.lawsociety.org.uk/files/The%20Law%20Society_Response%20to%20CESL%20consultation_0512_Final.pdf>, n° 152, p. 31 : « Consideration should be given to whether certain items should be excluded explicitly from the definition of "goods" in Article 2(h) (proposed Regulation). It is suggested that these should include at least: "money", "intangible and incorporeal property, including intellectual property rights"; "sales of businesses"; and "ships, hovercraft and aircraft" (which are governed by well-known standard forms)" […] The definition of "digital content" in Article 2(j) (proposed Regulation) is a broad one, even given the five exemptions in sub-articles (i) to (vi), none of which is further defined. Presumably sub-article (vi) must be read with Recital 27 (proposed Regulation) stating that issues of intellectual property lie outside of the scope of CESL. The Law Society is concerned that the lack of expert guidance on the extent to which it is possible to separate issues on the supply of digital content from intellectual property matters means that this drafting has not been adequately tested during the gestation and consultation process, and may prove to be inadequate. » Comp. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 927,

des questions propres à la transmission contractuelle des droits de propriété intellectuelle-questions d'ordre différent par rapport aux questions du droit de la vente[1709]. Il est significatif que le choix du traitement incident des contrats « fourniture de contenus numériques » au sein du Règlement en question a été critiqué ; il a été proposé de procéder à un traitement particulier desdits contrats[1710].

B.- Pour une action de (re)construction prospective du droit spécial des contrats d'exploitation.

318.- Le contenu d'une action d'amélioration ciblée aux contrats d'exploitation sera déterminé en se référant aux déficits qui caractérisent le droit des contrats d'exploitation au niveau national et européen. Aussi, il semble possible de conceptualiser les actions d'amélioration de manière synthétique[1711], en se basant sur la présentation des contours de l'insuffisance du cadre juridique actuel, effectuée plus haut.

---

p. 655 : « Le règlement vise la vente, contrat qui est un modèle marginal pour l'exploitation de contenu numérique visé. »

Comp. M. LOOS, N. HELBERGR, L. GUIBAULT, Ch. MAK, « The Regulation of digital Content Contracts in the Optional instrument of Contract Law », *ERPL*, 6/2011, pp. 729-758 et not. p. 758 : « Moreover, it should be stated explicitly that the trader is, unless express contractual agreement to the contrary, not required to transfer the ownership of the digital content but merely to transfer usage rights. »

[1709] Il est, par ailleurs, significatif que le texte même du Règlement se distancie par rapport au droit de la propriété intellectuelle et, de manière subséquente, de son exploitation contractuelle. Selon le considérant n° 27, « [t]outes les matières de nature contractuelle ou non qui ne relèvent pas du droit commun européen de la vente sont régies par les dispositions préexistantes du droit national (hors droit commun européen de la vente) applicables en vertu des règlements (CE) n° 593/2008 et (CE) n° 864/2007, ou de toute autre règle de conflits de lois pertinente. Il s'agit […] du droit de la propriété y compris le transfert de propriété, du droit de la propriété intellectuelle […]. »

[1710] Voir en ce sens, The Law Society of Scotland's Response, « Call for Evidence - A Common European Sales Law for the European Union – A proposal for a Regulation from the European Commission », mai 2012, disponible sur : <www.lawscot.org.uk/media/492984/obl-moj_call_for_evidence-common_european_sales_law-law%20society%20of%20scotland%20response.pdf>, p. 4 : « With regard to the application of CESL to digital content, we would observe that provision of digital content is, normally, actually the conclusion of a non-exclusive licence for the use of intellectual property. In formal terms, therefore, it is not the same as a sale of goods. But, in practical terms, in the twenty-first century, *we consider that it is sensible – at least pending a more comprehensive Digital Rights Directive – for CESL to be extended to digital content*. » ; critique aussi R. HILTY, « An Optional European Contract Law Instrument (« 28th Model ») : Intellectual Property, *RabelsZ*, 2/2012, pp. 339-373. Comp. M. LOOS *et alii*., *Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts*, FINAL REPORT, Comparative analysis, Law & Economics analysis, assessment and development of recommendations for possible future rules on digital content contracts, University of Amsterdam, juillet 2011, disponible sur : < www.ivir.nl/publications/helberger/digital_content_contracts_for_consumers.pdf>, qui proposent un regime *sui generis* pour les contrats portant sur les contenus numériques.
Le traitement incident de certains contrats de service a reçu des critiques similaires. Sur ce point v. J. SENECHAL, « Quels contrats spéciaux pour quels futurs instruments en droit européen des contrats ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 17 s. et not. p. 40 : « On regrettera cette consécration trop partielle des contrats de services au sein de la proposition de règlement. »

[1711] Il est à noter que l'insuffisance du cadre juridique actuel au niveau national présente un degré variable selon la branche de propriété intellectuelle et le système juridique national en question. Sur cette base, la démarche d'amélioration prospective du droit spécial des contrats d'exploitation correspondrait à une multitude d'actions d'amélioration particulières, dont le contenu sera variable, selon la branche de propriété intellectuelle et l'ordre

1°.- La conceptualisation de la (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation au niveau national.

319.- D'après la présentation synthétique de l'insuffisance du droit spécial des contrats d'exploitation au niveau national, l'action d'amélioration prospective devrait remédier tant à l'insuffisance structurelle qu'à l'insuffisance réglementaire qui caractérise tous les droits spéciaux nationaux examinés[1712]. En fait, dans le cadre de l'amélioration prospective au niveau de la catégorisation, il faudrait *repenser* les *nomen* et les critères de catégorisation et procéder à la précision des contours des catégories spéciales (définitions et *essentialia negotii* des contrats d'exploitation). D'autre part, l'amélioration prospective au niveau réglementaire prendrait la forme de comblements et de précisions de la réglementation spéciale du droit des contrats d'exploitation.

Le besoin de (re)construction des droits spéciaux nationaux des contrats d'exploitation a été affirmé en doctrine, surtout en matière de droit d'auteur[1713]. Ainsi, en droit français, au-delà des affirmations de portée générale concernant le caractère insuffisant du droit des contrats d'auteur[1714], un nombre d'auteurs a souligné le besoin de remédier à l'insuffisance tant de la catégorisation que de la réglementation du droit spécial des contrats d'exploitation d'auteur[1715]. De même, un nombre

---

juridique en question. Nous ne jugeons pas pertinent pour l'économie de notre thèse de rentrer dans le détail de chaque action particulière.

[1712] Certes, selon l'analyse précédente, l'insuffisance présente un contenu variable selon l'ordre juridique et la branche de propriété intellectuelle en question.

[1713] Sur ce point v. A. DIETZ, « Amendment of German Copyright Law in order to strengthen the Contractual Position of Authors and Performers », *IIC*, n° 33, 2002, pp. 828-842 et not. p. 841 : « In almost all countries in the world, *copyright* contract law as the historically more recent and underdeveloped part or subsystem of copyright law needs adaptation and amelioration. » A. STROWEL, B. VANBRABANT, « Copyright licensing : a European view », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 29 s. et not. p. 49 : « The legal framework for individual licensing could still be improved, especially where the national *copyright* acts do not contain detailed rules. »

[1714] V. not. A. FRANÇON, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *Rec. Dalloz Sirey*, 1976, p. 55 et s., p. 62 : « Pour notre part, nous concédons que les textes de la loi de 1957 relatifs aux contrats sont parfois d'une rédaction défectueuse. » ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI, n° 34, Litec, 2009, n° 6, p. 6 : « Le droit des contrat d'auteur, loin s'en faut, ne brille pas par la cohérence et la simplicité de sa construction. » et *ibidem*, n°2, p. 2: « Cela étant, si le droit contractuel d'auteur semble constituer un véritable système, assis sur ses propres fondements, reposant sur sa propre dynamique, son architecture ne se dévoile pas de façon purement transparente, ni même ses piliers fondateurs. » Comp. B. MONTELS, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en France » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, *op. cit.*, p. 507 s. ; Unesco- Bulletin du droit d'auteur, Rédaction, « Rencontres franco-allemandes sur le droit d'auteur », *Unesco- Bulletin du droit d'auteur*, n° 39, 2005, pp. 1-2, p. 2 : « Prof. Montels a énoncé ensuite le besoin de moderniser la loi française […] ».

[1715] V. not. M.- E. LAPORTE, « Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle », *JCP, éd. G* 1991, I, 3540, p. 371 et s., n° 34, p. 375 : « Aujourd'hui on ne peut plus se contenter de ces dispositions lacunaires sur les contrats d'exploitation. Sans doute l'apparition ou le développement de nouvelles œuvres de l'esprit relevant de la loi du 11 mars 1957 comme le logiciel et les œuvres audiovisuelles ne sont pas sans conséquence sur ce *sentiment d'imperfection des qualifications légales retenues pour les contrats d'exploitation des œuvres protégées* » ; A. BERTRAND, *Droit*

d'auteur s'est placé en faveur de l'abolition de la distinction problématique entre contrats primaires et secondaires[1716].

De manière similaire, en droit grec, certains auteurs ont procédé à l'élaboration des propositions de réforme, en vue d'améliorer la législation spéciale des contrats d'exploitation, surtout en matière de droit d'auteur[1717]. Par ailleurs, en matière de marques, l'adoption de la nouvelle loi 4072/2012 « a eu pour objet essentiel […] l'amélioration et la modernisation du droit des marques […] », comme l'énonce le rapport introductif[1718].

En droit allemand d'auteur, la modification du droit contractuel d'auteur, effectuée notamment par la loi du 22 mars 2002 (« première corbeille »), malgré son importance, n'a instauré « en aucun cas un dispositif distinct pour le droit des contrats d'auteur au sens, par exemple, d'une loi autonome relative au droit des contrats d'auteur. [I]l s'agit, au contraire, d'une révision, capitale il est vrai, de la loi allemande relative au droit d'auteur (UrhG) de 1965 »[1719]. Ceci explique que certains auteurs

---

d'auteur, Dalloz, 2011, n° 112.19, p. 368 : « [i]l est urgent de modifier les dispositions du Titre III du livre 1er du CPI pour mettre fin à leurs contradictions les plus flagrantes et les adapter aux réalités économiques. Il convient notamment de définir des conditions générales applicables à tous les contrats. » ; G. VERCKEN, « Nouvelles relations de production, pratiques contractuelles en évolution » *in* F. LABADIE, F. ROUET (sous dir, de), *Travail Artistique et économie de la création, Ministère de la culture et de communication*, collection Questions de culture, 2008, p. 145 s. et not. p. 157 : « il faudrait bien reprendre notre CPI et à partir des réponses claires aux questions fondamentales sur ce que nous voulons pour le droit d'auteur redonner une cohérence et des lignes fortes sur les actes qui doivent relever du contrat et qui n'en relèvent pas et sur l'organisation des régimes de ces contrats. » ; Cass. 1re civ., 8 juin 1999, *Sté Colorado* c/ *Sté Lee Cooper International*, *Juris-Data* n° 003227, *Comm. comm. electr.*, octobre 1999, p. 18, note Ch. Caron : « Et il est vrai que la matière est embrumée dans un brouillard qu'il serait nécessaire de dissiper. »

[1716] En ce sens, N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 446, p. 392, implicitement pour l'application des règles spéciales indépendamment de la qualité du cédant-concédant ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 961, p. 587, utilisant l'argument *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* : « On ne peut nier une certaine logique à imposer un parallélisme des formes et des conditions à des contrats qui ont un objet identique : l'exploitation d'une œuvre de l'esprit. »

[1717] Monsieur NIKOLOPOULOS appelle l'unification des articles 13 et 15 de la loi 2121/1993, en vue d'exclure l'application du dispositif de la divisibilité des droits transmis en matière de cession : I. NIKOLOPOULOS, *La cession du droit patrimonial du droit d'auteur*, Sakkoulas, 2005, p. 286. De même, M. Pitsirikos fait certaines propositions *de lege ferenda*, en vue de résoudre la controverse qui caractérise le choix des règles applicables aux contrats de cession de droit d'auteur et la possibilité d'acquisition de bonne foi de ce droit. V. I. PITSIRIKOS, « La possibilité d'acquisition de bonne foi en droit d'auteur », *Krit.Ep.*, 1998, p. 171 et s. et not. p. 212 et s. Voir aussi en matière des brevets M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, avant-propos : « La licence volontaire d'exploitation d'invention […] s'est développée sans assise législative suffisante. Ainsi plusieurs questions cruciales d'ordre dogmatique et pratique concernant cette institution ne se sont dotées jusqu'à présent d'une solution unanimement admise. » D'un point de vue général, v. M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 2004, n° 487, p. 220.

[1718] Comp. sous l'ancien droit N. ROKAS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2004, n° 13, p. 144 : « De manière générale on peut remarquer que la réglementation de l'institution (du contrat de licence de marque) dans son entier est mal réussie. » ; dans le même sens M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 497, p. 233.

[1719] A. DIETZ, « Principaux aspects de la législation et de la jurisprudence récentes du droit des contrats d'auteur en Allemagne », *RIDA*, n° 198, octobre 2003, p. 147 et s. p. 153.

se prononcent en faveur de la réforme du droit contractuel d'auteur allemand, en vue de mettre en place un droit des contrats d'exploitation plus complet[1720].

Par ailleurs, le besoin de rénovation du droit des contrats d'exploitation a été récemment affirmé en droit britannique[1721].

2°.- La conceptualisation de la (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation au niveau européen.

320.- Au niveau européen, l'action d'amélioration envisagée devrait remédier aux problèmes dus au caractère fragmenté et inachevé de l'acquis en matière de contrats d'exploitation. Ceci dit, il faudrait, d'une part, agir afin de faire face aux problèmes inhérents de l'acquis communautaire actuel, à savoir ceux liés au caractère ultra-sectoriel de l'acquis en matière de contrats d'auteur et au traitement sectoriel des contrats d'exploitation selon l'origine nationale ou européenne du titre de propriété intellectuelle en matière de marques. D'autre part, il faudrait remédier aux problèmes qui résultent de la diversité entre les droits des contrats nationaux.

Le besoin de refonte de l'acquis communautaire et d'harmonisation du droit en matière de contrats d'exploitation est affirmé surtout en matière de droit d'auteur et de marques. Plus précisément, en ce qui concerne le droit d'auteur, les Institutions européennes ont reconnu le besoin d'agir en vue d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur d'exploitation des œuvres musicales protégées en ligne[1722]. L'adoption de la récente proposition de directive en la matière va certainement dans le

---

[1720] G. SCHRICKER, « Introduction », *in* F.-K. BEIER (sous dir. de), *German Industrial Property, Copyright and Antitrust Laws*, 3e éd., VCH, 1996, p. II/A/8 : « When the Copyright act was enacted in 1965, the drafting of an additional comprehensive law on *copyright* contracts was contemplated. […] Nevertheless, the codification of the law of *copyright* contracts is the most important reform task in *copyright* today. » Notons qu'en littérature allemande, il est généralement accepté que la législation relative au droit d'auteur reste incomplète en absence d'une réglementation adéquate des contrats d'exploitation, voir G. SCHRICKER, « German and Comparative Intellectual Property Law. Efforts for a Better Law on Coypright Contracts in Germany-A Never-Ending Story », *IIC*, 2004, p. 850 s. *Cf.* A. LUCAS-SCHLOETTER, « Le droit contractuel d'auteur allemand depuis la réforme 22 mars 2002 », *Propriétés Intellectuelles*, n° 17, 2005, pp. 403-413 et not. p. 403 : « La loi du 22 mars 2002 […] n'a pas cependant réformé l'ensemble du droit contractuel d'auteur allemand. »

[1721] Le projet du professeur Hargreaves en matière de droit d'auteur est significatif en ce sens. Sur ce point v. E. ROSATI, « The Hargreaves Report and Copyright Licensing : Can National Initiatives Work Per Se ? », *EIPR*, n° 11, 2011, p. 673 et s. et not. p. 673 : « [The Report] advises the UK Government to consider reforming-*inter alia*-copyright licensing […] ». Voir aussi de manière plus générale, H. LADDIE, P. PRESCOTT, M. VITORIA, (sous dir. de), *The Modern Law of Copyright and Designs*, 4e éd., vol. 1, Lexis Nexis, 2011, préface, p. v : « Professor Ian Hargreaves' Report Digital opportunity- a review of intellectual property and growth (may 2011) posed the question : Could it be true that laws designed more than three centuries ago with the express purpose of creating economic incentives for innovation by protecting creator's ights are today obstructing innovation and growth ? And gave the short answer 'yes- the UK's intellectual property framework, especially in regard to copyright, *is falling behind what is needed* [nous soulignons]. »

[1722] Voir ainsi le considérant n° 23 de la proposition, qui se réfère à la Recommandation 2005/737/CE ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des

même sens[1723]. Le besoin d'une action européenne dans ce domaine a par ailleurs été confirmé par certains États membres[1724] ainsi que par les acteurs économiques[1725]. De même, l'idée d'étendre horizontalement la portée des dispositions ultra-sectorielles de l'acquis communautaire en matière de droit d'auteur n'est pas nouvelle[1726] et pourrait être transposée en matière de contrats d'exploitation[1727]. Par ailleurs, et de manière plus générale, l'européanisation de la matière des

---

régions, Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix, Bruxelles, le 24.5.2011, COM(2011) 287 final, p. 13 : « C'est pourquoi, en 2011, la Commission présentera des propositions en vue de la création d'un cadre juridique pour la gestion collective des droits d'auteur, qui permette une commercialisation multiterritoriale et paneuropéenne des droits. » ; Communication de la Commission, L'Acte pour le marché unique, Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance, Ensemble pour une nouvelle croissance, Bruxelles, le 13.4.2011, COM(2011) 206 final, p. 8 ; Communication de la Commission du 20.11.2007, Un marché unique pour l'Europe du 21e siècle, COM(2007) 724 final, p. 9 ; Communication de la Commission, *A Single Market for Intellectual Property Rights*, COM(2011) 287 final, p. 9 – 10. Déjà Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, la gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur, Bruxelles, le 16.04.2004, COM(2004) 261 final, p. 21 : « Les conclusions du processus de consultation ont confirmé le besoin d'une action complémentaire sur les aspects de la gestion collective, qui affectent le commerce transfrontière et qui ont été identifiés comme empêchant l'exercice du plein potentiel du Marché intérieur ». Comp. L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 277.

[1723] Voir ainsi, Proposition de Directive (préc.), p. 3 : « Second, the development of a Single Market for cultural content online has led to calls for changes to copyright licensing, notably in the licensing of the rights of authors in musical works as online music service providers face difficulties in acquiring licences with an aggregated repertoire for the territory of more than one Member State. »

[1724] Voir IPO, *The UK's International Stategy for Intellectual Property*, août 2011, disponible sur : <http://www.ipo.gov.uk/ipresponse-international.pdf>, p. 1 : « The review also calls for action on EU copyright in areas such as cross-border licensing. […] working to secure EU copyright reforms that will lead to increased growth and economic benefits such as cross border licensing. » Ceci a été proposé également par le Hargreaves Report. Sur ce point v. E. ROSATI, « The Hargreaves Report and Copyright Licensing : Can National Initiatives Work Per Se ? », *EIPR*, n° 11, 2011, p. 673 et s. et not. p. 673.

[1725] V. not. S. JAMES, « Time to Slice and Dice in the Contractual Kichen ? » *in* R. SCHULZE (sous dir. de), *New features in Contract Law*, Sellier, 2007, p. 299 s. et not. p. 302 s., se référant à la «demande pour un droit transnational », selon les résultats de l'étude empirique réalisée par Clifford Chance en 2005 (préc.) : « There is, therefore, demand from business for a European contract law ». En matière des contrats d'exploitation d'auteur, voir EBU, *Modern Copyright for digital media, Legal analysis and EBU proposals*, mars 2010, *passim*.

[1726] À propos de l'extension horizontale des dispositions ultra-sectorielles, v. M. WALTER, « Updating and consolidation of the acquis. The future of European copyright », disponible sur : <europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/docs/conference/2002-06-santiago-speech-walter_en.pdf.>, p. 5 : « Extending vertically harmonised solutions horizontally. A further harmonization could start in extending vertically harmonized solutions horizontally. Several directives provide for solutions which could easily be transferred to other comparable fields of copyright and related rights. » ; M. WALTER, S. von LEWINSKI (sous dir. de), *European Copyright Law*, a commentary, Oxford University Press, 2010, n° 16.0.134. *Cf.* aussi *ibid.* p. 7 : « As far as copyright contracts are concerned an eventual extension of the unwaivable right to an equitable remuneration as provided for in the Rental and Lending Right Directive was already mentioned. » A propos du traitement des inconsistances de l'acquis en matière de droit d'auteur v. Commission Européenne, Commission staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, Bruxelles, 19.7.2004, SEC(2004) 995. Comp. M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 8, « The Blessings and Curses of Harmonization », p. 297 et s., not. p. 301 : « the current acquis in the field of copyright and related rights, while generally coherent, suffers from inconsistencies and unclear areas that might merit some form of legislative redress. » Dans le même sens aussi European Copyright Society, « Letter at Mr Günther Oettinger, Commissioner for Digital Economy and Society European Commission. Subject : unification of copyright law », 19 décembre 2014, disponible sur : <www.ceipi.edu/uploads/media/ECS_letter_to_Oettinger_FIN-1.pdf>.

[1727] Comp. L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. p. 525 : « To effectively address the

contrats d'exploitation, surtout en droit d'auteur, en tant que remède aux problèmes causés par la diversité entre les droits nationaux, est également de plus en plus souvent évoqué en doctrine[1728].

---

issue of copyright contracts, the European legislator would have to intervene in copyright law on a *very broad scale* or run the risk of adopting piecemeal and less satisfactory measures [nous soulignons]. »

[1728] À propos des contrats d'exploitation d'auteur, v. P. MOHR, *L'harmonisation européenne du droit des contrats d'auteur – Etude de droit comparé à partir des droits allemand, anglais, espagnol et français*, thèse Strasbourg, 2014 ; M. MARKELLOU, *Le contrat d'exploitation d'auteur : Vers un droit d'auteur conctractuel européen*, Larcier, 2012 ; M. WALTER, « Updating and consolidation of the acquis. The future of European copyright », disponible sur : <europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/docs/conference/2002-06-santiago-speech-walter_en.pdf.>, pp. 7 s. : « Though keeping in mind the principle of subsidiarity some harmonised legal framework for copyright contracts should be established also on the European level. […] It seems to me of stringent necessity to take care of authors contracts, to adopt this stepchild of copyright and bring it under the umbrella of European copyright. » ; J. de WERRA, « An essential Brick in the Building of European Copyright : Regulation of Copyright Transactions », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law* : *challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 259 s. et not. p. 281 : « The time has therefore come to conceptualilze and develop the regulatory vehicle that will support copyright transactions within Europe. » ; A. STROWEL, B. VANBRABANT, « *Copyright* licensing : a European view », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 29 s. et not. p. 44 : « [I]t would be useful to have more harmonised provisions on *copyright* contracts ».». *Adde* A. STROWEL, « European copyright : beyond the additions made by the European Court of Justice, some pieces are still missing » *in* M.-C. JANSSENS (sous dir. de), *Harmonisation of European IP law : from European rules to Belgian law and practice. Contributions in honour of Frank Gotzen*, Bruylant-Larcier, 2012, p. 73 s. ; A. STROWEL, « Towards a European Copyright Law : Four issues to consider » *in* E. STAMATOUDI, P. TORREMANS, *EU Copyright Law. A Commentary*, Edward Elgar, 2014, n° 21.01 s, p. 1127 s. et not. n° 21.06, p. 1129 : « A third problem results from the absence of harmonised copyright contract rules. […] Nevertheless, more should be done in this area » ; *ibidem* n° 21.01 s, p. 1127 s. et not. n° 21.32, p. 1138 : « It even not clear whether 'Licences for Europe' is at all focused on addressing contractual issues in Europe […] » et *ibid.* : « The content of the 'Licences for Europe' initiative shows that the political agenda for copyright reform is largely determined by sector-specific concerns which do not have much to do with a true review of copyright licensing rules. This is unsatisfactory. More should be done in the light of the existing divergences between copyright contract rules throughtout the EU ». A propos de l'européanisation des contrats d'auteur spéciaux, voir G. SCHRICKER, « German and Comparative Intellectual Property Law. Efforts for a Better Law on Coypright Contracts in Germany-A Never-Ending Story », *IIC*, 2004, p. 850 s. et not. p. 856 : « [T]he most important types of copyright contracts, including those related to the new media of the information society, should constitute the object of an adequate codification. *Such legislation could be included in the coming harmonized law of contracts of the European Union* [nous soulignons]. »

Contra S. Von LEWINSKI, « Copyright Contracts », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 241 s. et not. p. 257 : « Considering all these reasons, the principal safeguard of differences under national laws and thus respect for nationally grown legal systems and related cultures seems to be the best approach currently available. » ; E. DERCLAYE, « By way of conclusion : what next ? », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, EE, 2009, p. 614 s. et not. p. 620 : « [S]ome areas of *copyright* law do not need to be harmonised. […] It is evident that authorship and ownership are not harmonized enough. However, these areas often touch the property and contract laws of the Member States and may be outside the competence of the EU. » *Cf.* d'un point de vue international, J. A. L.STERLING, « International Codification of Copyright Law : Possibilities and Imperatives », Part one, *IIC*, 2002, p. 270 s. et not. p. 292 : « It is thought, however, that to some extent workable rules in this area could be elaborated internationally, especially on the basis of the general principle of giving effect to the intention of the parties to the contract » et J. A. L. STERLING, « International Codification of Copyright Law : Possibilities and Imperatives », Part two, *IIC*, 2002, p. 464 s. et not. p. 472 : « It could be that the Code would confine itself to general principles in this area […] »

À propos de l'ensemble du droit des contrats d'exploitation, v. N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64 ; J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., p. 91, qui procède à la démonstration des insuffisances du cadre juridique actuel en vue de plaidoyer pour la révision et le développement du droit des licences en Europe : « On this basis, the goal of this article is to discuss certain aspects of European intellectual property licensing law in the light of recent case law and regulations in order to show that there is a need to develop a more unified framework governing intellectual property licensing law in Europe.» ; *ibid.* p 20 : « intellectual property rights must be able to circulate in an efficient manner in order to maximize their use and benefits. This requires to have an efficient vehicle for this purpose and an enabling contractual law

De manière similaire, le besoin de reconstruire le droit européen des contrats d'exploitation a été récemment constaté par la Commission en matière de marques. Plus précisément, une Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil rapprochant les législations des états membres sur les marques[1729] a affirmé le besoin d'assurer la cohérence de l'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation, par l'alignement entre les dispositions portant sur des titres nationaux et européens[1730]. De même, la proposition de Directive en question propose le comblement (partiel) de

---

framework governing intellectual property transactions constitutes such a vehicle. It is consequently time to conceptualize and develop the contractual vehicle that shall enable the efficient commercialization and licensing of intellectual property rights within Europe. » ; J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European Perspective », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 470 s. V. aussi le projet « European IP contract law » qui a été envisagé par le Institut Max Planck (for Intellectual Property, Competition and Tax Law). Sur ce point v. A. PEUKERT, R. M. HILTY, *European intellectual property contract law : Promoting innovation and creativity*, (*Europäisches Immaterialgütervertragsrecht : Förderung von Innovation und Kreativität*), Tätigkeitsbericht 2006, Max Planck Institute for Intellectual Property. *Rabels* Zeitschrift, 2/2012, pp. 339-373.

Cf. L. BRENNAN, J. DODD, « A Concept Proposal for a Model Intellectual Property Contracting Law / Model Intellectual Property Contract Law (Concept Draft for Discussion Only) », Presentation at the UNCITRAL Third International Colloquium on Secured Transactions Presentation, 1-3 March 2010, Vienna, <www.uncitral.org>.

United Nations Economic Commission for Europe, Intellectual Property Commercialization, policy options and practical instruments, 2011, disponible sur : <www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/publications/ip.pdf>. Sur ce dernier v. L. BRENNAN, J. DODD, « A concept proposal for a model intellectual property commercial law », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 257 s. et not. p. 262.

[1729] (Refonte) Bruxelles, le 27.3.2013, COM(2013) 162 final, 2013/0089 (COD). A l'heure actuelle le Conseil a pris acte du rapport sur l'état des travaux. Voir le procès verbal de la 3317e session du CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE (COMPÉTITIVITÉ (marché intérieur, industrie, recherche et espace)) tenue à Bruxelles le 26 mai 2014, document 10243/14 ADD, 13 juin 2014.

[1730] V. le considérant n° 32 de la proposition de Directive en question : « Pour des raisons de cohérence, et afin de faciliter l'exploitation commerciale des marques dans l'Union, les règles applicables aux marques en tant qu'objets de propriété devraient être alignées sur celles déjà en place pour la marque européenne et devraient régir la cession et le transfert, la licence, les droits réels, l'exécution forcée et les procédures d'insolvabilité. » Déjà en ce sens, MAX PLANCK INSTITUTE FOR INTELLECTUAL PROPERTY AND COMPETITION LAW, *Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System*, 15.02.2011, disponible sur : < http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/tm/20110308_allensbach-study_en.pdf>, n° 224, p. 227. Sur ce point, d'un point de vue plus general, voir D. FIELDS, H. SHERATON, « European Commission proposes reform of European trade mark system », *EIPR*, n° 35(10), 563-566, et not. p. 563 : « There are also inconsistencies between the two major legislative instruments governing the European trade mark system, the 1994 CTM Regulation (now codified as Regulation 2007/2009) (CTMR) and the 1989 Trade Mark Directive (now codified as Directive 2008/95) (TMD). […] The divergences are significant and are perceived as endangering the intended complementary relationship between the CTM and national trade mark systems. » Comp. aussi Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix, Bruxelles, le 24.5.2011, COM(2011) 287 final, p. 11. Par ailleurs, ce besoin a été déjà constaté en doctrine. V. en ce sens, J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2013, p. 90 et s., p. 108 : « it would appear appropriate to adopt a European wide solution which shall apply equally to all types of intellectual property rights […] » ; Ch. HEINZE, «The proposal of common rules on national and Community IP-rights», presentation à la Conference The Model Law on Intellectual Property A Proposal for German and European Law Reform?, Mannheim Center for Competition and Innovation, 7-8 février 2013, disponible sur : <modellgesetz.uni-mannheim.de/english/The%20Conference/Presentations/Presentation%20Heinze.pdf>. Par ailleurs, telle était l'intention du législateur européen lors de l'introduction de la Directive 2004/48 qui porte tant sur les titres européens que sur les titres nationaux. En ce sens, v. A. DESPOTIDOU, « La Directive 2004/48/CE relative au respect des droits de Propriété

la réglementation spéciale applicable aux contrats de licence des marques « par un ensemble de règles, correspondant à celles contenues dans le règlement, relatives aux marques en tant qu'objets de propriété »[1731].

321.- En somme, il semble que, au niveau national comme au niveau européen, la démarche d'amélioration prospective du droit spécial des contrats d'exploitation comprenne deux volets : d'une part, repenser et « réparer » le droit spécial existant, d'autre part, compléter le droit spécial, à travers la « construction » des parties « inachevées »[1732]. Sur cette base, le traitement de l'insuffisance prend la forme d'une (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation, au niveau national et au niveau européen.

Intellectuelle- examen et champ d'application », *in* P. KORIATOPOULOU (sous dir. de), *La protection de la propriété intellectuelle. La nouvelle Directive Communautaire 2004/48*, Sakkoulas, 2005, p. 11 s. et not. p. 20.

[1731] Proposition de Directive précitée, pp. 8-9 : « la directive actuelle ne contient pas de dispositions relatives aux marques en tant qu'objets de propriété (concernant, par exemple, leur transfert ou les droits réels). Par conséquent, des aspects essentiels de l'exploitation commerciale des marques sont mal réglementés dans l'Union, ou réglementés différemment d'un État membre à l'autre. » V. aussi le nouvel art. 26.

[1732] Comp. d'un point de vue français, à propos du droit de la propriété intellectuelle dans son ensemble, J.-S. BERGE, « Entre autres droits, la propriété intellectuelle », *Propr. Intell.*, n° 4, Juillet 2002, p. 9 s. et not. p. 14 : « Qui peut prétendre aujourd'hui que la construction du droit de la propriété intellectuelle est une œuvre achevée ? Qui peut considérer que les règles qui lui sont spécialement consacrées ont atteint la complétude et la cohérence souhaitées de sorte qu'elles peuvent s'auto-alimenter, sans recourir à des règles plus générales […] ? »

Conclusion de la Section 2.

322.- L'analyse précédente a démontré que l'action pour remédier à l'insuffisance du cadre juridique actuel ne devait pas avoir un caractère « destructif ». En revanche, il a été soutenu que l'option d'une action d'amélioration prospective du droit spécial des contrats d'exploitation devrait être choisie. En fait, l'existence d'un encadrement spécial des contrats d'exploitation présente plusieurs avantages qui sont liés à la facilitation et à la sécurisation des échanges dans la matière en question. De même, la singularité significative des contrats d'exploitation et des ces objets ainsi que la reconnaissance de l'autonomie systématique du droit de la propriété intellectuelle militent en faveur de la consécration d'un cadre juridique propre à ceux-ci

Dès lors, compte tenu des contours de l'insuffisance qui caractérise le cadre juridique actuel, l'action d'amélioration prospective recommandée aurait pour objectif la rénovation des droits nationaux et la révision de l'acquis existant, l'alignement de la réglementation afférente aux titres nationaux et européens et le rapprochement des législations nationales en matière de contrats d'exploitation. Autrement dit, elle prendrait la forme d'une (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation, tant au niveau national qu'au niveau européen.

Conclusion du Chapitre II.

323.- L'analyse réalisée au sein du présent chapitre a démontré que les contrats d'exploitation sont des contrats importants, tant en termes qualitatifs que quantitatifs. Sur cette base, l'insuffisance qui caractérise le droit spécial afférent pose problème. Il en résulte la nécessité de remédier à ce problème de manière active et prospective. De même, les mérites de l'encadrement des contrats d'exploitation ainsi que leur singularité appellent à une action d'amélioration prospective et ciblée du droit spécial existant des contrats d'exploitation, visant à remédier aux causes de l'insuffisance de ce dernier[1733].

Le traitement de l'insuffisance du cadre juridique actuel devrait ainsi prendre la forme d'une action de (re)construction prospective du droit spécial des contrats d'exploitation, tant au niveau national qu'au niveau européen. L'action de (re)construction du droit des contrats d'exploitation au niveau national répondrait ainsi à l'objectif de rénovation des droits nationaux, tandis que celle effectuée au niveau européen répondrait aux objectifs de la révision de l'acquis existant, de l'alignement de la réglementation afférente aux titres nationaux et européens et du rapprochement des législations nationales en matière de contrats d'exploitation.

[1733] Insuffisance structurelle et réglementaire au niveau national ; le caractère fragmenté et inachevé de l'acquis au niveau européen.

Conclusion du Titre II.

324.- L'analyse effectuée au sein du présent titre nous a permis de découvrir que l'insuffisance du cadre juridique actuel des contrats d'exploitation en Europe est globale : elle caractérise tant les droits nationaux examinés que l'acquis communautaire, elle concerne tant la catégorisation que la réglementation spéciale des contrats d'exploitation et elle touche toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle (droit d'auteur, brevets, marques) ainsi que l'ensemble des niveaux d'exploitation (primaire-secondaire).

La conclusion en question nous a menés à la réflexion sur le traitement du problème de l'insuffisance. L'importance qualitative et quantitative des contrats d'exploitation au sein de l'économie contemporaine nous a permis d'affirmer que la faiblesse qui caractérise le droit spécial desdits contrats en Europe est un problème de taille qui devrait être traité de manière active et prospective. En outre, les avantages de l'existence d'un encadrement légal, la singularité significative des contrats d'exploitation ainsi que la reconnaissance de l'autonomie systématique du droit de la propriété intellectuelle nous ont conduits à opter pour une action d'amélioration ciblée du cadre juridique propre à cette catégorie contractuelle.

Dès lors, le traitement de l'insuffisance prendrait la forme d'une action de (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation tant au niveau national qu'au niveau européen. Au niveau national, l'action proposée viserait la rénovation des droits nationaux spéciaux des contrats d'exploitation. Au niveau européen, le traitement aurait pour objectif la révision de l'acquis existant, l'alignement de la réglementation afférente aux titres nationaux et européens et le rapprochement des législations nationales en matière de contrats d'exploitation.

Conclusion de la Première Partie : Le besoin de (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation en Europe.

325.- Au sein de la première partie, nous avons réalisé un examen à la fois descriptif et critique de l'état actuel du cadre juridique (spécial) des contrats en Europe. Cet examen nous a permis de poser le diagnostic de l'insuffisance globale du droit des contrats d'exploitation et de proposer comme traitement approprié la (re)construction de ce dernier, tant au niveau national qu'au niveau européen.

La première partie de cette thèse a ainsi eu pour objectif de démontrer d'une part, le problème de l'insuffisance du droit des contrats d'exploitation en Europe est réel et grave et, d'autre part que le problème en question nécessite une solution drastique sans délai. Nous avons donc tenté de démontrer le besoin de (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation, tant au niveau national qu'au niveau européen.

Le travail de (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation, malgré sa nécessité, est de taille et présente plusieurs écueils et difficultés. Cependant, - que ce soit un « pari impossible ou une tentative simplement périlleuse »[1734], nous avons l'intention de contribuer à la recherche d'une solution au problème de l'insuffisance du cadre juridique actuel. Sur cette base, nous allons formuler une proposition raisonnable et pragmatique pour la (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation en Europe (Partie II).

[1734] J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 277, p. 310.

DEUXIÈME PARTIE : UNE PROPOSITION POUR LA (RE)CONSTRUCTION DU CADRE JURIDIQUE ACTUEL DES CONTRATS D'EXPLOITATION EN EUROPE

326.- L'analyse descriptive et critique du cadre juridique actuel des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle en Europe réalisée au sein de la première partie, a démontré le besoin de (re)construction du cadre juridique actuel des contrats d'exploitation. Pour ce faire, il nous a paru utile de déterminer les contours du problème de l'insuffisance avant de souligner la nécessité de traiter celle-ci de manière active et prospective, à travers la (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation, tant au niveau national qu'au niveau européen. Comme toutefois nous l'avons déjà souligné, la présente thèse ne vise pas uniquement à décrire le besoin de (re)construction dudit droit mais elle tend également à offrir une réponse concrète à la question suivante : comment améliorer droit des contrats d'exploitation en Europe ? En d'autres termes, elle vise également à présenter une proposition pour la (re)construction de ce dernier.

327.- Au sein de la seconde partie il semble utile de déterminer d'abord les axes et les impératifs qui caractérisent l'action de (re)construction proposée. Il faudra prendre en considération la complexité du paysage juridique de l'Union européenne ainsi que la tendance du rapprochement des différentes branches du droit de la propriété intellectuelle. Le souci de réalisme impose la prise en considération des dangers, des difficultés et des limites de la (re)construction proposée, afin d'évaluer sa faisabilité. Une fois cette étape franchie, la (re)construction proposée mérite d'être concrétisée. À cette fin, le cheminement de notre étude aboutira à la recommandation de pistes concernant la mise en œuvre de la proposition, et plus précisément, des pistes propres à la (re)construction du droit des contrats d'exploitation et d'autres propres à l'européanisation de celui-ci.

Nous allons exposer dans un premier temps les axes et les défis de la proposition de (re)construction formulée, autrement dit les contours de notre proposition (Titre I), avant de présenter les perspectives de celle-ci (Titre II).

Titre I.- Le contexte de la proposition.

328.- Il a été démontré plus haut[1735] que le droit spécial des contrats d'exploitation était insuffisant tant au niveau national qu'au niveau européen et qu'il était opportun de remédier à cette situation. À cette fin, la (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation, tant au niveau national qu'au niveau européen, a été proposée comme « remède » au problème de l'insuffisance.

Au sein du présent titre nous allons avancer notre syllogisme concernant la (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation en Europe. Nous allons définir les axes d'une proposition de (re)construction (Chapitre 1) avant de présenter les défis de cette dernière (Chapitre 2).

[1735] Voir *supra* n° 163 *sq.*

CHAPITRE I.- LES AXES DE LA PROPOSITION.

329.- Au sein du présent chapitre, nous tenterons de démontrer pourquoi l'insuffisance générale du droit spécial des contrats d'exploitation en Europe doit être traitée de manière globale. Nous allons ainsi démontrer que l'action de (re)construction du droit (spécial) des contrats d'exploitation en Europe doit avoir une portée horizontale (Section 2) et être menée au niveau de l'Union européenne (Section 1).

Section 1.- Une action de (re)construction du droit des contrats d'exploitation menée au niveau de l'Union européenne.

330.- La (re)construction du droit des contrats d'exploitation pourrait être considérée comme une affaire « interne » à chaque ordre juridique examiné (ordres juridiques nationaux et l'acquis communautaire). Par ailleurs, la nature variable de l'insuffisance caractérisant chaque ordre juridique examiné appelle en principe des actions de (re)construction « individualisées » au niveau des ordres juridiques nationaux et au niveau européen. Cependant, la dispersion des actions de (re)construction n'est pas un choix opportun. Tout d'abord, les démarches de (re)construction au niveau national et européen sont interdépendantes, ce qui sous-entend l'élaboration d'une action de (re)construction menée une fois pour toutes au niveau supranational, à savoir, celui de l'Union européenne (§1). De même, le caractère transfrontier des échanges en matière de propriété intellectuelle appelle également à la réalisation d'une seule action de (re)construction au niveau de l'Union européenne (§2). Enfin, des arguments d'ordre symbolique peuvent être utilisés en faveur d'une telle action (§3).

§1.- L'interdépendance des actions de (re)construction au sein de l'Union européenne.

331.- « *Multi-level Europe* ». L'Union européenne est une entité politique *sui generis*[1736]. Elle présente une structure complexe car elle est composée de l'ordre juridique européen *stricto sensu*[1737], qui se superpose[1738] aux ordres juridiques des vingt-huit (28) États- membres[1739]. C'est la

[1736] En ce sens, par exemple, v. K. RIEDL, « The work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint », *ERPL*, 1, 2000, pp. 71-83 et not. p. 74. La distinction dualiste classique entre États et organisations internationaux (connue sous la dénomination de « supranationalisme orthodoxe ») s'est altérée à partir du moment où les États européens souverains se sont transformés en membres d'une entité politique *sui generis*.

[1737] Terme utilisé par S. BESSON, « Fundamental rights and European Private Law », *in* M. BRUSSANI, F. WERRO, (sous dir. de), *European Private Law : A handbook*, vol. I, Staempli, Bruylant, Sakkoulas, CAP, Sellier, 2009, p. 7 et s. et not. p. 14. Suite à l'arrêt de la CJUE *Van Gend en Loos* (CJ 5 févr. 1963, aff. 26/62, Rec. p. 1) « la Communauté [l'Union] constitue un *nouvel ordre juridique* de droit international au profit duquel les États membres ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains ».

[1738] Suite au principe de la primauté du droit communautaire. Sur ce point v. par exemple, P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD Civ.*, 2001, p. 749, n° 22 : « La suprématie du droit communautaire est donc celle de l'ordre juridique communautaire, lequel l'emporte dans son intégralité sur les ordres nationaux et sur toutes les normes du droit interne, quelle qu'en soit le rang hiérarchique, même constitutionnel. »

raison pour laquelle l'Union européenne est décrite très souvent comme un système à plusieurs niveaux (« *multi-level Europe* »)[1740].

L'existence du système normatif à plusieurs niveaux de l'Union européenne est une réalité à ne pas ignorer lors de la (re)construction du droit des contrats d'exploitation. En effet, l'univers de l'Union européenne se caractérise par la relation d'interdépendance entre les ordres juridiques qui la composent[1741]. C'est pourquoi, la (re)construction menée uniquement au niveau national (A) ou au niveau européen (B) est d'une efficacité limitée.

A.- Les limites d'une action de (re)construction menée uniquement au niveau de l' (ou d'un) État-membre.

332.- La (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation national au sein de chaque système juridique national est *a priori* une question « interne ». Les institutions nationales sont, en principe, les seuls acteurs compétents à produire et réformer leur droit national à leur gré. Cependant, la situation est différente pour les États membres de l'Union européenne. Car, les

---

[1739] V. par exemple, S. BESSON, « Fundamental rights and European Private Law », *in* M. BRUSSANI, F. WERRO, (sous dir. de), *European Private Law : A handbook*, vol. I, Staempli, Bruylant, Sakkoulas, CAP, Sellier, 2009, p. 7 et s., not. p. 14. Comp. critique G. Della CANANEA, « Is European Constitutionalism Really « Multilevel » ? », *ZaöRV*, 2010, p. 283 s., pour qui le terme « multi-level » n'est pas adéquat parce qu'il met l'accent sur le caractère hiérarchique et la relation verticale entre les composantes de l'Union européenne.

[1740] V. not. S. WEATHERILL, « The Multi-level Structure of Private Law : Editorial Introduction », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 319 s. ; M. BUSSANI, « 'Integrative' Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal Systems », *ERPL*, 1/2000, pp. 85-99 et not. p. 93 ; Ch. JOERGES, « Interactive Adjudication in the Européanisation Process ? A Demanding Perspective and a Modest Example », *ERPL*, 1/2000, pp. 1-16 et not. p. 3 et s. ; K. RIEDL, « The work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint », *ERPL*, 1, 2000, pp. 71-83 et not. p. 74 ; A. CHAMBOREDON, « Form v. Substance ? An ideological Vnture Beyond the Dichotomy in European Law of Contract », *ERPL*, 2000, pp. 237-247, not. p. 246, parlant de « pluralist system, a 'multi-systems' order in *perpetual construction.* » Comp. K.-H. LADEUR, « Methodology and European Law-Can Methodology Change so as to Cope with the Multiplicity of the Law ? », *in* M. Van HOECKE, F. OST, L. WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 91 et s. et not. p. 103, qui parle de « multi-polar network » : « Here, we might even place a question mark at the term 'multi-level system' : it would be more appropriate to speak of a 'multi-polar' network of networks, the modeling of which requires the co-operation and harmonisation of various legal and non-legal social norms. » *Adde* M. JACHTENFUCHS, « The governance Approach to European Integration, *Journal of Common Market Studies*, n° 39, 2001, p. 245 et s. ; F.-W. SCHARPF, « Notes Toward a Theory of Multilevel Governing in Europe », *Scandinavian Political Studies*, n° 24, 2001, p. 1 et s.

[1741] La relation d'interconnexion est représentée par une image astronomique. Sur ce point voir notamment H. COLLINS, « Governance implications for the European Union of the changing character of private law », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 269 et s. et not. p. 273 : « In this multilevel system, each national private law system would constitute a distinct planet, bound by gravitational forces to the central orb of European law, whilst at the same time, its own evolutionary *momentum* and internal force or tradition would serve to retain its separate identity as a private law system. The interesting features of this multilevel system of private law concern both the dimensions of the forces operating form the central star of European law on the planets of national legal systems and the weaker though still detectable influences of one planet of national law on the trajectories of the others. » La métaphore des « champs magnétiques » est également utilisée.

« champs magnétiques[1742] » qui se développent dans l'univers de l'Union européenne influencent la production et *a fortiori* la (re)construction du droit national d'un État-membre. En pratique, l'efficacité d'une action de (re)construction menée uniquement au niveau d'un État-membre est limitée, à cause de l'impact des « forces gravitationnelles »[1743] importantes, émanant tant de l'ordre juridique européen (1°) que des ordres juridiques des autres États-membres (2°).

1°.- L'influence de l'ordre juridique européen.

333.- L'influence de l'ordre juridique européen sur les ordres juridiques des États-membres[1744] prend différentes formes (a) et elle est assez importante pour être ignorée lors de la (re)construction des droits nationaux des contrats d'exploitation (b).

a.- Les formes d'influence.

334.- La transfusion normative. L'ordre juridique européen a une incidence profonde sur la production législative normative des États-membres[1745]. En pratique, désormais prés de 80% de la législation nationale est d'origine européenne[1746]. Aucune matière juridique ne semble plus échapper à cette influence de transfusion normative[1747]. Pour ce qui nous intéresse, aussi bien le

---

[1742] B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *Les Petites Affiches*, 24 juillet 2006, n° 146, p. 3 s.

[1743] H. COLLINS, « Governance implications for the European Union of the changing character of private law », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 269 et s. et not. p. 273.

[1744] *Cf.* H. COLLINS, « Governance implications for the European Union of the changing character of private law », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 269 et s. et not. p. 273 et s. : « The influence of the centre on the periphery ».

[1745] Voir sur ce point G. MÄSCH, « Le droit communautaire des contrats et son influence sur le droit national des Etats membres », *in* G. MÄSCH, D. MAZEAUD, R. SCHULZE, *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Sellier, sept. 2009, p. 17 et s. et not. p. 17 et s. *Cf.* en ce sens Communiqué de Presse de la Commission, « La Commission européenne salue la fondation de l'institut européen du droit », IP/11/666 : « Le droit européen a une incidence profonde sur la vie quotidienne des citoyens, des entreprises et des structures politiques et juridiques nationales en Europe. »

[1746] M. MEKKI, « Le modèle de la loi au sein du Code civil », *in* Th. REVET (sous dir. de), *Code Civil et modèles, des modèles du code au code comme modèle*, LGDJ, 2005, p. 5 et s. et not. n° 42, p. 40 ; B. CHAMBEL, « La fondation européenne pour la promotion du droit », Gazette du Palais, 17 avril 2007, n° 107, p. 4 s. : « Le droit communautaire est omniprésent dans notre droit interne ; 80% de la législation française est d'origine communautaire. » V. toutefois, M.-E. ANCEL, « Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », *in* G. PIGNARRE (sous dir. de), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2005, p. 121 s. et not. p. 136, se référant à la matière du droit des obligations, pour qui, « quantitativement, la présence du droit communautaire est très visible mais, qualitativement, elle n'est nullement insupportable. »

[1747] M. Van HOECKE, « Le Code civil et la base commune du droit privé en Europe », *in* A. WIJFFELS (sous dir. de), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. 29 et s. et not. p. 32 : « Un nouveau droit européen s'impose et se place à cheval sur chacun des systèmes nationaux de droit privé dans l'Union Européenne. […] Le droit national a en effet été envahi […] par le droit de l'Union Européenne […] ». V. aussi V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », Recueil *Dalloz*, 2006 p. 2279 ; M. Van HOECKE, « Le Code civil et la base commune du droit privé en Europe », *in* A. WIJFFELS (sous dir. de), *Le Code*

droit des contrats que le droit de la propriété intellectuelle sont touchés directement par ce « droit venu d'ailleurs[1748] ».

335.- L'influence indirecte. L'ordre juridique européen influence également les droits nationaux des États-membres de manière moins visible dans deux hypothèses au moins. D'une part, dans certaines hypothèses, la transposition -législative ou judiciaire- d'une mesure légale européenne touche des domaines des droits nationaux qui ne sont pas normalement couverts par l'instrument juridique européen[1749]. Dès lors, les instruments juridiques européens sont perçus comme des « standards[1750] » pour les institutions nationales. L'ordre juridique européen influence également les ordres juridiques des États membres par l'adoption d'actes non contraignants, tels que les livres verts, blancs et les recommandations de la Commission[1751].

Il est aussi à relever que l'ordre juridique européen influence le « processus » de production du droit des États membres. Plus précisément, le droit européen est souvent le catalyseur de la rénovation ou de la réforme des droits nationaux. En pratique, les évolutions au niveau européen incitent à la mise

---

civil entre ius commune et droit privé européen, Bruylant, 2005, p. 29 et s. et not. p. 33 : « Le droit national a en effet été *envahi* […] par le droit de l'Union Européenne […] » ; A. WIJFFELS, « Préface », *in* A. WIJFFELS (sous dir. de), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. V s. et not. p. IX, se référant toutefois plutôt sur l'impact du pouvoir judiciaire européen sur les ordres juridiques nationaux au cours de l'existence de l'Union européenne. Ajoutons que les directives non transposées pourraient également être considérées comme sources de droit pour au niveau des États membres, v. par exemple D. MAINGUY, « Les directives non transposées. Libres propos sur une étrange lumière » *in* Mélanges C. Mouly, Litec, 1998, p. 89 et s.

[1748] Expression empruntée par J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e^ République*, Flammarion, 1996, p. 48, cité par M.-E. ANCEL, « Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », *in* G. PIGNARRE (sous dir. de), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2005, p. 121 et not. p. 121. A propos du droit d'auteur v. M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 8, « The Blessings and Curses of Harmonization », p. 297 et s., not. p. 298 : « For national legislatures, the harmonisation agenda of the EC has resulted in almost non-stop process of amending the national laws on *copyright* and related rights. »

[1749] V. sur ce point W. van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », *in* F. GAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 37 et s. et not. p. 65-66 ; F. CAFAGGI, « The making of European Private Law : governance design », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 289 s. et not. p. 305-306 : « There are judicial spillovers, where national judges apply community law to areas not legislated upon at EU level. There are legislative spillovers where the national legislators broaden the scope of EU legislation ». L'auteur rajoute à cette liste les « contractual spillovers », qui se présentent au niveau des parties contractantes. V. pour la même présentation, F. CAFAGGI, « Which Governance for European Private Law ? » (Octobre 2007), disponible sur : <ssrn.com/abstract=1024110> ou <dx.doi.org/10.2139/ssrn.1024110>, p. 14 et s.

[1750] Les directives non transposées pourraient également être considérées comme sources de droit au niveau des États membres, v. par exemple D. MAINGUY, « Les directives non transposées. Libres propos sur une étrange lumière » *in* Mélanges C. Mouly, Litec, 1998, p. 89 et s. Pour la standardisation du droit en général, v. J.-F. RIFFARD, « La mutation de la norme : l'avènement d'un droit nivelé ? Ou retour sur quelques aspects de l'unification et la globalisation des droits », *in* N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS (sous dir. de), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2012, p. 93 s., et not. p. 103 s.

[1751] V. sur ce point, V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », Recueil *Dalloz*, 2006 p. 2279 : « De même, *les livres verts et blancs* de la Commission européenne font en quelque sorte œuvre de méthode législative. » ; J. HUET, « Les sources communautaires du droit des contrats », *in Le renouvellement des sources du droit des obligations*, coll. Assoc. H. Capitant, Lilli, LGDJ, 1996, pp. 11-27 et not. p. 14 : « On peut en discuter pour ce qui est des *recommandations* qui n'ont pas la même force obligatoire. Toutefois il faut se méfier des apparences car la menace de la part des autorités communautaires d'adopter éventuellement une directive, contraignante, peut amener à un respect spontané de la norme posée sous cette forme plus souple. »

en œuvre d'une réforme au niveau national. Ainsi, la réforme du droit allemand des obligations en 2002 a été stimulée par le besoin de transposition de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation[1752]. De manière similaire, l'influence des travaux doctrinaux au niveau européen a stimulé la réalisation de projets de réforme du droit français des obligations[1753]. Il est significatif que selon M. Terré, dirigeant d'un projet de réforme du droit des obligations, « [l'] impulsion européenne […] ne pouvait pas laisser la France dans l'expectative[1754] ». De même, les instruments juridiques européens servent de modèles pour la détermination du contenu des réformes envisagées au niveau national. Il est remarquable que les codifications privées européennes, notamment les Principes du droit européen des contrats de la Commission Lando (ci-après PEDC), malgré leur autorité purement persuasive[1755], ont servi de modèles pour le législateur allemand[1756]. De même, l'influence des textes (d'origine doctrinale) européens est évidente au sein de tout projet de réforme

---

[1752] JO L 171/12 du 07/07/1999. En ce sens, R. SCHLUZE, « The New Challenges in Contract Law », *in* R. SCHULZE (sous dir. de), *New features in Contract Law*, Sellier, 2007, p. 3 et s. et not. p. 12 : « The great extent to which the legislative activity of the Community has thus influenced contract law in the member states is evident both in the reforms in the new eastern members states as well as in the old member states, in particular *the modernisation of the law of obligations in Germany in 2002.* » ; C. AUBERT DE VINCELLES, « La recherche d'une cohérence en droit européen : de l'acquis communautaire à l'ébauche d'un droit européen des contrats », *in* G. WICKER, *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe. Quelles perspectives pour quel équilibre »*, Actes du colloque organisé par le Centre d'étude et de recherche en droit des affaires et des contrats (CERDAC) le 19 septembre 2007, Litec Lexis Nexis, 2008, p. 7 s. et not. p. 16. Comp. aussi Y. LEQUETTE, « Recodification civile et prolifération des sources internationales », *in Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Lexis-Nexis Litec, 2004, p. 171 s. et not. p. 177, pour qui, la transposition d'une directive communautaire doit être « le catalyseur, voire le moteur de la re-codification de notre législation civile. »

[1753] Sur ce point v. par exemple J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 227, p. 260 ; A. de GUILLENCHMIDT-GUIGNOT, « Typologie des contrats », *JurisClasseur contrats – distribution*, Fasc. 15, n° 6 et s. *Cf.* la maigre influence des travaux relatives au droit européen des contrats en droit anglais, v. H. BEALE, « La réforme du droit français des contrats et le « Droit européen des contrats » : Perspective de la *Law Commission* anglaise », *RDC*, 01 janvier 2006, n° 1, p. 135, *passim*. Par ailleurs, le succès des ces entreprises doctrinales peut être mesuré par leur pouvoir d'attraction, en ce sens B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 96 et s. Pour une approche modérée voir, P. REMY, « Réviser le titre III du livre troisième du Code civil ? » *Revue des contrats*, 01 octobre 2004, n° 4, p. 1169 : « La perspective d'une européanisation du droit des contrats et obligations peut lancer la révision du titre II du livre troisième dans des voies très différentes. Dans une vue purement politique de la révision, on peut être tenté d'écarter ces modèles « européens ». […] Dans une vue moins politique, on chercherait au contraire, et dans le calme, si les nouveaux modèles doctrinaux de droit des obligations ne pourraient pas inspirer quelques améliorations de notre *jus proprium*. »

[1754] E. FILIBERTI, « Quelle réforme pour le droit des contrats, Entretien avec François Terré », *Les Petites Affiches*, 26 février 2008, n° 41, p. 4 ; *cf.* V. SAGAERT, « La réforme du droit privé français dans le développement du droit privé européen », *in* V. SAGAERT (sous dir. de), *La réforme du droit privé en France, un modèle pour le droit privé européen ?*, Larcier, 2009, p. 115 et s. et not. p. 118 : « D'autres auteurs ont souligné le lien entre la nécessité de reformer le droit civil français et le droit privé européen. »

[1755] L'influence en question est également une expression de la multiplication (ou du désordre) des sources. Sur ce point v. not. P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD Civ.*, 2001, p. 749, n°15. *Cf.* N. JANSEN, « The authority of an academic 'Draft Common Frame of Reference' », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 146 et s. et not. p. 159, pour qui « in such complex legal dynamics, privately carried-out codifications may gain the status of authoritative texts as well. In constitutional terms, there are fewer restrictions on legislators than on judges about which text to treat as authoritative. »

[1756] N. JANSEN, « The authority of an academic 'Draft Common Frame of Reference' », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 146 et s. et not. p. 159.

qui a vu le jour en droit français des obligations[1757]. Par ailleurs il a pu être soutenu que la modernisation du droit français des contrats suppose nécessairement que le droit nouveau s'inspire des codifications récentes et des projets d'harmonisation européenne du droit des contrats[1758].

b.- L'importance de l'influence : le changement de paradigme pour les droits nationaux des contrats d'exploitation.

336.- L'influence de l'ordre juridique européen sur les ordres juridiques des États membres ne doit pas être sous-estimée. En pratique, l'activité normative au niveau européen ne va pas se réduire dans le futur[1759]. Les droits nationaux des États-membres seront continuellement « bousculés » par le droit européen[1760]. Cette réalité a des répercussions sur l'efficacité des mesures juridiques prises uniquement au niveau de l'État-membre. D'un point de vue pratique, la législation adoptée au niveau national risque d'être très vite dépassée par l'adoption de mesures contraignantes au niveau

---

[1757] Plus précisément, l'influence des textes du droit européen des contrats, tels que notamment les PDEC, a été présente dans les solutions élaborées au sein de l'avant-projet français de droit des obligations et du droit de la prescription (avant-projet Catala). Sur ce point v. not. B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *Les Petites Affiches*, 24 juillet 2006, n° 146, p. 3 s., n° 5 et s. ; R. CABRILLAC, « L'avant-projet de réforme français du droit des obligations », *in* V. SAGAERT (sous dir. de), *La réforme du droit privé en France, un modèle pour le droit privé européen ?*, Larcier, 2009, p. 59 et s. et not. p. 61. De même, le projet de réforme du droit des contrats, diffusé par la Chancellerie, s'est inspiré des multiples codifications doctrinales du droit européen des contrats. V. en ce sens, S. AMRANI MEKKI, B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit des contrats septembre 2007-septembre 2008 », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2965 : « D'autres sources on inspiré la réforme : certaines lois étrangères mais aussi les principes du droit européen du contrat (PDEC), les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, l'avant-projet Gandolfi de code européen des contrats, le projet de cadre commun de référence (PCCR). » Enfin, le « projet Terré » s'est également élaboré sur la base des évolutions européennes. D'après le dirigeant du projet, la considération du projet Gandolfi, des travaux von Bar, des principes du droit européen des contrats, du Cadre commun de référence et d'Unidroit a influencé les solutions proposées. V. sur ce point, E. FILIBERTI, « Quelle réforme pour le droit des contrats, Entretien avec François Terré », *Les Petites Affiches*, 26 février 2008, n° 41, p. 4.

[1758] D. MAZEAUD, « Une nouvelle rapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1364, n° 2.

[1759] Voir par exemple, M.-W. HESSELINK, *The New European Private law*, Kluwer Law International, 2002, p. 70 ; M.-W. HESSELINK, « How Many Systems of Private Law are There in Europe? On Plural Legal Sources, Multiple Identities and the Unity of Law » (April 27, 2012), Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2012-03 ; Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-59 ; Postnational Rulemaking Working Paper No. 2012-04, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=2046964>, p. 14 : « Nor it is likely that the processes of Europeanisation and globalisation will be inverted. »

[1760] M.-W. HESSELINK, *The New European Private law*, Kluwer Law International, 2002, p. 70 : « Secondly, our national legal system and its logical and normative coherence will be under continuous attack from EU law. This influence will simply not go away. » ; M.-W. HESSELINK, « A European Legal Science ? On European Private Law and Scientific Method », *European Law Journal*, 2009, Vol. 15, No. 1, pp. 20-45, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1113450>, pp. 1-36 et not. p. 33 : « The tendency in contract law is clearly towheads further Européanisation ». Pour l'approche nationaliste face à l' « attaque » des droits nationaux par les interventions européennes v. M.-W. HESSELINK, « The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law », *Tulane Law Review*, 2010, vol 83, p. 919 et s. ; Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/10, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1270563>, p. 932-933 ; M. MELI, « The common Frame of Reference and the relationship between national law and European law », *ERCL*, 2/2011, p. 229 et s. et not. p. 231 ; M.-W. HESSELINK, « How Many Systems of Private Law are There in Europe ? On Plural Legal Sources, Multiple Identities and the Unity of Law » (April 27, 2012), Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2012-03 ; Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-59 ; Postnational Rulemaking Working Paper No. 2012-04, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=2046964>, p. 13.

européen (« *jack-in-the-box theory* »)[1761]. Pour ce qui nous intéresse, une action de (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation menée uniquement à l'échelle de l'État-membre pourrait être très vite obsolète suite à une action législative communautaire[1762]. Par exemple, l'adoption de la proposition de Directive en matière de marques[1763] emportera la modification de la nouvelle loi grecque 4072/2012 sur la question de la formalité de la publication de l'inscription de la licence au registre des marques (art. 26§5 de la Proposition de Directive)- une formalité non prévue par la loi hellénique à l'heure actuelle.

D'un point de vue théorique, l'impact du droit européen sur la production du droit au niveau national est une expression du phénomène plus large de l'internationalisation du droit[1764] et de la multiplication et du renouvellement[1765] des sources qui en découlent pour les ordres juridiques nationaux[1766]. Le mouvement est celui du national vers le supra-national, voire à l'universel. Quant à l'environnement juridique européen, la production du droit privé dans le cadre d'un système à plusieurs niveaux comme celui de l'UE ne s'identifie plus uniquement au sein de la sphère des

---

[1761] Comp. sur ce point P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD Civ.*, 2001, p. 749 s., parlant de « position incertaine qu'occupe le système juridique français face aux ordres international et communautaire. »

[1762] Notons que l'adoption d'instruments législatifs ou même de décisions de la CJ en matière de droit de la concurrence qui sont effectivement susceptibles d'influencer le droit national applicable aux contrats d'exploitation.

[1763] Préc.

[1764] V. M. DELMAS-MARTY, *Towards a truly common law*, Cambridge University Press, 2002, préface, p. vi et s.

[1765] Ajoutons que le renouvellement des sources est aussi dû à l'apparition des sources d'origine privée. V. sur ce point, parmi d'autres, B. FAUVARQUE-COSSON, « Le renouvellement des sources du droit en droit des contrats : le rôle des acteurs privés », *in* N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS (sous dir. de), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2012, p. 261 s. Le renouvellement des sources met en évidence le problème de la *mutation de la norme* (v. A. BENSAMOUN, « Les mutations de la norme en droit d'auteur (réflexion sur les sources) », *in* N. MARTIAL-BRAZ (sous dir. de), *Les mutations de la norme : le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2011, p. 278 s., *passim.*), qualifié par certains comme « désordre normatif ». Sur ce point v. V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », Recueil *Dalloz*, 2006, p. 2279 ; C. PERES, « Livre vert de la Commission européenne : les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative », *RDC*, 2011, p. 13 et s., not. n° 2 *in fine* : « Pas plus que les ordres juridiques nationaux, l'ordre juridique de l'Union européenne n'échappe au désordre normatif. » ; pour le désordre normatif au sein de l'ordre juridique européen, v. H. OBERFORFF, « Ordre et désordres normatifs dans l'Union européenne », *RD publ.*, 2006, p. 113 et s. Pour l'ensemble de la question de la multiplication des sources v. not. P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD Civ.*, 2001, p. 749 s., *passim.*

[1766] Sur ce point v. V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », Recueil *Dalloz*, 2006, p. 2279 : « Aujourd'hui, dans les États-nations, comme au niveau mondial, la *pluralité des ordres juridiques* contribue au renouvellement des sources du droit. » à propos des contrats J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, n° 4, p. 6 et s. : « La diversification des contrats qui s'est opérée devait inévitablement, s'accompagner d'une démultiplication des sources de droit existant en la matière. Elles sont de nos jours d'autant plus riches et nombreuses qu'au doit interne, est venue s'ajouter la réglementation d'origine européenne ou internationale […] » ; en matière de droit des consommateurs v. J. ROCHFELD, « La communautarisation des sources du droit- De l'harmonisation maximale », *RDC*, 2009/1, pp. 11-17. Le pluralisme des sources de droit « venues d'ailleurs » est très souvent responsable pour l'intrusion de l'intégrité systématique des ordres nationaux, J. SMITS, « The complexity of Transnational Law : Cohérence and Fragmentation of Private Law », *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 14.3, décembre 2010, disponible sur : <www.ejcl.org/143/art143-14/pdf>, p. 1 : « the émergence of norms emanating from European and supranational actors next to the rules of national origin has disturbed the supposedly coherent legal systems of the past. » Pour certains, l'européanisation des sources est à l'origine de confusion et d'inflation des sources de droit en général. Sur ce point voir V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », Recueil *Dalloz*, 2006 p. 2279 : « Si l'on ne saurait apparemment parler de pluralisme, de compétition, de concurrence, sans détruire ce qui fait l'essence même de l'ordre juridique, on comprend alors pourquoi la concurrence et l'interactivité des sources sont le signe d'une grande *confusion dans l'ordre des sources.* » Rappr. P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD Civ.*, 2001, p. 749 s., n° 18 *sq.*

États. L'impact de l'intervention juridique provenant de l'Union européenne démontre que la production et la réforme du droit des contrats au niveau de l'État-membre ne pourra pas (plus) être assurée exclusivement par des actions des seuls acteurs nationaux[1767]. Sur cette base, il pourrait être affirmé que le paradigme des droits nationaux des États membres de l'Union européenne est modifié[1768]. Il n'est pas exagéré de dire que la production et la réforme du droit des contrats n'est plus une affaire purement interne[1769].

[1767] Sur ce point, v. par exemple, R. SCHULZE, « The New Challenges in Contract Law », *in* R. SCHULZE (sous dir. de), *New features in Contract Law*, Sellier, 2007, p. 3 et s. et not. p. 10 : « In Europe, which contract law applies in each state of the Community and which is to be applied in its courts is no longer decided by the national legislator alone, but in part also by the supranational community. » ; W. VAN GERVEN, « Private Law in a Federal Perspective », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 337 s. et not. p. 337 : « [T]he multi-level structure of our present laws has given rise to problems which would not have arisen under traditional Member State laws. This applies to public as well as private law which have both become part of a larger whole that is no longer autonomous, in the sense that it is no longer linked to a terriorry of a state, but is embedded in a multi-layer legal order. » Rappr. sur ce point A. WIJFFELS, « Qu'est-ce que c'est le ius commune », *in* A. WIJFFELS (sous dir. de), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. 643 et s. et not. p. 645 : « Depuis la seconde moitié du 20e siècle, toujours en Europe occidentale, un nouveau paradigme s'installe en remplacement de celui de l'État-nation et de son ordre juridique unitaire. Le développement a été favorisé par la dynamique de l'intégration européenne et de l'internationalisation accrue des rapports économiques […] ». C'est sur cette base que l'intégrité et la cohérence des droits nationaux ne peut plus être assurée par des actions menées au niveau national. En ce sens, J. SMITS, « The complexity of Transnational Law : Coherence and Fragmentation of Private Law », *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 14.3, décembre 2010, disponible sur : <www.ejcl.org/143/art143-14/pdf>, not. p. 10 : « it is no longer in the owner of the national legislature to create a coherent system. » ; P. SIRINELLI, « Brèves observations sur le « raisonnable » en droit d'auteur », *in* Mélanges en l'honneur de André Françon, Dalloz, 1995, p. 397 s. et not. p. 404 s., à propos du droit d'auteur français : « Comment conserver une certaine cohérence sous la poussée du Droit communautaire ? […] la recherche d'harmonisation ne peut se faire que par l'intégration de logiques différentes et parfois contradictoires. […] Enfin on peut s'interroger sur la volonté ou la capacité de résister aux demandes d'interventions, pas toujours désintéressées, qui ont pour conséquence de multiplier les législations catégorielles. »

[1768] *Cf.* K. RIEDL, « The work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint », *ERPL*, 1, 2000, pp. 71-83 et not. p. 77, qui se réfère au changement de paradigme pour le droit gouvernant les relations contractuelles. ; M.-W. HESSELINK, *The New European Private law*, Kluwer Law International, 2002, p. 70 : « Change will not be limited to the new common European private law. National private law will also be affected : it will never be the same again. » ; F. CAFAGGI, « Introduction », *in* F. CAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 1 et s. et not. p. 2 : « In the European setting, the political economic and legal changes that occurred in the last part of the twentieth century have completely redefined the institutional framework of private law in many new Member States. Hence there is a need to reconsider the relationship between private law and its institutional framework in Member States of the EU ».

[1769] Comp. J. SMITS, « Plurality of Sources in European private Law, or : How to Live With Legal Diversity ? », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 321 s. et not. p. 325 : « It is clear that this new source cannot (or cannot only) be the authority of national state. […] Issues that were previously within the domain of democratic decision-making at the national level have thus shifted to the European or international level […] » ; N. JANSEN, « The authority of an academic 'Draft Common Frame of Reference' », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 146 et s. et not. p. 158 : « The concept of modern private law is in flux as supranational and European legal acts on the one hand and private lawmaking on the other begin to influence the development of private law. In more theoretical terms, this entails that the rule of recognition of modern private law can no longer be identified with the national state or another political sovereign ; instead we are observing a process of fragementation and pluralisation of different rules of recognition. » ; F. CAFAGGI, « Introduction », *in* F. CAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 1 et s. et not. p. 8 : « Hence EPL clearly operates and will grow in the future within a multi level system. » *Adde* Ph. JOUGLEUX, « The Plurality of Legal Systems in *Copyright* Law : An Obstacle to a European Codification ? », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 55 s., not. p. 56 : « all agree that most discussions of the future of IP law transcend the national level and take place most of the time in Brussels. » ; R. M. HILTY, « Intellectual property and the European Community's Internal Market Legislation-*Copyright* in the Internal Market », *IIC*, 2004, p. 760 s., not. p. 761 : « there is no way back to mere national law ». Rappr. le message de Mme Tatjana Josipović, professeur à l'Université de Zagreb, inclu dans la *Newletter* juillet-août 2013 de l'Institut européen du droit : « Croatian law can no longer develop autonomously, without considering the modern legal tendencies developing in other Member States, without observing the development of European law and without participating in projects at the European level. »

Par conséquent, suivant le paradigme de la dénationalisation des sources du droit des contrats, il est recommandé de ne pas réaliser la (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation d'un État-membre de manière isolée au sein des frontières nationales[1770]. La réalité de l'impact du droit communautaire sur les droits des États-membres doit être prise en considération tant au niveau du choix du moment d'élaboration d'une (re)construction du droit national[1771] qu'au niveau de la détermination de son contenu[1772].

2°.- L'influence entre les ordres juridiques étatiques.

337.- Au sein de l'Union européenne, une relation d'interaction réciproque[1773] se tisse entre les ordres juridiques des États membres[1774]. L'interaction en question est due, d'une part, à la proximité

[1770] En ce sens, A. KEIRSE, « European impact on contract law : A perspective on the interlinked contributions of légal scholars, legislators and courts to the Europeanization of contract law », *Utrecht Law Review*, vol. 7, n° 1, janvier 2011, p. 34 s., disponible sur : <www.utrechtlawreview.org>, p. 50 : « Particularly concerning the field of contract law, it can be said that the methods of European convergence in national and European legal systems are inextricably interlinked, whereby a purely national approach in legal doctrine, legislation and case law is, in principle, erroneous. » Comp. J. SMITS, « Plurality of Sources in European private Law, or : How to Live With Legal Diversity ? », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 321 s. et not. p. 327 : «This is a pitty considering that the emergence of law flowing from sources other than the national legislatures and courts raises several important questions about how we should 're-conceptualize' private law in a more inclusive manner, also taking into account other sources than the national ones.» *Adde* C. WITZ, « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *Rec. Dalloz*, 2000, p. 79 s. : « Tout le monde admettra du moins que l'ère du nationalisme du droit des obligations doit prendre fin en Europe. » Voir cependant, M. W. HESSELINK, « The Case for a Common European Sales Law in an Age of Rising Nationalism », Center for the Study of European Contract Law Working Paper Series n° 2012-01, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1998174>.

[1771] V. par exemple, en matière de droit des contrats français, P.- Y. ANTONMATTEI**,** J. RAYNARD**,** *Droit civil, contrats speciaux*, 4e éd., Litec LexisNexis, 2004, n° 11, p. 9 : « L'aveu que cette attente européenne a paralysé la réécriture des textes français a été fait. » ; P. REMY, « Réviser le titre III du livre troisième du Code civil ? » *Revue des contrats*, 01 octobre 2004, n° 4, p. 1169, *in fine* : « Quant aux contrats spéciaux, qu'il faudra bien toucher, on attendra de voir ce que pourront proposer l'Académie des privatistes européens et le SGECC (ou d'autres cercles académiques). » ; F. TERRE, *Droit civil, Les obligations*, 9e éd., Dalloz, 2005, n° 46, p. 51 : « la tâche de réécriture de la matière des obligations aurait été délaissée depuis les années soixante […] parce que l'on attendait en ce domaine, une unification européenne. », citant J. CARBONNIER, « L'évolution contemporaine du droit des contrats », *Introduction à L'évolution contemporaine du Droit des Contrats. Journées René Savatier* (Poitiers 24-25 octobre 1985), PUF, 1986, p. 29 et s. En droit grec, à propos d'une proposition de reforme du cadre juridique des SGC, de manière très critique, la communication de l'AEPI, disponible sur : <www.aepi.gr/index.php?option=com_content&task=view&id=666&Itemid=137>.

[1772] V. en ce sens, par exemple V. SAGAERT, « La réforme du droit privé français dans le développement du droit privé européen », *in* V. SAGAERT (sous dir. de), *La reforme du droit privé en France, un modèle pour le droit privé européen ?*, Larcier, 2009, p. 115 et s. et not. p. 119 : « Le professeur Remy a mis le doigt sur le fait que le législateur français devrait tirer des leçons des tentatives de codification européennes. Ces leçons sont à la fois purement procédurales mais peuvent aussi avoir trait au fond du droit. » Rappr. F. TERRE, *Droit civil, Les obligations*, 9e éd., Dalloz, 2005, n° 62, pp. 74 et 75, sur le besoin de prendre en considération le droit international des contrats lors de l'étude du droit interne français des contrats.

[1773] Comp. R. SCHULZE, « European Private Law : Political Foundations and Current Challenges », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 293 s. et not. p. 301, pour qui, « the exchange of experiences etc is by all means reciprocal. » Certes, l'interaction en question peut prendre la forme d'attraction ou de répulsion.

[1774] Il s'agit d'une variété d'un effet « spill-over » entre différents ordres étatiques. Comp. W. van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », *in* F. GAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 37 et s. et not. p. 66, se référant à l'effet « spill-over » entre l'ordre juridique européen et les ordres juridiques des états tiers, tels que la Suisse. *Cf.* H.

géographique et, d'autre part, à la proximité culturelle et économique qui caractérise les États membres[1775].Dès lors, les législateurs nationaux le plus souvent, ne sont pas indifférents face aux réformes juridiques menées dans d'autres pays voisins. Au contraire, la réforme du droit interne d'un État membre déclenche des discussions sur la réforme au sein d'un autre État-membre[1776]. De même, les droits nationaux des autres États-membres servent fréquemment de modèle ou de point de référence à la détermination du contenu substantiel de la législation nationale[1777]. En somme, l'influence réciproque entre les ordres juridiques étatiques démontre qu'en pratique la réforme et la détermination du contenu des droits nationaux ne sont pas que des questions purement internes.

La réalité de l'influence réciproque entre les États-membres devrait également être prise en considération lors de la mise en œuvre de la démarche de (re)construction des droits nationaux des contrats d'exploitation. Sur cette base, le choix d'élaboration de plusieurs actions de

---

COLLINS, « Governance implications for the European Union of the changing character of private law », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 269 et s. et not. p. 275 et s. : « The influence of the periphery on itself » ; F. GOMEZ, J.-J. GANZUA, « The Economics of Private Law Harmonised Law-making : Mechanisms, Modes and Standards », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 115 s. et not. pp. 119-120, parlant de « trade in legal knowledge and experience ». Certes, une telle interaction ne caractérise pas uniquement les États de l'Union européenne. En fait, certains systèmes juridiques ont exercé une influence à l'échelle globale. Par exemple le Code civil français a eu une influence au-delà du continent européen. V. à titre indicatif CEDROMA, *Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques*, Colloque de Beyrouth, 3, 4 et 5 mai 2004, Bruylant, 2007 ; M.- C. MIRROW, « Le Code Napoléon régit-il toujours l'Amérique Latine d'outre tombe ? » *in* A. WIJFFELS (sous dir. de), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. 179 et s. Comp. A. WIJFFELS, « Préface », *in* A. WIJFFELS (sous dir. de), *Le Code civil entre ius cmmune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. V s. et not. p. XII, parlant de « l'impérialisme juridique français au lendemain de la promulgation du code de 1804 […] ».

[1775] V. en ce sens R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'européanisation du droit privé », *RTD Civ.*, 2007, p. 451 s. ; A. D'AMATO, D.- E. LONG (sous dir. de), *International Intellectual Property Law*, Kluwer Law International, 1997, pp. 82-83, et not. p. 83 : « Present day harmonisation efforts are based upon the implicit view that common history, common philosophy, common economic goals, even common legal system scan be used as a basis for the successful transplantation of rules and norms from other countries. » *Adde* M.-W. HESSELINK, *The New European Private law*, Kluwer Law International, 2002, p. 47 ; G. Della CANANEA, « Is European Constitutionalism Really « Multilevel » ? », *ZaöRV*, 2010, p. 283 s., not. p. 284, pour qui les connections entre les ordres juridiques nationaux sont de plus en plus importantes.

[1776] En matière de droit des contrats v. E. FILIBERTI, « Quelle réforme pour le droit des contrats, Entretien avec François Terré », *Les Petites Affiches*, 26 février 2008, n° 41, p. 4 : « […] le fait que les Néerlandais et les Allemands aient dans l'intervalle, réformé en profondeur leurs droits en la matière, ne pouvaient plus laisser la France dans l'expectative. » ; A. de GUILLENCHMIDT-GUIGNOT, « Typologie des contrats », *JurisClasseur contrats – distribution*, Fasc. 15, n° 6 ; V. SAGAERT, « La réforme du droit privé français dans le développement du droit privé européen », *in* V. SAGAERT (sous dir. de), *La reforme du droit privé en France, un modèle pour le droit privé européen ?*, Larcier, 2009, p. 115 et s. et not. p. 127 : « la relation entre le droit privé français et le droit privé belge : une nécessité pour une re-codification en droit belge ? ». *Adde* D. PHILIPPE, « La réforme du Code civil allemand : une source d'inspiration pour une révision du Code Napoléon ? », *in* A. WIJFFELS (sous dir. de), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. 93 et s. En matière de droit d'auteur, v. *supra* n° 40 sur l'écho de la réforme du droit contractuel allemand du 2002 au niveau européen.

[1777] Sur ce point, l'emploi de l'outil du droit comparé est d'une grande utilité. En matière de droit d'auteur v. Rencontres franco-allemandes *passim*. Comp. P. FLOMBEUR, L. GARNERIE, L. TOURY, « Moderniser notre droit des contrats permettra de le rendre plus compétitif », *Droit et Patrimoine*, 1/6/2008, n° 171, pp. 6-12, not. p. 8, à propos de la réforme en matière de droits des contrats : « Notre deuxième objectif est de parvenir à une modernisation raisonnée, en regardant ce qui existe à l'étranger […] ». Voir cependant Gerstner 2006, à propos du droit des contrats d'exploitation d'auteur, pour qui « entre une influence théorique du droit français sur les systèmes allemand et autrichien-qui est plus un intérêt pour le droit français non suivi d'effet en pratique - et l'absence d'influence des systèmes étrangers sur le droit français, on constate que chaque pays tient à ses particularités. »

(re)construction sporadiques et dispersées au sein des différents ordres juridiques nationaux n'est pas pertinent[1778] car il mènerait à de nouvelles fragmentations au niveau européen[1779].

B.- Les limites d'une action de (re)construction menée uniquement au niveau européen.

338.- La (re)construction de l'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation menée uniquement au niveau européen présente également une efficacité limitée, même si sur ce point, il semble utile de procéder à une distinction. En pratique, la (re)construction de l'acquis actuel afin de faire face aux inconvénients inhérents de ce dernier, notamment les inconsistances dues au traitement sectoriel des contrats d'exploitation portant sur les titres nationaux et européens, est une démarche effectivement réalisable uniquement au niveau européen[1780]. En revanche, l'action de (re)construction de l'acquis communautaire afin de faire face à la diversité caractérisant le cadre juridique actuel, ne devrait pas être menée uniquement au niveau européen.

Le droit européen est rarement un droit *ex nihilo*. Le plus souvent, il utilise des concepts et des normes nationales existants[1781]. Ainsi, l'influence entre le niveau national et européen s'exerce de

---

[1778] *Cf.* aussi B. FAUVARQUE-COSSON, « La réforme du droit français des contrats : perspective comparative », *RDC*, 01 janvier 2006, n° 1, p. 147, *in fine*, critiquant le caractère purement « interne » de la réforme française du droit des obligations : « l'avant projet fait preuve d'une grande fidélité à la tradition, au risque d'isoler le droit interne français des grandes tendances internationales, européennes ou étrangères. »

[1779] M. B. M. LOOS, « Towards a European Law of Service Contract », *ERPL*, 2001, n° 4, pp. 565-574 et not. p. 568 : « It if does turn out to be feasible, by creating a truly European law of services, legislative action to create uniformity at the national level may be prevented. Such uniform regulations would undoubtedly differ from one country to the next, rendering a possible harmonization afterwards far more difficult. » Comp. A. DIETZ, « La reforme législative allemande du 22 mars 2002. Maigres perspectives européennes », *in* F. LABADIE, F. ROUET (sous dir, de), *Travail Artistique et économie de la création, Ministère de la culture et de communication*, collection Questions de culture, 2008, p. 159 et s. et not. p. 168 : « Des actions législatives ou politiques sporadiques propres à chaque pays ne permettent pas d'unifier le droit d'auteur, ce qui n'est pas sans conséquences sur la culture européenne et la diversité culturelle promue par la Commission européenne. »

[1780] *Cf.* en ce sens Proposition de Directive Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil rapprochant les législations des États membres sur les marques (2013), préc., p. 5 : « Furthermore, action at Union level is the only way to ensure consistency with the Community trade mark system. »

[1781] B. CHAMBEL, « La fondation européenne pour la promotion du droit », *Gazette du Palais*, 17 avril 2007, n° 107, p. 4 et s., n° 2.1 ; A. FRANÇON, « Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit d'auteur européen », *CCE*, n° 9, 2000, p. 9-11 et not. p. 11 : « Il serait excessif de dire que [le droit communautaire du droit d'auteur] fait table rase des traditions nationales des pays de l'Union européenne. Mais il n'en tient compte que dans une mesure qui reste, somme toute, assez faible. » ; R. SCHULZE, « European Private Law : Political Foundations and Current Challenges », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 293 s. et not. p. 301 : « For its part, the European Union has also made great use of the Member States' positive experiences in the field of private law in order to develop its own law ». *Cf.* J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p. 260, n° 228 : « En d'autres termes il semble que la Commission européenne souhaite que l'idée de la codification européenne du droit civil après une première étape supranationale, opère un détour par les nations européennes, en vue d'un retour à moyen terme au niveau supranational. » Comp. en ce sens Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 12.2.2003, Un droit européen des contrats plus cohérent, un plan d'action, COM(2003) 68 final, cité par W. van GERVEN, « A common Framework of Reference *and* Teaching », 1, *European Journal of Legal Education*, 2004, p. 1 et s. et not. p. 13 : « advantage should be taken of existing national legal orders to find possible common denominators, to develop common principles and, where appropriate, to identify best solutions » et *ibidem* plus loin : « Although the reference to these basic sources is almost self-evident, it was useful to make it, as it reminds us of the necessity to formulate legal concepts, rules and principles *not in the abstract* that is as

manière réciproque. Sur cette base, une tentative de rapprochement des droits nationaux, afin de faire face à leur diversité, aurait nécessairement comme point de départ les droits des contrats d'exploitation existants[1782].

Cependant, dans l'hypothèse du droit des contrats d'exploitation, un facteur supplémentaire est à prendre en compte. En fait, comme il a été démontré plus haut, les droits nationaux (retenus) sont eux-mêmes insuffisants[1783]. Sur cette base, les droits nationaux, tels qu'ils sont à l'heure actuelle, ne forment pas une base solide pour développer l'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation[1784]. Par ailleurs, la (re)construction visant à remédier uniquement aux inconvénients

---

flowing automatically from preformulated legal premises, but with explicit reference to underlying decisions, statutes and good practices as they appear in the various legal orders and to actual practice, that is with reference to the law as it operates in the field. »

Dans le prolongement de cette affirmation, toute tentative de (re)construction du cadre juridique ayant pour point de départ le *status quo* actuel devrait être considérée comme une *évolution* plutôt qu'une *revolution.* Rappr. H. COLLINS, « Governance implications for the European Union of the changing character of private law », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 269 et s. et not. p. 274 : « Such reforms, though triggered by the influence of European principles, would be constructed within the framework of national legal traditions, an evolution rather than a revolution. »

[1782] F. CAFAGGI, « Introduction », *in* F. CAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 1 et s. et not. p. 7 : « The sources of Community law are the common rules of Member States. » ; W. Van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », 2005, disponible sur : <www.law.kuleuven.be/ccle/pdf/2005-01-18_WvG_.Impact_courts_on_private_law.pdf> (=Van W. van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », *in* F. GAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 37 et s.), p. 14 : « law making and solution finding are unavoidably activities in which all national legal backgrounds play a role. »

[1783] *Cf.* M. LOOS, « Service Contracts », January 26, 2010, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1542506>, p. 1, à propos des contrats de services : « We soon realized that the existing codifications and regulations as such could not be taken as a starting point for the development of a set of uniform or harmonised rules at the European level : the national sets of rules developed for service contracts were simply too different, too incoherent and too little developed to form a solid basis for a European set of rules. » ; F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft)Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 189 : « Service contracts are just one example : many national contract laws have different categories and there has been non prototype in European contract law so far. »

[1784] Par ailleurs, et en tout état de cause, il ne serait pas légitime d'utiliser un seul droit national comme point de départ pour l'adoption d'un instrument juridique au niveau européen, même s'il s'agissait d'utiliser le droit national qui présente le moindre degré d'insuffisance. V. sur ce point M. LOOS, « Service Contracts », January 26, 2010, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1542506>, p. 1 : « For similar reasons [and also for reasons of representation of plurality] it was also not feasible to take one national set of rules-e.g. the French regulation of the mandate-as a starting point for the development of such a European set of rules, even apart from the question whether such an approach would be acceptable to any legal system apart from the one that was selected as the starting point for the development of such European rules. » ; E. DACORONIA, « Vers un Code civil européen », *KritE*, 2/2001, p. 135 et s., et not. p. 146. Voir aussi *infra* n° 411 *sq.* sur l'impératif de respecter la diversité juridique au niveau européen.

Comp. la discussion sur l'éventuel rôle des différents Codes civils nationaux sur la construction d'un Code civil européen, B. DUNAND, J.-Ph. WINIGER (sous dir. de), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruylant, 2005 ; pour le rôle du code civil néerlandais, v. M.-W. HESSELINK, « The New Dutch Civil Code : An Example For A European Civil Code ? », *in* M.-W. HESSELINK, *The New European Private Law*, Kluwer Law International, 2002, p. 151 et s. Pour une approche comparée des différents Codes civils nationaux et leur rôle éventuel, v. M. HOFFMANN, « Discussion and Panel Discussion : Lessons for an Optional European Code ? » *in* S. GRUNDMANN, M. SCHAUER (sous dir. de), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, Kluwer Law International, 2006, pp. 153-156.

Sur la « propagande » de revalorisation de l'influence du droit civil français au niveau européen, V. SAGAERT, « La réforme du droit privé français dans le développement du droit privé européen », *in* V. SAGAERT (sous dir. de), *La reforme du droit privé en France, un modèle pour le droit privé européen ?*, Larcier, 2009, p. 115 et s., n° 7 et 8, p. 119 : « La réforme du Code civil dans différents domaines s'avère dès lors nécessaire non seulement pour exercer l'influence sur les développements européens et *pour les diriger dans la direction préférée*, mais aussi pour pouvoir débattre des développements européens au sein du droit national. […] Ces reformes permettent au droit français de renouer la relation entre le droit français et le droit civil européen. » ; P. FLOMBEUR, L. GARNERIE, L. TOURY, « Moderniser notre droit des contrats permettra de le rendre plus compétitif », *Droit et Patrimoine*, 1/6/2008, n° 171,

inhérents à l'acquis communautaire, dus notamment au caractère fragmenté de ce dernier (par exemple à travers une collection officielle ou une codification à droit constant des textes européens)[1785], ne traiterait l'insuffisance au niveau européen que partiellement. Il en découle qu'une action de (re)construction du droit européen ne devrait être réalisée qu'après avoir procédé à la (re)construction des droits nationaux[1786].

Sur cette base, la (re)construction du droit européen menée uniquement au niveau de l'Union européenne en l'absence de (re)construction (au moins simultanée) des droits nationaux n'est pas un choix opportun[1787].

339.- En somme, à l'insu des interactions réciproques entre le droit européen et le droit national[1788], les démarches de (re)construction du droit des contrats d'exploitation au niveau national et

---

pp. 6-12 ; M.-E. ANCEL, « Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », *in* G. PIGNARRE (sous dir. de), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2005, p. 121 et not. n° 27, p. 143 : « Il importe que les praticiens et les universitaires français ne négligent pas de saisir les autres occasions qui leur seront données pour, au pire, défendre la tradition juridique de la France et, au mieux, la mettre à disposition de l'Union. » D'un point de vue plus modéré, v. X. LAGARDE, « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 740 : « [La] théorie [de la cause] est peu prisée en Europe et, sur cette question, la France a bien peu de chances d'emporter la mise. » ; B. FAUVARQUE-COSSON, « La réforme du droit français des contrats : perspective comparative », *RDC*, 01 janvier 2006, n° 1, p. 147, *in fine* : « […] faut-il se demander si, dans les tempêtes soulevées par l'internationalisation, l'américanisation, l'européanisation des relations contractuelles et du droit des contrats, notre droit français doit se dresser comme un roc que les navigateurs contournent ou s'ériger comme un phare vers lequel ils se dirigeront. » *Adde* la « Fondation pour le droit continental » (ministère de la Justice français, 1er mars 2006), ayant parmi d'autres, pour mission le renforcement « de l'attractivité juridique de la France ». Sur cette fondation, v. not. B. CHAMBEL, « La fondation européenne pour la promotion du droit » (*civil law initiative*), *Gazette du Palais*, 17 avril 2007, n° 107, p. 4 et s. ainsi que le site internet : < http://www.fondation-droitcontinental.org/jcms/c_5105/accueil>. Sur l'influence de la tradition continentale dans la construction d'un droit européen des contrats en général, v. par exemple Assemblée nationale, « Le droit continental, un vecteur de compétitivité », 02 novembre 2011, disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/le-garde-des-sceaux-10016/le-droit-continental-un-vecteur-de-competitivite-23102.html> ; M. BUSSANI, « A Streetcar Named Desire : The European Civil Code in the Global Legal Order », *Tulane Law Review*, vol. 83, 2009, p. 1083 et s., not. p. 1101 : « This would enable the civilian tradition to seize the opportunity that the current European situation and the ongoing codification process offer. The opportunity is to reinstate itself in the role and within a perspective that have long been its own and that could represent its own future. »

[1785] V. *supra* n°s 233-235.

[1786] Comp. en ce sens, K.-H. LADEUR, « Methodology and European Law-Can Methodology Change so as to Cope with the Multiplicity of the Law ? », *in* M. Van HOECKE, F. OST, L. WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 91 et s. et not. p. 102 : « This is not too problematic where the law is answering new, especially technical requirements and cannot in any way follow national patterns and examples. An example of this would be the development of telecommunications law. In such cases European law can initiate a productive process of legal reform. »

[1787] Rappr. Communication de la Commission « Une réglementation intelligente au sein de l'Union européenne », p. 10 : « Une action menée au niveau de l'UE uniquement ne sera pas suffisante pour réaliser les objectifs de la réglementation intelligente. »

[1788] Comp. W. Van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », 2005, disponible sur : <www.law.kuleuven.be/ccle/pdf/2005-01-18_WvG_.Impact_courts_on_private_law.pdf> (=Van W. van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », *in* F. GAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 37 et s.), p. 15 : « […] Community legislation and case law is the outcome and the source of a long process of *cross fertilization* back and forth between the national legal orders and the Community legal order. » ; G. AJANI, « Legal Taxonomy and European Private Law », *in* R. SCHULZE, G. AJANI (sous dir. de), *Common Principles of European Private Law*, Studies of a Research Network, Coll. Europaeisches Privatrecht n° 22, Nomos, 2003, p. 349 et s. et not. p. 349, parlant de l'interaction entre les systèmes juridiques au niveau des taxonomies juridiques.

européen ne pourraient être indépendantes l'une de l'autre[1789]. D'une part, la (re)construction des droits nationaux menée uniquement au niveau de l'État-membre est d'une efficacité limitée, surtout si nous prenons en considération le fait qu'elle pourrait être vite bouleversée par une action émanant de l'Union européenne. D'autre part, la (re)construction menée au niveau européen uniquement, déstinée notamment à remédier aux faiblesses inherents d'un acquis communautaire fragmenté, est un choix inopportun si elle n'est pas accompagnée d'une (re)construction des droits des contrats d'exploitation au niveau national. Par conséquent, la (re)construction du droit des contrats d'exploitation en Europe devrait prendre la forme d'une (re)construction des droits nationaux menée une fois pour toutes au niveau de l'Union européenne.

§2.- Le changement de paradigme des contrats d'exploitation : la dénationalisation des échanges en matière de droit de la propriété intellectuelle.

340.- La réalité de l'exploitation des droits de la propriété intellectuelle au sein d'une économie globalisée et un marché européanisé constitue le nouveau paradigme des contrats d'exploitation (A), ce qui a des répercussions à la démanche de (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation (B).

A.- La dénationalisation des échanges, le nouveau paradigme des contrats d'exploitation.

341.- Dire qu'à l'heure actuelle le droit des contrats doit faire face à des « nouveaux » défis[1790] est désormais un cliché. Ces défis sont liés, au moins pour partie, à l'avènement d'une économie globalisée[1791]. Au sein d'une telle économie, les économies nationales sont interconnectées[1792]. Le

---

[1789] Comp. M. GRIMALDI, « Les grandes lignes de l'évolution du Code civil en France depuis 1804», *J. T.*, 2004, p. 449 : « Loin d'exclure les re-codifications nationales, la perspective d'une codification européenne leur donne une certaine urgence. Il doit y avoir synergie entre les deux entreprises, et non blocage de l'une par l'autre. » ; A. KEIRSE, « European impact on contract law : A perspective on the interlinked contributions of légal scholars, legislators and courts to the Europeanization of contract law », *Utrecht Law Review*, vol. 7, n° 1, janvier 2011, p. 34 s., disponible sur : <www.utrechtlawreview.org>, not. p. 51, parlant d'action combinée à la fois au niveau national et européen : « Combined action by legal scholars, legislators and the courts on both the European and national level can eventually lead to the development of so-called 'better law'. »

[1790] G. MÄSCH, D. MAZEAUD, R. SCHULZE, *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Sellier, 2009.

[1791] Sur ce point v. par exemple, G. DUTFIELD, U. SUTHERSANEN, *Global Intellectual Property Law*, EE, 2008, p. 3 : « Globalization is a process, or a series of process, which create and consolidate a unified world economy, a single economical system and a complex and dynamic network of communication that covers the world. » ; Ch. DELIGIANNI-DIMITRAKOU, « Droit comparé et globalisation », *KritE*, 1/2002, p. 81 et s., not. p. 1 et les références citées sous la note n° 1. Le stade de l'économie globalisée est plus avancé par rapport à celui de l'économie

flux des échanges contractuels défie les frontières traditionnelles entre juridictions et États alors que de plus en plus d'agents du marché déploient leurs activités à l'échelle internationale de sorte que les relations contractuelles sont de moins en moins cantonnées au sein d'un seul pays[1793]. Le phénomène de la globalisation des échanges s'est effectivement renforcé par le développement des technologies digitales et des réseaux[1794]. L'expansion de l'Internet a mené à l'explosion du commerce électronique[1795] et à l'établissement d'un marché par définition global (« *global digital market* »)[1796]. Sur cette base, les frontières entre les contrats internes et les contrats européens deviennent de plus en plus floues[1797]. Au niveau de l'Union européenne, la dénationalisation des échanges a été accélérée et institutionnalisée par la création du marché intérieur et de l'e-marché de l'Union européenne[1798].

Les échanges en matière de propriété intellectuelle n'échappent pas à la globalisation et la tendance subséquente de la dénationalisation des échanges. Effectivement, le flux des propriétés intellectuelles défie les frontières nationales. Les contrats d'exploitation sont de moins en moins des

---

mondialisée, v. en ce sens, A. RAYNOUARD, « Le droit dans une économie mondialisée de la connaissance », *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 32, nov. 2008, pp. 81-82, p. 81. *Cf.* R. SCHULZE, « The New Challenges in Contract Law », in R. SCHULZE (sous dir. de), *New features in Contract Law*, Sellier, 2007, p. 3 et s. et not. p. 5, qui compare la « révolution électronique » contemporaine et la révolution industrielle du 19e siècle.

[1792] Sur ce point v. A. RAYNOUARD, « Le droit dans une économie mondialisée de la connaissance », art. *cit*., p. 81, parlant d' « une économie dont tous les éléments réagissent à des facteurs non cantonnés à un espace national. » ; E. COHEN, « Mondialisation », *in* M. VIVANT, *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz, 2004, p. 3 s., citant Stephen Roach qui qualifie l'économie de la mondialisation comme une économie de connectivité généralisée.

[1793] Sur c point v. à titre indicatif K. RIEDL, « The work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint », *ERPL*, 1, 2000, pp. 71-83 et not. p. 77 ; M. STATHOPOULOS, « Des règles uniformes du droit privé au sein de l'Union européenne - Le rôle de la science juridique et du législateur », *in Mélanges Koumantos*, Sakkoulas, 2004, pp. 990 s., et not. p. 992 ; E. McKENDRICK, « Harmonisation of European Contract Law : The State We Are In », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 5 s. et not. p. 14.

[1794] M. VIVANT, « La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?, Rapport de synthèse », *in* M. VIVANT, (sous dir. de), *Propriété intellectuelle et mondialisation, La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Actes du colloque 27-28 juin 2002, Montpellier, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2004, p. 177 et s. et not. p. 177 : « Elie Cohen l'a présenté comme l'état d'une « planète unifiée par des réseaux », traversée de flux d'informations, de biens et de services, financiers enfin. Il a mis en avant l'instauration d'un « espace homogène ».

[1795] En ce sens v. par exemple, R. SCHULZE, « The New Challenges in Contract Law », in R. SCHULZE (sous dir. de), *New features in Contract Law*, Sellier, 2007, p. 3 et s. et not. p. 5-6.

[1796] R.-M. HILTY, « Reflections on a European Copyright Codification », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 355 s. et not. p. 35 : « The world is growing together in view of the fact that the internet allows for an unimited exchange of data around the globe. »

[1797] Comp. W. DORALT, « The Optional European Contract Law and why sucess or failure may dépend on scope rather than substance », *Max Plank Private Law Research Paper*, n° 11/9, disponible sur : <ssrn.com/abstract=1876451>, p. 13 : « Limiting the scope (of the modernisation action) would also add problems of delimitation : Where does an e commerce contract start ? » ; J. A. L.STERLING, « International Codification of *Copyright* Law: Possibilities and Imperatives », Part one, *IIC*, 2002, p. 270 s. et not. p. 284 : « In the global ingormation society, administrative procedures, including in particular licensing operations, must take account of the situation resulting from the borderless reach of the Internet, and the complexities of changing form previous territorially based to global licensing. »

[1798] Sur la relation entre globalisation et européanisation v. Th. WILHELMSSON, « Private Law in the EU : Harmonized or Fragmented Européanisation ?, *ERPL*, 1/2002, pp. 77-94 et not. p. 77 ; K. RIEDL, « The work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint », *ERPL*, 1, 2000, pp. 71-83 et not. p. 77 : « Contract law has been witnessing the phenomenon of denationalisation even before the process of integration had begun- and this development has been accelerating since the Europeanisation process. »

actes résidentiels[1799]. La commercialisation des biens intellectuels sur Internet n'est qu'un aspect de l'exploitation dénationalisée des droits de propriété intellectuelle. En pratique, les biens intellectuels sont produits, échangés et « consommés » n'importe où et partout dans le monde. Suivant ces brèves remarques, le paradigme de l'exploitation des propriétés intellectuelles a changé. L'exploitation des biens intellectuels, contrairement à leur protection légale[1800], ne se base plus sur le paradigme « territorialiste »[1801]. Les contrats d'exploitation ne sont plus des opérations cantonnées au sein de frontières territoriales[1802]. La dénationalisation des échanges constitue le nouveau paradigme des contrats d'exploitation.

B.- L'influence de la dénationalisation des contrats d'exploitation sur la (re)construction du droit des contrats d'exploitation.

342.- De manière générale, le cadre juridique des contrats ne peut pas ignorer la dimension internationale des échanges contractuels et de la vie des affaires en général[1803]. Ainsi, l'interconnexion économique appelle à une coopération juridique au niveau international[1804]. De

---

[1799] J. HUET, « Les sources communautaires du droit des contrats », *in Le renouvellement des sources du droit des obligations*, coll. Assoc. H. Capitant, Lilli, LGDJ, 1996, pp. 11-27 et not. p. 13. Par ailleurs, il a pu être soutenu que la nature immatérielle des droits de propriété intellectuelle appelle pour une réglementation à caractère supranational. En ce sens, R. SCHULZE, « European Private Law : Political Foundations and Current Challenges », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 293 s. et not. p. 296 : « The nature of intellectual property means that it is not related to a geographical are, and thus supranational laws are of great necessity (and have arisen in recent years). » *Adde* A. STROWEL, B. VANBRABANT, « Copyright licensing : a European view », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 29 s. et not. p. 47 : « Unlike other types of contracts on moevable goods, intellectual property contracts very often have a cross-border dimension. » ; J. De WERRA, « La création d'un droit européen des contrats de licence : quelques réflexions sur l'arrêt *Pie Optiek* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris (LexisNexis) 2014, p. 801-811 et not. p. 810. Comp. OMPI, *Results of the WIPO Arbitration and Mediation Center International Survey on Dispute Resolution in Technology Transactions*, mars 2013, disponible sur : <www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/surveyrsults.pdf>, p. 14 : « 80% of Respondents stated that they concluded patent-related agreements involving parties from other jurisdictions concerning technology patented in at least two countries. »

[1800] Exception faite des titres européens. Voir cependant A. D'AMATO, D.- E. LONG (sous dir. de), *International Intellectual Property Law*, Kluwer Law International, 1997, p. 82 : « With the coming of the industrial age, and the increasing internationalization of the marketplace for intellectual property, the need for a uniform standard of protection became increasingly the subject of debate between nations. »

[1801] Comp. E. TREPPOZ, « Territorialité et propriété intellectuelle », *RTD eur.*, 2012, p. 847.

[1802] Comp. Ch. GEIGER e*t alii,* « Compte-rendu du colloque et clôture », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 571 s. et not. p. 606 : « Selon lui, les transactions importantes ont généralement une dimension internationale. »

[1803] B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 2007, n° 26, p. 21.

[1804] Sur ce point, voir not. F. ABBOTT, Th. COTTIER, F. GURRY, *International intellectual property in an integrated world economy*, 2e éd., Wolters Kluwer Law & Business, 2011. Par ailleurs, la mondialisation de l'économie et des échanges a accéléré le mouvement général d'internationalisation du droit de la propriété intellectuelle. V. à titre indicatif J.-L. PIOTRAUT, *La propriété intellectuelle en droit international et comparé (France, Allemagne, Royaume-Uni, Etats-Unis)*, Tec&Doc, 2007. *Cf.* R. SCHULZE, « The New Challenges in Contract Law », in R. SCHULZE (sous dir. de), *New features in Contract Law*, Sellier, 2007, p. 3 et s. et not. p. 21, parlant de la complémentarité des ordres juridiques nationaux et international : « it appears to lead to more and more crucial issues and new challenges of

même, la dénationalisation des échanges, en tant que nouveau paradigme des contrats d'exploitation, exerce une pression pour la dénationalisation du cadre juridique afférent[1805], surtout lorsque les défis à relever, liés aux échanges dénationalisés, sont communs à tout droit national[1806]. À dire vrai, l'internationalisation des échanges conduit à des défis et des enjeux qui échappent à l'emprise des institutions nationales[1807]. Par ailleurs, l'environnement numérique, par définition transnational[1808], suscite une forte demande de dénationalisation du cadre juridique afférent[1809]. Ce constat s'applique également aux contrats d'exploitation, ce qui a plusieurs conséquences sur la définition des conditions d'exercice (contractuel) des propriétés intellectuelles. Ceci est manifeste, par exemple, dans l'exploitation des propriétés intellectuelles en ligne. Même si, selon le principe de territorialité, chaque État adopte une réglementation qui lui est propre concernant les contrats

---

contract law being discussed in an international framework. » *Adde* ICC, *The ICC Intellectual Property Roadmap*, 10e éd., préc., p. 8 se référent également à la coopération juridique internationale à travers la conclusion d'accords de commerce libre bilatéraux (« *Bilateral Free Trade Agreements* »).

[1805] En fait, la globalisation (des échanges) mène à la globalisation juridique. V. sur ce point J.-F. RIFFARD, « La mutation de la norme : l'avènement d'un droit nivelé ? Ou retour sur quelques aspects de l'unification et la globalisation des droits », *in* N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS (sous dir. de), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2012, p. 93 s., et not. p. 103 s. Sur la globalisation juridique en général, voir par exemple, M.-C. PONTHOREAU, « Trois interprétations de la globalisation juridique », *AJDA*, 2006, p. 20 s. ; Ch.-A. MORAND, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001 ; CREDIMI, *La mondialisation du droit*, Litec, 2000. *Adde* R. HILLMAN, M. O'ROURKE, « ALI Principle of the law of software contracts : some proposals for a global software licensing policy », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 54 s. et not. p. 74 : « The global nature of software contracting does suggest a need for an international effort toward drafting uniform principlees of law. » ; A. STROWEL, B. VANBRABANT, « Copyright licensing : a European view », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 29 s. et not. p. 47 : « Because of the cross-bordeer dimension of *copyright*, a need for some rules at the international level seems at first sight more important than in other fields. »

[1806] Comp. M. STATHOPOULOS, « Droit européen commun des contrats- compétences et perspectives », *KritE*, 2/2001, p. 95 et s. et not. p. 101 et 110, parlant des besoins communs des échanges au sein des sociétés modernes ; Comp. J. GORDLEY, « Comparative Legal Research : Its Function in the Development of Harmonized Law », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 43, n° 4, 1995, pp. 555-567, p. 567 *in fine* : « Ugo Mattei has noted that the periods in which countries have produced their greatest jurists, and exercised the widest influence, are those in which the concerns these jurists addressed were the least national. I would say that is because truly important problems are also the least national. »

[1807] J.-F. RIFFARD, « La mutation de la norme : l'avènement d'un droit nivelé ? Ou retour sur quelques aspects de l'unification et la globalisation des droits », *in* N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS (sous dir. de), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2012, p. 93 s., et not. p. 104 : « [Les États] sont néanmoins contraints, de manière plus ou moins consciente, de prendre acte de cette mondialisation et d'en tirer les conséquences. » ; en matière de propriété intellectuelle, N. BOUCHE, « Les droits de propriété intellectuelle et les technologies vertes. Diversité internationale des perceptions de la propriété intellectuelle », *in* C. PUIGELIER (sous dir. de), *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 275 s. et not. p. 323-324 : « Cette controverse reflète également la réalité toujours plus présente de la globalisation, de la mondialisation des phénomènes économiques, industriels et technologiques. L'échelle nationale n'est plus suffisante dans l'appréciation et l'élaboration des systèmes de protection juridique tels que les droits de propriété intellectuelle. »

[1808] Comp. J. WIENER, *Globalisation and the Harmonization of Law*, Pinter 1999, p. 132 : « Technology is compressing territory to the extent that the Internet eases access to information located across borders. »

[1809] V. déjà J. WIENER, *Globalisation and the Harmonization of Law*, Pinter 1999, p. 103 : « And each debate, with few exceptions has encountered the dilemma of jurisdiction and the efficacy of national action without parallel international action. » ; R.-M. HILTY, « Reflections on a European Copyright Codification », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 355 s. et not. p. 357 : « [A] proper functioning of this 'World Wide Web' would require unitary legal rules for all active and passive users of this communication network […] ».

d'exploitation[1810], les droits nationaux ne sont pas en mesure de satisfaire les besoins d'exploitation des biens intellectuels dans un réseau global. C'est dans ce sens que le niveau supranational est « le niveau naturel »[1811] pour l'adoption des règles applicables à l'exploitation des propriétés intellectuelles en ligne[1812]. En pratique, il est significatif que les licences libres ont, dans la plupart des cas, une portée supra-nationale[1813].

343.- En fonction des considérations précédentes, le caractère dénationalisé des contrats d'exploitation (comme ailleurs) appelle à l'abandon de l'approche territoriale de leur réglementation et préconise l'adoption de solutions juridiques au niveau supranational, qui seront alignées sur les différents ordres juridiques nationaux[1814]. Ceci étant, la (re)construction du droit des

---

[1810] J.-M. BRUGUIERE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, 2011, n° 165, p. 129 : « Suivant ce principe de territorialité, c'est le seul droit national qui définit tant les droits intellectuels, que leurs conditions d'existence et d'exercice. Chaque État adopte donc une réglementation qui lui est propre concernant le droit d'auteur, de brevet de marque etc. […] ».

[1811] Expression empruntée par M.-W. HESSELINK, « The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law », *Tulane Law Review*, 2010, vol 83, p. 919 et s.= Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/10, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1270563>, p. 934.

[1812] En ce sens, A. LUCAS, « Droit d'auteur et copyright : les limites d'une convergence » *in Mélanges Koumantos*, Sakkoulas, 2004, pp. 649-655 et not. p. 649 : « L'environnement numérique, on le sait, suscite une forte demande d'harmonisation. La dimension planétaire des réseaux implique « l'interopérabilité » (pour parler comme la directive d 1991 sur les programmes d'ordinateur, c'est-à-dire mal…) des systèmes juridiques. » ; E. ROSATI, « The Hargreaves Report and *Copyright* Licensing : Can National Initiatives Work Per Se ? », *EIPR*, n° 11, 2011, p. 673 : « The present contribution questions whether this can actually be the case in the absence of a stable EU framework for licensing. » et *ibid*. p. 674 : « As the debate on the future of full harmonization of *copyright* demonstrates the principle of *territoriality* which so far has been considered as an inherent feature of IPRs *has been increasingly eroded owing to the digitization of goods* as well as the *channels* through which these are exchanged. As also recently highlighted by the commission in its blueprint (strategie 2011), A European governance framework to manage the interface between creators commercial users and consumers is crucial if Europe is to exploit the full potential that new technologies and the digital marketplace offers. » *Cf.* G. VERCKEN, M. VIVANT, « Le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées : figures anciennes et pistes nouvelles, *JCP*, n°2, *les Cahiers de Droit de l'Entreprise*, 2000, pp.18-28 et not. p. 22 : « [L]es réseaux ignorent les frontières, si un droit d'utilisation doit être reconnu à l'exploitation, il doit l'être pour l'ensemble de la planète. » Comp. aussi E. ROSATI, « The Hargreaves Report and Copyright Licensing : Can National Initiatives Work Per Se ? », *EIPR*, n° 11, 2011, p. 673 et s., qui souligne l'insuffisance d'une réforme concernant les licences d'exploitation des œuvres de l'esprit en ligne limitée au sein d'un seul pays (le Royaume-Uni) : « However, such online marketplace for licences cannot work at its best without a stable framework for the governance of copyright at the EU level, with particular regard to cross-border licensing. »

[1813] C'est ainsi par exemple pour les licences *creative commons*. Sur ce point v. le site www.creativecommons.org : « Every Creative Commons license works around the world ». V. aussi la licence libre européanisée EUPL (European Union Public Licence) : <joinup.ec.europa.eu/software/page/eupl/licence-eupl> ; « Free /Libre / Open Source Software » (FLOSS) licence. <joinup.ec.europa.eu/software/page/eupl/licence-eupl>. Rappr. A. KUR, « A New Framework for Intellectual Property Rights- Horizontal Issues », *IIC*, 2004, p. 1 s. et not. p. 13, à propos des mesures concernant la possibilité de la contractualisation des limitations du droit d'auteur dans l'environnement numérique : « When designing a solution in this field, the international level must also be considered. »

[1814] En ce sens, A. GEORGIADIS, *Nouveaux types des contrats de l'économie contemporaine*, 5e éd., Sakkoulas, 2008, p. 32= . GEORGIADIS, « Les nouveaux types des contrats de l'économie moderne et le droit civil », *in* Association des Civilistes grecs, *Questions contemporaines du droit civil au-delà du système du Code civil* », 1e Congres, Naypaktos 27-28 mai 1994, Sakkoulas 1995, p. 23 s. et not. p. 35 ; B. FAUVARQUE-COSSON et M. BÉHAR-TOUCHAIS, *La mise en œuvre des instruments optionnels dans le domaine du droit civil européen*, étude réalisée par Trans Europe Experts devant le Parlement Européen, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documentss/juri/dv/pe462425_/pe462425_fr.pdf>, p. 37 : « [l]a mondialisation des échanges, l'ouverture des marchés, la diffusion instantanée et mondiale des informations » ainsi que l'interconnexion entre les différents niveaux du système de gouvernance de l'Union européenne « ont renforcé le besoin *d'instruments juridiques supranationaux* » ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Vers un droit commun européen de la vente », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 34, *in fine* : « La globalisation des échanges appelle une internationalisation du droit […] ». *Cf.* G. ALPA, « The Future of European Contract Law : Some Questions and Some Answers », *in* K. BOELE-WOELKI, W. GROSHEIDE, *The future of European contract law*, Wolters Kluwer, 2007, p. 3 et s. et not. p. 6, se référant au Code civil européen : « Among the many interesting ideas that have arisen there is also one, cloaked in deep skepticism, which sees in the European code the illusion of reacting to the process of globalization[…] » ; B.

contrats d'exploitation (au moins[1815]) au niveau de l'Union européenne semble davantage opportune[1816].

§3.- L'argument d'ordre symbolique : L'idéalisme (juridique) européen en matière de droit des contrats d'exploitation.

344.- Le choix pour une (re)construction du droit des contrats d'exploitation dans une perspective européenne pourrait être étayé sur des considérations d'ordre idéologiques, et plus précisément sur l'idéologie de l'européanisme[1817].

345.- L'Union européenne est une réalité polysémique qui peut être approchée de manière différente selon l'idéologie adoptée. D'après une approche nationaliste pure, l'Union européenne pourrait être considérée comme une construction qui « menace » la souveraineté des États membres

---

FAUVARQUE-COSSON, *The rise of Comparative Law* : *a Challenge for Legal Education in Europe*, Walter van Gerven Lectures n° 7, Europa Law Publishing, 2007, p. 3 : « Due to the internationalisation and Europeanisation of life and law, legal insularity is no longer possible. »

Par ailleurs, le changement de paradigme en matière des contrats d'exploitation et en matière des contrats en général- appelle également à la dénationalisation de la science juridique. Voir sur ce point E. HONDIUS, « From 'Toolbox' to Academic Standard : The Current and Future Status of the Draft Common Frame of Reference », *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 531 et s. not. p. 553 : « If legal science is to be worthy of the name 'science', it is essential that legal discourse is not limited to the confines of the domestic state » ; A. GEORGIADIS, « Les nouveaux types des contrats de l'économie moderne et le droit civil », *in* Association des Civilistes grecs, *Questions contemporaines du droit civil au-delà du système du Code civil* », 1e Congres, Naypaktos 27-28 mai 1994, Sakkoulas 1995, p. 23 s. et not. p. 35.

[1815] Comp. E. HONDIUS, « From 'Toolbox' to Academic Standard : The Current and Future Status of the Draft Common Frame of Reference », *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 531 et s. et not. p. 552-553 : « Some years ago, a PhD candidate at the University of Utrecht began his defence with an apology. I am sorry- he told his audience-that my research only deals with Europe. […] The enormous interest in the Europeanisation of law has perhaps somewhat reduced the interest in what is happening in other parts of the world. This chapter submits that although the harmonization discourse is by no means over, it has become time to look beyond Europe. » et *ibid* p. 553 : « If legal science is to be worthy of the name science, it is essential that legal discourse is not limited to the confines of the domestic state. […] Europe will in the future be seen as only a temporary phase. The future obviously is in a global legal science. » ; L. VOGEL, (sous dir. de), *Droit global, Unifier le droit, le rêve impossible ?*, éd. Panthéon-Assas, 2001. *Adde* S. WEATHERILL, « The Muti-level Structure of Private Law : Editorial Introduction », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 319 s., et not. p. 321 : « 'Globalisation' is the catchphrase=and it reminds us that this is by no means a challenge that is unique to Europe. »

[1816] E. ROSATI, « The Hargreaves Report and Copyright Licensing : Can National Initiatives Work Per Se ? », *EIPR*, n° 11, 2011, p. 673 et s. et not. p. 676 : « [S]uch online marketplace for licences cannot work at its best without a stable framework for the governance of copyright at the EU level, with particular regard to cross-border licensing. » Comp. F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 126, p. 78 : « Ces bouleversements sont d'abord le résultat du développement considérable des nouvelles techniques, ainsi que de la mondialisation des échanges. La construction d'un droit européen de la propriété intellectuelle est une réponse plus ou moins satisfaisante à ces phénomènes. »

[1817] Comp. sur ce point M.-W. HESSELINK, « A European Legal Science ? On European Private Law and Scientific Method », *European Law Journal*, 2009, Vol. 15, No. 1, pp. 20-45, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1113450>, pp. 1-36 et not. p. 34 : « A specific question is whether the further Europeanisation of private law should itself be regarded as a value that should underlie a European legal method. »

ainsi que la diversité juridique des différentes traditions juridiques nationales des États membres[1818]. À l'opposé de l'approche nationaliste se trouve l'approche européaniste (ou européiste). Selon cette approche, l'Union européenne devrait être perçue comme un système juridique unique, dont l'intégrité devrait progressivement être accentuée[1819]. De manière plus modérée[1820], l'Union européenne pourrait être perçue comme un système juridique à plusieurs niveaux imbriqués et dépendants les uns des autres. Suivant cette approche, chaque État membre a son propre ordre juridique, avec ses propres qualités et particularités. À cet ordre juridique national se rajoute l'ordre juridique européen, commun et partagé avec le reste des États membres[1821]. Le choix idéologique face au système juridique de l'Union européenne a des répercussions sur la question de la (re)construction du droit des contrats d'exploitation[1822].

[1818] *Cf.* M.-W. HESSELINK, « How Many Systems of Private Law are There in Europe? On Plural Legal Sources, Multiple Identities and the Unity of Law » (April 27, 2012), Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2012-03 ; Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-59 ; Postnational Rulemaking Working Paper No. 2012-04, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=2046964>, p. 13 : « National communities may be imagined, but they are not imaginary. […] national differences do exist also in private law and these differences mean something important to many people in Europe. »

[1819] M.-W. HESSELINK, « The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law », *Tulane Law Review*, 2010, vol 83, p. 919 et s.= Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/10, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1270563>, p. 933 ; M. MELI, « The common Frame of Reference and the relationship between national law and European law », *ERCL*, 2/2011, p. 229 et s. et not. p. 231 ; J. DICKSON, « How Many Legal Systems ? Some Puzzles Regarding the Identity Conditions of, and Relations between, Legal Systems in the European Union », Oxford Legal Studies Research Paper No. 40/2008, disponible sur : < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1279612>, p. 2, parlant du modèle « One Big Legal System ».

[1820] *Cf.* aussi M.-W. HESSELINK, « The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law », *Tulane Law Review*, 2010, vol 83, p. 919 et s. ; Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/10, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1270563>, p. 934, pour qui une approche purement européaniste pourrait mener à l'apparition d'un néonationalisme européen cette fois-ci.

[1821] V. sur ce point, M.-W. HESSELINK, « The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law », *Tulane Law Review*, 2010, vol 83, p. 919 et s.= Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/10, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1270563>, p. 933 : « […] in a dualist perception, the territory of each member state has two systems : national and European. Both systems are complementary and intertwined but nevertheless distinct. In other words, each member state has its own national system of private law, in addition to which they together share a common European system of European Communsity private law. » ; M. MELI, « The common Frame of Reference and the relationship between national law and European law », *ERCL*, 2/2011, p. 229 et s. et not. p. 231 : « Nevertheless there is a third perception in the middle (between nationalist and Europeanist approach), ie the dualistic one. According to this perception, the territory of each member state has two systems, the national and the European one. Both systems are complementary but nevertheless distinct. » ; J. HENDRY, « The Double Fragmentation of Law : Legal System-Internal Differentiation and the Process of Europeanization », disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=2007072>. *Cf.* J. DICKSON, « How Many Legal Systems ? Some Puzzles Regarding the Identity Conditions of, and Relations between, Legal Systems in the European Union », Oxford Legal Studies Research Paper No. 40/2008, disponible sur : < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1279612>, pp. 1-2, parlant de « part of Members States' Legal Systems model » : « Is EU law merely to be understood as an aspect of each of the legal systems of the Member States (for example, to the extent that its norms are enforceable in Member States'courts), and not as a distinct entity in addition to those domestic legal systems ? » Pour J. DICKSON, « How Many Legal Systems ? Some Puzzles Regarding the Identity Conditions of, and Relations between, Legal Systems in the European Union », Oxford Legal Studies Research Paper No. 40/2008, disponible sur : < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1279612>, cette approche doit être privilégiée sous le prisme jurisprudentiel.

[1822] En ce sens, *cf.* M.-W. HESSELINK, « The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law », *Tulane Law Review*, 2010, vol 83, p. 919 et s.= Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/10, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1270563>, p. 934, se référant au droit privé européen : « However, of course there is also a normative and indeed *ideological* dimension to the question of European private law.

346.- Le choix d'approche face à l'Union européenne, à l'instar de tout choix idéologique, est un choix subjectif[1823]. Quant à nous, nous pensons que l'approche européaniste modérée est un choix préférable car elle a le mérite d'être un choix adapté à la réalité de l'interconnexion qui caractérise l'environnement européen et international[1824]. L'approche européaniste exprime l'idéalisme européen. Elle appelle à dépasser les divisions nationales et à imaginer une Europe plus unie. Dans sa version modérée, l'approche européaniste se base sur la volonté de renforcer cette unité et de forger un destin commun de ses membres, tout en étant conscients de l'identité nationale, la diversité culturelle des États membres et de leur tradition juridique[1825].

[1823] V. sur ce point, M.-W. HESSELINK, « How Many Systems of Private Law are There in Europe? On Plural Legal Sources, Multiple Identities and the Unity of Law » (April 27, 2012), Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2012-03 ; Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-59 ; Postnational Rulemaking Working Paper No. 2012-04, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=2046964>, p. 9 : « Whatever answer we give descriptively or analytically today, the question remains where it should go tomorrow. We need some vision of the finality of the EU, also in relation to the location of private law (national, European or global/) in order to be able to answer our central question There is no neutral, Archimedean vantage point from which to resolve the matter objectively. We will have to abandon the cloak of neutrality » ; M.-W. HESSELINK, « The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law », *Tulane Law Review*, 2010, vol 83, p. 919 et s.= Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/10, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1270563>, p. 934 : « It seems impossible to discuss these issues in a neutral fashion. […] In any case, it can only contribute to the clarity of the debate if its participants make their position explicit. » ; M.-W. HESSELINK, « A European Legal Science ? On European Private Law and Scientific Method », *European Law Journal*, 2009, Vol. 15, No. 1, pp. 20-45, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1113450>, pp. 1-36 et not. p. 32 : « On the contrary, any normative method of legal analysis necessarily has to be based on a certain way of looking at the world. » ; J.-P. CHAZAL, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *Revue des contrats*, 01 décembre 2003, n° 1, p. 27 et s. : « L'idéologie [est] un phénomène indépassable de l'existence sociale » et l'approche basée sur celle-ci « ne tire pas sa scientificité d'une prétendue neutralité ou objectivité, mais de la reconnaissance qu'elle participe à un combat d'opinions, de l'aveu *qu'elle n'est pas indépendante de celui qui l'exprime* et qu'elle est soumise au feu de la discussion. » Comp. J.-P. CHAZAL, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *Revue des contrats*, 01 décembre 2003, n° 1, p. 27 et s. et not. p. 27 : « ni le législateur, ni le juge, ni le [futur] docteur, lorsqu'ils sont amenés, chacun selon ses fonctions, à prendre position sur une question afférente au droit des contrats ne peuvent pas s'abstraire de leurs propres conceptions du contrat, du droit, de l'homme, de la société et du monde ».

[1824] Comp. M.-W. HESSELINK, « The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law », *Tulane Law Review*, 2010, vol 83, p. 919 et s. ; Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/10, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1270563>, p. 933 : « A difficulty for legal nationalism, nevertheless, is that as a description it is difficult to match with the current state of postnational law and our postnational society at large. […] The world has changed and the nationalist vision, especially in its stronger versions, simply seems to deny the new reality. » ; M.-W. HESSELINK, « A European Legal Science ? On European Private Law and Scientific Method », *European Law Journal*, 2009, Vol. 15, No. 1, pp. 20-45, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1113450>, pp. 1-36 et not. p. 33 : « [I]f we are not yet, we will soon be beyond a turning point where the system is more European than national ». *A contrario* G. ALPA, « The Future of European Contract Law : Some Questions and Some Answers », *in* K. BOELE-WOELKI, W. GROSHEIDE, *The future of European contract law*, Wolters Kluwer, 2007, p. 3 et s. et not. p. 6 : « Among the many interesting ideas that have arisen there is also one, cloaked in deep skepticism, which sees in the European code the illusion of reacting to the process of globalization (which is now irreversible in terms of time-scales methods and territorial borders). » Certes, un tel choix peut paraitre radical, d'un point de vue politique, compte tenu l'hausse actuelle du nationalisme. V. M.-W. HESSELINK, « The Case for a Common European Sales Law in an Age of Rising Nationalism », Center for the Study of European Contract Law Working Paper Series n° 2012-01, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1998174> ; J. DICKSON, « How Many Legal Systems ? Some Puzzles Regarding the Identity Conditions of, and Relations between, Legal Systems in the European Union », Oxford Legal Studies Research Paper No. 40/2008, disponible sur : < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1279612>, p. 2 : « at least in terms of practical politics and the popular media in some Member States ».

[1825] En ce sens, M.-W. HESSELINK, « The European Commission's Action Plan : Towards a More Coherent European Contract Law ? », *ERPL*, 4/2004, pp. 397-419 et not. p. 415 : « In my view it would be preferable to be straight forward and admit that the European private law movement's striving for unification has been based during the last decade, at least in part *on idealism*, i.e. on the ideal of doing certain things together in Europe inspired by a sense of unity and with a view to enhancing that unity *rather than remaining divided by national borders.* » ; Ch. JOERGES, « Interactive Adjudication in the Européanisation Process ? A Demanding Perspective and a Modest Example », *ERPL*, 1/2000, pp. 1-16 et not. p. 5 : « A common European private law [should] therefore [be based] […] rather on a conviction that while

347.- Au niveau juridique, cette approche vise l'élaboration d'un droit européen commun, sur la base de la vision[1826] d'une Europe unie. L'idéalisme européen au niveau juridique incite « à poursuivre le processus en créant une Union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions s[er]ont prises le plus près possible des citoyens, conformément au principe de subsidiarité »[1827]. En termes pratiques, l'approche européaniste incite à transférer les ambitions pour une action juridique à un cadre plus vaste, à savoir, celui de l'échelle de l'Union européenne[1828]. Elle prône la recherche de systèmes, structures, concepts et principes juridiques nécessaires à l'élaboration d'un droit commun européen, tout en respectant les traditions juridiques nationales[1829].

348.- Pour ce qui nous intéresse, l'idéalisme européen appliqué à la démarche de (re)construction du droit des contrats d'exploitation appelle à une (re)construction supra-nationale du droit des contrats d'exploitation[1830], et plus précisément, à une (re)construction du droit des contrats

---

remaining proud of their own national identities and history, the peoples of Europe are determined to *transcend their ancient divisions and united ever more closely to forge a common destiny*. »

[1826] Comp. A. DIETZ, « La réforme législative allemande du 22 mars 2002. Maigres perspectives européennes », *in* F. LABADIE, F. ROUET (sous dir, de), *Travail Artistique et économie de la création, Ministère de la culture et de communication*, collection Questions de culture, 2008, p. 159 et s. et not. p. 168 : « à l'échelon européen, il manque un vision précise de la nature et du contenu du système du droit d'auteur contemporain, préalable à toute harmonisation. » Comp. J. A. L. STERLING, « International Codification of Copyright Law : Possibilities and Imperatives », Part two, *IIC*, 2002, p. 464 s. et not. p. 484, citant Alessandro Giuliani : « As a way to arrive at the truth, exactitude and methodology are, in the end, far inferior to vision and apotheosis. Our experts can provide the exactitude and methodology, but for a realistic aim, we need vision to produce an International Copyright Code […] ».

[1827] V. le Préambule du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

[1828] Comp. J.-M. BAROSO, *Orientations politiques pour la prochaine Commission*, Septembre 2009, disponible sur : <ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/pdf/press_20090903_fr.pdf>, p. 45 : « Cependant, la dimension continentale de l'Europe et l'ampleur de nos ambitions nous amènent inévitablement à voir plus large, dans un cadre plus vaste. »

[1829] M. Van HOECKE, « The Harmonization of Private Law in Europe : Some Misunderstandings », *in* M. Van M. HOECKE, F. ORT, *The Harmonization of European Private Law*, Hart Publishing, 2000, p. 1 et s. et not. p. 20 : « Instead of going on asking ourselves whether any convergence of law in Europe might be possible or not, it is time to ask which kinds of legal systems, legal structures, legal concepts, legal principles and the like we need and how to develop them. ». De manière similaire, Ch. JOERGES, « Interactive Adjudication in the Européanisation Process ? A Demanding Perspective and a Modest Example », *ERPL*, 1/2000, pp. 1-16 et not. p. 5 : « Should this be the challenge of the Europeanisation problem : that we have to organize the compatibility of divergent legal orders ; that we should cease searching for a new unity and stop seeking to preserve an inherited one. » *Cf.* J. SMITS, « The Europeanisation of national legal systems : some consequences for legal thinking in civil law countries » *in* M. VAN HOECKE (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford (Hart Publishing) 2004, p. 229 s. et not. p. 243 : « Europeanisation will lead to jurists, no longer looking backward to the mass of national legal materials, but looking forward to what we wish the legal system to be. Perhaps, this is even the most important aspect of the Europeanisation of law. » ; J. SMITS, « The Good Samaritan in European Private Law ; On the Perils of Principles without a Program and a Program for the future », Inaugural lecture, Maastricht University 19 May 2000, disponible sur : <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=848947>, pp. 44-45 : « We as jurists have to look forward to what we wish the legal system to be, and not backward to the mass of national legal materials. There is a need to do something with that material, eliminating some parts of it, extending other parts, rethinking it all. »

[1830] En ce sens, M. Van HOECKE, « The Harmonization of Private Law in Europe : Some Misunderstandings », *in* M. Van M. HOECKE, F. ORT, *The Harmonization of European Private Law*, Hart Publishing, 2000, p. 1 et s. et not. p. 20 : « We are working towards completely new conceptions of legal systems in which such basic distinctions as between national and international law or between private and public law may largely disappear. » ; M.-W. HESSELINK, *The New European Legal Culture*, Kluwer-Deventer, 2001, disponible sur : <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1029573>, p. 38 : « It is time that we fully face this reality in Europe. […] we need to adopt a new approach to private law » ; M.-W. HESSELINK, « The European Commission's Action Plan : Towards a More Coherent European Contract Law ? », *ERPL*, 4/2004, pp. 397-419 et not. p. 415 : « In my view it would be preferable to be straight forward and admit that the European private law movement's striving for

d'exploitation menée au niveau de l'Union européenne. D'après cette approche, le besoin de (re)construction des droits des contrats d'exploitation tant au niveau national qu'au niveau européen, dû à leur insuffisance, pourrait être perçu comme une opportunité à saisir, afin de renforcer l'unité au sein de l'Union européenne et forger un « destin commun » pour ses membres en matière de contrats d'exploitation[1831]. L'existence d'une « seule voix » européenne en matière de contrats d'exploitation constituerait le symbole de l'identité européenne dans cette matière[1832] et permettrait de libérer le potentiel des États membres lorsqu'ils agissent ensemble[1833].

---

unification has been based during the last decade, at least in part *on idealism*, i.e. on the ideal of doing certain things together in Europe inspired by a sense of unity and with a view to enhancing that unity *rather than remaining divided by national borders*. » ; Ch. JOERGES, « Interactive Adjudication in the Européanisation Process ? A Demanding Perspective and a Modest Example », *ERPL*, 1/2000, pp. 1-16 et not. p. 5 : « A common European private law [should] therefore [be based] […] rather on a conviction that while remaining proud of their own national identities and history, the peoples of Europe are determined to *transcend their ancient divisions and united ever more closely to forge a common destiny*. »

[1831] Rappr. N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64 et not. p. 54, parlant d'une « ambition communautaire ». D'un point de vue du droit privé continental, v. M. BUSSANI, « A Streetcar Named Desire : The European Civil Code in the Global Legal Order », *Tulane Law Review*, vol. 83, 2009, p. 1083 et s., not. p. 1101 : « It is in this perspective that these days seem to call us, continental scholars, to fulfill a cultural obligation : the duty to build up a common future as the only tool, and promise, to melt our past into our present, and look at both of them from a perspective that makes sense to us and to the generations to come. »

[1832] En ce sens, à propos d'un code européen de la propriété intellectuelle, N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64 et not. p. 64 : « Un code communautaire de la propriété intellectuelle pourrait proposer une série de sanctions, civiles et pénales, unifiées et adaptées à la place de la propriété intellectuelle dans l'Union européenne. Un code communautaire de la propriété intellectuelle serait un instrument de l'intégration tangible de l'Union dans l'économie du savoir et un symbole de l'intégration des créateurs communautaires. » Rappr. par exemple A. GEORGIADIS, « L'harmonisation du droit privé en Europe », *NoV*, n° 42, 1995, p. 321 et s., et not. p. 343, se référant à la dimension psychologique d'une éventuelle européanisation du droit privé ; M.-W. HESSELINK, « The Politics of a European Civil Code », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 143 s. et not. p. 153, se référant à la dimension symbolique d'un Code civil européen. Ajoutons qu'un droit commun européen des contrats d'exploitation constituerait une « réalisation importante de l'Europe moderne », v. J. HUET, « Les sources communautaires du droit des contrats », *in Le renouvellement des sources du droit des obligations*, coll. Assoc. H. Capitant, Lilli, LGDJ, 1996, pp. 11-27 et not. p. 27.

D'un point de vue extérieur, un droit européen des contrats d'exploitation pourrait servir de modèle au niveau global v. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix, Bruxelles, le 24.5.2011, COM(2011) 287 final, p. 6 : « L'Europe doit devenir un *leader mondial* dans la conception de solutions novatrices en matière d'octroi de licences, aux fins d'une exploitation sans frontière des technologies nouvelles, des produits de la connaissance et des produits culturels. » Comp. S. GRUNDMAN, « The role of competition in the European codification process », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 36 et s. et not. p. 37 : « [T]he European Contract Code is that it could indeed provide a new model for contract law at the beginning of the 21st Century and be received as such also internationally […] ». Rappr. Ch. Von BAR, « A Common Frame of Reference for European Private Law-Academic Efforts and Political Realities », *Electronic Journal of Comparative Law*, mai 2008, disponible sur : <www.ejcl.org/121/art121-27.pdf>, p. 2 : « We as Union should have something on offer not only because so many of our own national private law systems are hopelessly outdated, but because other parts of the world are looking at us as well and wondering whether we can convincingly contribute to their needs to modernise their private law systems. »

[1833] Cet argument peut être examiné également d'un point de vue géopolitique. Sur ce point R.-M. HILTY, « Intellectual property and the European Community's Internal Market Legislation-Copyright in the Internal Market», *IIC*, 2004, p. 760 s. et not. p. 775 : « Member States should realise that a continued defence of different national perceptions of copyright undermines the potential of acting together. Even the most well-meaning arguments, based on historical roots, are not persuasive in view of the fact that in the internal market, common interests must be bundled to accomplish global competition on the question of the further development of copyright. If the Member States are not ready to learn that lesson, the influence of the EU at the international level will hardly receive the attention it deserves. » ; R.-M. HILTY, « Reflections on a European Copyright Codification », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 355 s. et not. p. 359 : « [N]one of the Member States will be relevant enough in the long run to survive gobal competition independently. […] In view of such

Conclusion de la Section 1.

349.- Au sein de la présente section nous avons essayé de démontrer que, compte tenu des conditions actuelles, la (re)construction souhaitable du droit (spécial) des contrats d'exploitation devrait être menée une fois pour toutes au niveau de l'Union européenne[1834], selon le paradigme de l'action législative supranationale (« *supranational law-making* »). En pratique, l'interconnexion entre les composantes de l'Union européenne rend les démarches de (re)construction des droits des contrats d'exploitation interdépendantes. Sur cette base, la fusion des démarches de (re)construction au niveau européen semble opportune. De même, la dénationalisation de l'exploitation des biens intellectuels, renforcée notamment par le développement des réseaux numériques, constitue le nouveau paradigme des contrats d'exploitation et appelle à la dénationalisation de leur réglementation. Par ailleurs, la (re)construction du droit des contrats d'exploitation dans une perspective européenne est conforme à des considérations symboliques, connexes à l'idéalisme (juridique) européen.

350.- Somme toute, la (re)construction proposée correspond à une démarche d'européanisation[1835]. Compte tenu des objectifs de la (re)construction du cadre juridique actuel[1836], la (re)construction du droit des contrats d'exploitation vise à :

- *Rénover les droits nationaux des contrats d'exploitation.*
- *Améliorer l'acquis existant en matière de contrats d'exploitation et aligner la réglementation afférente aux titres nationaux et européens.*

---

challenges, it would be risky to merely wait and watch. Instead, it seems worthwile to develop a common (European) way forward by seeking compromises amongst the différent national copyright approaches. » et *ibid.* p. 372 : « Bearing the future challenges for the EU in mind, however, suggests rethinking this reluctance towards the development of a common copyright law approach. The time might come that Europe could end up as a secondary player in the competition between the different regions that produce copyright-related products. » ; M. VIVANT, T. SUEUR *et alii*., « Une Europe de la propriété industrielle ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, entretien 1 : « [O]n est dans une situation mondiale qui s'oriente de plus en plus vers la valorisation de l'immatériel, y compris dans des pays comme la Chine et l'Inde. Il faut que l'Union européenne parle d'une seule voix pour les entreprises européennes et également pour les entreprises étrangères qui souhaiteraient y investir. »

[1834] Pour une différente approche en matière de droit d'auteur substantiel, voir B. HUGENHOLTZ, « Copyright in Europe : twenty years ago, today and what the future holds », *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 2013, p. 503 s. et not. p. 523 : « Work on a European Copyright Law could be undertaken in parallel with improvement, at the national level or in the form of further harmonization, of copyright in the EU. »

[1835] Le terme d'européanisation est utilisé dans son sens large. Comp. Ch. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law: current controversies in law*, Routeledge-Cavendish, 2008, p. 8 ; Ch. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law: current controversies in law*, Routeledge-Cavendish, 2e éd., 2013, p. 2 : « For the purposes of this book, the term 'Europeanisation' is used to cover the various activities of the EU which affect contract law. » ; A. KEIRSE, « European impact on contract law : A perspective on the interlinked contributions of légal scholars, legislators and courts to the Europeanization of contract law », *Utrecht Law Review*, vol. 7, n° 1, janvier 2011, p. 34 s., disponible sur : <www.utrechtlawreview.org>, not. p. 36 : « For the purpose of this article the term 'Europeanisation' is used in a legal context; the term refers to the impact of the European Union on law. » Pour une analyse plus ample, voir L. MILLER, *The Emergence of European Contract Law. Exploring Europeanisation*, Oxford University Press, 2011, p. 1 s.

[1836] V. *supra* n° 291 *sq.*

- *Rapprocher davantage les législations nationales en matière de contrats d'exploitation afin d'éliminer les obstacles au bon fonctionnement du marché intérieur.*

Le deuxième axe de l'action de (re)construction proposée, à savoir la portée horizontale de celle-ci, est maintenant à présenter (Section 2).

Section 2.- Une action de (re)construction du droit des contrats d'exploitation à portée horizontale.

« L'uniformité est un genre de perfection
qui saisit quelquefois les grands esprits
et frappe infailliblement les petits »[1837]

351.- Le paradigme sectoriel du droit actuel des contrats d'exploitation. Dans l'ensemble des droits nationaux examinés, le cadre juridique des contrats d'exploitation présente une nature sectorielle. Plus précisément, les contrats d'exploitation afférents à chaque branche de propriété intellectuelle sont régis par des corps de règles distincts. La fragmentation sectorielle du droit des contrats d'exploitation se base sur le paradigme de l'adoption des lois spéciales éparses ou des instruments juridiques *ad hoc*[1838] applicables à cette matière.

352.- La nécessité d'une action horizontale. Ainsi que démontré plus haut, l'insuffisance du cadre juridique actuel concerne toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle, tant au niveau national qu'au niveau européen. Selon le paradigme sectoriel de la législation actuelle, la démarche de (re)construction devrait *a priori* avoir une portée sectorielle. Il s'agirait, alors, de procéder à la (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation par branche de propriété intellectuelle. Cependant, l'exploitation contractuelle des droits de propriété intellectuelle constitue, au moins *prima facie* un élément commun à toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle. Avec ce constat comme point de départ, nous allons exposer les raisons en faveur d'une action de (re)construction horizontale, qui couvrirait le droit des contrats d'exploitation des droits de

---

[1837] Montesquieu, *Esprit des Lois*, livre XXIX, chap. XVIII.

[1838] Par ailleurs, en droit français, malgré l'existence du Code de la propriété intellectuelle, la réglementation des contrats d'exploitation est dispersée dans plusieurs livres, selon le type de droit de propriété intellectuelle. De manière exceptionnelle, l'approche sectorielle n'est pas adoptée par les Règlements européens en droit de la concurrence. Sur ce point, v. *supra* n° 128 *sq.* Comp. aussi le Règlement (CE) n° 1906/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006, définissant les règles de participation des entreprises, des centres de recherche et des universités pour la mise en œuvre du septième programme-cadre de la Communauté européenne et fixant les règles de diffusion des résultats de la recherche (2007-2013), qui prévoit les « *contrats de concession des droits d'accès aux connaissances nouvelles ou préexistantes* », qui sont susceptibles de porter sur plusieurs types des droits de propriété intellectuelle. Rappr. le *Code de bonne pratique* destiné aux universités et autres organismes de recherche publics, *concernant la gestion de la propriété intellectuelle dans les activités de transfert de connaissances*, ANNEXE I de la Recommandation de la Commission, concernant la gestion de la propriété intellectuelle dans les activités de transfert de connaissances et un code de bonne pratique destiné aux universités et aux autres organismes de recherche publics, 10 avril 2008, JO. n° L 146, du 5.06.2008, p. 19 et s.

propriété intellectuelle dans son ensemble[1839]. Effectivement, l'approche horizontale de la matière semble opportune sur le plan pratique et théorique. D'un point de vue pratique, une (re)construction à portée horizontale se justifie par le fait que l'approche sectorielle est à l'origine de disparités injustifiées et gênantes (§1). D'un point de vue plus théorique, la (re)construction à portée horizontale semble légitime compte tenu de la reconnaissance de l'unité systématique du droit de la propriété intellectuelle (§2).

§1.-Les défauts de l'approche sectorielle.

353.- L'examen des droits spéciaux nationaux[1840] démontre que le traitement sectoriel de la matière des contrats d'exploitation est à l'origine de disparités entre les régimes des contrats d'exploitation propres à chaque branche du droit de propriété intellectuelle (A). Ces disparités ne semblent pas toujours légitimes (B).

A.- L'existence de disparités parmi les régimes sectoriels du droit de la propriété intellectuelle.

354.- Des disparités entre les régimes contractuels propres à chaque branche de propriété intellectuelle apparaissent tant au niveau de la catégorisation (1°) qu'au niveau de la réglementation spéciale (2°).

[1839] Certes cette approche présuppose un choix structurel pour l'organisation du droit des contrats d'exploitation en Europe. V. MAK, « A Shift in Focus : Systematisation in European Private Law through EU Law (November 23, 2009), *European Law Journal*, *Vol.* 17, No. 3, pp. 403-428, 2011, *Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper No. 2009/12*, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1511624>, résumé : « The discourse on the Europeanisation of private law appears gradually to be moving into new territory in which the central debate on convergence of private laws in Europe *makes place for structural questions* on private law development in a multi-level European legal order. » ; F. ZOLL, « A Need for a New Structure for European Private Law », *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 555 et s. et not. p. 556, parlant de la « vision of the organisation of private law at the European level » ; M. LOOS, « Service Contracts » *in* A. HARTKAMP *et al.* (sous dir. de), *Towards a European Civil Code*, 3e éd., Ars Aequi Libre/Kluwer Law International, 2004, pp. 571-582, à propos de la vision de l'organisation du droit des contrats des services au niveau européen : « The question then arose as to how to approach services on a European level. » ; A. DIETZ, « La reforme législative allemande du 22 mars 2002. Maigres perspectives européennes », *in* F. LABADIE, F. ROUET (sous dir, de), *Travail Artistique et économie de la création, Ministère de la culture et de communication,* collection Questions de culture, 2008, p. 159 et s. et not. p. 168 : « À l'échelon européen, il manque une vision précise de la nature et du contenu du système du droit d'auteur contemporain, préalable à toute harmonisation. » Sur ce point v. *infra* n° 544 *sq*.

[1840] L'approche sectorielle du droit des contrats d'exploitation est plus explicite au niveau national qu'au niveau européen, compte tenu du caractère sporadique de ce dernier. C'est pourquoi nous allons démontrer les défauts de l'approche sectorielle à travers l'utilisation d'illustrations issues des droits nationaux examinés.

1°.- Les disparités au niveau de la catégorisation des contrats d'exploitation.

a.- Les disparités relatives aux dénominations légales des contrats d'exploitation : l'exemple du droit grec, du français et du droit allemand.

355.- L'approche sectorielle de la matière des contrats d'exploitation est parfois[1841] à l'origine d'une diversification des dénominations des catégories des contrats d'exploitation établies au sein de chaque branche du droit de propriété intellectuelle. Le droit hellénique, le droit français et le droit allemand constituent de belles illustrations en ce sens.

Plus précisément, le législateur en droit hellénique n'emploie le *nomen* de *licence d'utilisation* qu'en matière de marques. En revanche, en matière de droit d'auteur et de brevets le *nomen* de *licence d'exploitation* est utilisé. Ensuite, en droit français, le CPI a recours aux dénominations de *cession* et d'*autorisation d'exécution* pour les catégories des contrats d'exploitation établies en matière de droit d'auteur. Cependant, en matière de propriété industrielle, la dénomination utilisée par le législateur est celle de la *licence d'exploitation*[1842]. De même, le législateur allemand emploie la dénomination de *concession de droit d'utilisation* pour les contrats d'exploitation en droit d'auteur, alors qu'en matière de propriété industrielle il consacre le *nomen* de *licence*.

b.- Les disparités concernant les contours des catégories des contrats d'exploitation.

356.- Les disparités dues à l'approche sectorielle du droit des contrats d'exploitation concernent également les contours des catégories contractuelles. L'examen du droit actuel démontre que, parfois, les catégories contractuelles dotées du même *nomen* sont définies de manière différente selon la branche de propriété intellectuelle en question. À titre d'illustration, en droit grec, ainsi qu'examiné antérieurement, la loi définit la licence d'exploitation (simple ou exclusive) en matière de droit d'auteur comme un contrat par lequel « l'auteur peut autoriser un tiers l'exercice des prérogatives attachées au droit patrimonial »[1843]. En revanche, en matière de propriété industrielle, la licence d'exploitation (ou d'utilisation en matière de marques) n'est pas nécessairement un

---

[1841] En droit britannique, le *nomen* de « licence » est utilisé dans toutes les branches du droit de propriété intellectuelle.

[1842] V. sur ce point J.-L. GOUTAL, « De l'irréductible diversité à la quête d'unité », *JCP Cahiers de Droit de l'entreprise* n° 42, 2004, p. 1 et s., not. p. 2 : « Diversité encore pour les contrats d'exploitation des droits, avec des différences difficilement contournables, puisqu'elles apparaissent expressément dans le Code de la propriété intellectuelle, alors que pourtant elles se justifient mal : cessions et licences en matière de propriété industrielle, cessions et autorisation en droit d'auteur, mais la pratique connaît des licences en matière de logiciel, objet de droit d'auteur. »

[1843] V. art. 13§2 loi 2121/1993.

contrat purement permissif. Toutefois, la licence est susceptible de comporter une obligation d'exploitation à la charge du licencié[1844]. Ceci étant, la licence avec charge d'exploitation en matière de propriété industrielle correspond au contrat d'exploitation de droit d'auteur (art. 13§1 loi 2121/1993). Ainsi, la licence en matière de propriété industrielle correspond tantôt à la licence d'exploitation, tantôt au contrat d'exploitation de la matière de droit d'auteur[1845].

De manière similaire, des disparités peuvent être détectées également entre les éléments essentiels des catégories contractuelles homonymes consacrées au sein des différentes branches de propriété intellectuelle. À titre d'illustration, en droit français, il est généralement admis que l'obligation d'exploitation est un élément essentiel d'une licence de brevet non exclusive[1846]. Néanmoins, en matière de marques, il a pu être soutenu que par défaut la licence non exclusive ne comprenait pas une obligation d'exploitation à la charge du licencié[1847].

357.- En somme, l'approche sectorielle du droit des contrats d'exploitation est à l'origine d'une catégorisation inconsistante des contrats d'exploitation entre les différentes branches de la propriété intellectuelle. Il est possible d'une part qu'une dénomination légale renvoie à des réalités différentes dans les différentes branches du droit de propriété intellectuelle, et d'autre part que la même réalité soit représentée par des signifiants différents, selon la branche de propriété intellectuelle.

[1844] Sur l'inconsistance entre la définition de la licence de droit d'auteur et la licence en matière de propriété industrielle, v. not. M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 2004, n° 487, p. 220, parlant de « distinction ayant en pratique une importance cruciale, qui emporte confusion sémantique au sein de la question -peu traitée théoriquement et systématiquement- de la transmission de biens immatériels » ; A. DESPOTIDOU, *Nature et fonctionnement du contrat d'édition,* Athènes-Thessalonique, Ed. Sakkoulas, 2003, p. 23.

[1845] *Cf.* M.-Th. MARINOS, *Droit du brevet d'invention*, Sakkoulas, 2013, p. 173, note n° 2, pour qui la distinction entre licence d'utilisation et licence d'exploitation ne présente pas d'intérêt juridique.

[1846] En ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 719, p. 375 ; J.-J. BURST, « Licence de brevets- Effets du contrat de licence –Fin du contrat de licence », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 491, n° 70 : « Le licencié a, non seulement le droit, mais encore l'obligation d'exploiter. […] Le principe s'applique pareillement que la licence soit exclusive ou non exclusive, mais l'application doit être particulièrement rigoureuse dans le premier cas » ; Y. REBOUL, Y. BASIRE, « Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740, n° 95 ; C. GUTHMANN, « Contrats d'exploitation », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4723, n° 76 ; J. SCHMIDT, « Les contrats d'exploitation de brevets en droit privé », *in* INSTITUT DE FRANCE, *Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention*, Actes de colloque, Paris- 10 mars 2005, Lavoisier, 2006, p. 17 ; déjà, G.H.C. BODENHAUSEN, « L'obligation d'exploiter les brevets d'invention et ses sanctions », *P.I.*, 1950, p. 69.

[1847] Voir en ce sens, CA Paris, 19 oct. 1981, *PIBD*, 1982, n° 301, III, p. 101 ; CA Paris, 24 févr. 1982, *PIBD*, 1982, n° 305, III, p. 151.

2°.- Les disparités au niveau de la réglementation spéciale des contrats d'exploitation.

358.- L'approche sectorielle des contrats d'exploitation est à l'origine des disparités au niveau de la réglementation spéciale des contrats d'exploitation[1848]. Les règles afférentes à la question du droit d'agir du licencié et les règles de forme constituent deux hypothèses où les disparités entre les différents régimes contractuels sont très significatives[1849].

a.- Les disparités concernant le droit d'agir du licencié : l'exemple du droit grec et du droit britannique.

359.- La question du droit d'agir du licencié a été traitée de façon divergente au sein des différentes branches de propriété intellectuelle en droits grec et britannique.

- ***En droit grec.***

360.- En droit grec, la question du droit d'agir du licencié est traitée de manière différente au sein des différentes branches du droit de la propriété intellectuelle[1850]. Plus précisément, en droit d'auteur, selon l'article 13§3, al. 3e de la loi 2121/1993, en l'absence d'accord contraire entre les parties, tout exploitant et licencié (exclusif ou non exclusif) peut par défaut agir en contrefaçon *ex jure proprio* à l'encontre de tout tiers contrefacteur, y compris à l'encontre *du concédant.* Notons que le droit d'agir de l'exploitant et du licencié est inconditionné. En pratique, l'inertie ou l'accord préalable du concédant ne constituent pas des conditions préalables pour que le licencié puisse agir en contrefaçon à titre autonome. De manière similaire, en matière de brevets d'invention, selon les articles 17 §3 al. 1er et 17ΣT de la loi 1733/1987, tout licencié, exclusif (art. 17 §3) et non exclusif (17ΣT a) peut agir par défaut en contrefaçon *ex jure proprio*. À l'instar de ce qui se produit en droit d'auteur, le droit d'agir du licencié est inconditionné. De ce fait, l'inertie ou l'accord préalable du titulaire du brevet ne constituent pas des conditions préalables pour que le licencié puisse agir en contrefaçon à titre autonome.

[1848] Rappr. N. BINCTIN, « La loi renforçant la lutte contre la contrefaçon », *JCP G*, 14, 7 avril 2014, p. 416 : « [F]aute d'une réforme structurelle du Code de la propriété intellectuelle, [la loi] répète les mêmes dispositions pour chacun des droits de propriété. L'inélégance de la formule laisse, en plus, survivre quelques variantes qui pourraient influencer l'interprétation. »

[1849] D'autres disparités pourraient être signalées telles que, par exemple, l'asymétrie entre l'art. 31§4a PA et l'art. 28§4 TMA en droit des contrats d'exploitation britannique, due à l'omission de référence par la TMA au transfert du contrat de licence.

[1850] Sur l'ensemble de la question, v. Th. CHIOU, « Vers une réglementation unitaire du droit des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle. Réflexions *de lege ferenda* à partir des dispositions d'exploitation contractuelle des marques de la loi 4072/2012 », *ChrID*, nov. 2013, p. 711 s.

En revanche, en matière de marques, selon les articles 132§4 al. 1er et 132§4 al. 2e de la loi 4072/2012, le licencié (simple et exclusif) peut agir par défaut en contrefaçon *ex jure proprio* à condition que le titulaire donne au préalable son consentement. De même, le licencié exclusif peut agir en contrefaçon *ex jure proprio* sans obtenir préalablement le consentement du titulaire de la marque, à condition que ce dernier n'agisse pas en contrefaçon dans un délai raisonnable alors qu'il a été mis en demeure.

La confrontation des dispositions précédentes démontre que, d'une part en matière de droit d'auteur et de brevets d'invention, tout licencié (simple ou exclusif) peut par défaut agir en contrefaçon à titre autonome. D'autre part, en matière de marques, tout licencié peut agir par défaut en contrefaçon à condition que le titulaire de la marque donne son consentement préalable. De même, de manière exceptionnelle, le licencié exclusif peut agir en contrefaçon sans obtenir préalablement l'accord du titulaire de la marque, à condition que ce dernier reste inerte. Par conséquent, par défaut, le droit d'agir du licencié est conditionné uniquement en matière de marques.

- ***En droit britannique.***

361.- En droit britannique, la question du droit d'agir du licencié est traitée de manière différente au sein des différentes branches du droit de la propriété intellectuelle. Plus précisément, en matière de droit d'auteur, selon l'article 101§1 CDPA, le preneur d'une licence exclusive a les mêmes droits et peut prétendre aux mêmes réparations, en ce qui concerne les questions survenant après la conclusion de la licence, que si cette licence a été une cession, exception faite à l'égard du titulaire du droit d'auteur. En revanche, selon l'article 101A CDPA, le licencié non exclusif aura un droit d'agir en contrefaçon, selon les conditions prescrites au paragraphe 1 dudit article. En pratique, l'acte contrefaisant doit être directement lié à l'activité du licencié, la licence doit être constatée par écrit et doit attribuer expressément le droit d'agir au licencié non exclusif. Ensuite, en matière de brevets, selon l'art. 67 PA, seul le licencié exclusif peut agir *ex jure proprio* en contrefaçon pour des actes contrefaisants réalisés après la date de la conclusion du contrat de licence. Enfin, en matière de marques, selon la disposition de portée générale de l'art. 30§2 TMA, tout licencié est par défaut en mesure de demander au propriétaire de la marque d'engager une procédure pour contrefaçon afin de protéger ses droits. De même, le licencié peut agir en son nom lorsque le titulaire de la marque refuse d'engager une procédure ou n'engage pas de procédure dans les deux mois suivant la date à laquelle cela lui a été demandé (article 30§3 TMA). À titre exceptionnel, le licencié exclusif peut agir en contrefaçon *ex jure proprio* sans être obligé de respecter les conditions prescrites par les articles précédents, à condition que le contrat de licence le prévoit (article 31§1 TMA). Notons que l'art. 25§3(b) dispose que « tant qu'une requête en enregistrement des indications prescrites relatives à une transaction susceptible d'enregistrement n'a pas été présentée,

une personne qui se prétend être titulaire d'une licence en vertu de la transaction ne bénéficie pas de la protection de l'article 30 ou 31 (droits et moyens de recours du titulaire d'une licence en cas de contrefaçon) ».

La confrontation des dispositions précédentes démontre que, d'une part, le licencié exclusif en matière de droit d'auteur et de brevets a par défaut le droit d'agir en contrefaçon en son propre nom. Cependant, le licencié exclusif de marque ne pourra agir en contrefaçon *ex jure proprio* que si les parties l'ont expressément prévu dans leur contrat et à condition que le contrat de licence ait été enregistré au Registre des marques[1851].

D'autre part, le droit d'agir d'un licencié non exclusif est également traité de manière asymétrique parmi les différentes branches du droit de propriété intellectuelle. Ainsi, en matière de brevets, la loi ne prévoit pas la possibilité pour le licencié non exclusif d'agir en contrefaçon *ex jure proprio*. De même, en matière de droit d'auteur et de marques, la loi prévoit la possibilité pour le licencié non exclusif d'agir en contrefaçon sous certaines conditions, qui varient en fonction de la branche de propriété intellectuelle : écrit, prévision expresse dans le contrat en matière de droit d'auteur ; mise en demeure du titulaire de marque et refus de ce dernier d'agir ou inertie pendant deux mois après la mise en demeure, enregistrement du contrat au Registre en droit des marques.

b.- Les disparités concernant les règles de forme.

362.- Les règles de forme ont eu un traitement divergent parmi les différentes branches de propriété intellectuelle dans tous les droits nationaux examinés.

- ***En droit grec.***

363.- En droit grec, les règles de forme des contrats d'exploitation ne sont pas uniformes au sein des différentes branches du droit de la propriété intellectuelle. Plus précisément, tant les contrats et licences d'exploitation en matière de droit d'auteur (primaires) que les licences d'exploitation en matière de brevets, doivent être constatés par écrit *ad validitatem* (art. 14 loi 2121/1993 et article 12§3 al. 1 de la loi n° 1733/1987). En revanche, les licences d'utilisation des marques (ainsi que les contrats et licences d'exploitation secondaires en matière de droit d'auteur) doivent être constatées par écrit *ad probationem*[1852].

[1851] V. sur ce point G. MARIE, *Étude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 174 : « Les conditions dans lesquelles cette action peut être engagée sont différentes, selon qu'il s'agit d'une licence de marque ou de brevet […] on constate ici encore qu'il existe une distinction entre la licence de marque et de brevet. »

[1852] Sur ce point v. *supra* n° 95.

- ***En droit français.***

364.- En droit français, les disparités concernant les règles de forme sont très importantes d'une branche de propriété intellectuelle à l'autre[1853]. Plus précisément, en matière de droit d'auteur, le CPI (art. L. 131-2 al. 1er et L. 131-3 al. 1 et 3e) établit la formalité de mentions obligatoires ainsi que la forme écrite *ad probationem* pour, au moins[1854], un nombre de contrats d'exploitation spéciaux conclus au niveau primaire (contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle, autorisations gratuites d'exécution, cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle)[1855]. Ensuite, en matière de brevets, toute licence d'exploitation doit être constatée par écrit *ad validitatem* (L. 613-8 dernière alinéa). Elle doit également être inscrite au Registre national des brevets pour des raisons d'opposabilité aux tiers. Enfin, en matière de marques, les licences d'exploitation sont soumises à la seule formalité d'inscription au Registre national des marques, pour des raisons d'opposabilité aux tiers (L. 714-7 al. 1er CPI), sans que cette différence par rapport aux licences de brevets apparaisse répondre à une réelle justification[1856].

- ***En droit allemand.***

365.- En droit allemand, les règles de forme des contrats d'exploitation ne sont absolument pas uniformes au sein des différentes branches du droit de la propriété intellectuelle. Plus précisément, en matière de droit d'auteur, la UrhG n'introduit pas de formalités pour la concession des droits d'utilisation. À titre d'exception, un écrit est exigé lors de la concession des droits d'utilisation afférents aux œuvres futures (art. 40§1 al. 1er UrhG[1857]) et aux modes d'exploitation inconnus au moment de la conclusion du contrat (art. 31a §1 al. 1er UrhG)[1858]. Ensuite, en matière de brevets la loi prévoit le formalisme facultatif[1859] de l'enregistrement du contrat de licence exclusive au registre de l'Office des brevets (allemand). Selon l'art. 30§4 al.1er PatG, « sur requête du titulaire du brevet ou du preneur de licence, l'Office des brevets mentionne dans le registre la concession d'une

---

[1853] *Cf.* J.-M. BRUGUIERE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, 2011, n° 171, p. 134 : « Le formalisme dans la propriété littéraire et artistique ne présente pas la même nature. »

[1854] La portée de cette règle est discutée.

[1855] A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 635, p. 564.

[1856] J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, Tome 2, LGDJ, 2013, n° 576, p. 629.

[1857] « Le contrat par lequel l'auteur s'engage à concéder des droits d'usage sur des œuvres futures non déterminées ou déterminées seulement dans leur genre doit être conclu par écrit. »

[1858] Toutefois, selon l'art. 31a §1 al. 2e, l'écrit n'est pas exigé lorsque la concession en question est conclue à titre gratuit : « Written for mis not required if the author grants an exploitation right to everyone free of charge. » Les art. 31§1 al. 3e et 4e ainsi que §2 et 4 attribuent à l'auteur un droit de retrait de la concession des droits d'utilisation sur des modes d'exploitation inconnus qui ne peut pas être renoncé en avance. Sur ce point voir A. LUCAS-SCHLOETTER, « Lettre d'Allemagne. Qu'y a-t-il dans la "deuxième corbeille" ? Loi allemande du 26 octobre 2007 relative au droit d'auteur dans la société de l'information », *Propr. Intell.*, 1/7/2008, n° 28, pp. 368-375 et not. p. 375.

[1859] Voir déjà J. PAGENBERG, « Droit européen des licences exclusives de brevets. Droit communautaire, droit français, droit allemand », [Recension de livre], *IIC*, 1991, p. 432 : « Whereas the *in rem* character of the German exclusive licence could have led to the requirement of registration in Germany, one does not find such a registration prerequisite. »

licence *exclusive* sous réserve qu'il reçoive la preuve du consentement de l'autre partie ». Enfin, la MarkenG ne prévoit aucune formalité pour la conclusion des contrats de licence.

- ***En droit britannique.***

366.- En droit britannique, les règles de forme des contrats d'exploitation ne sont pas unifiées au sein des différentes branches du droit de la propriété intellectuelle. Plus précisément, en matière de droit d'auteur, seules les licences exclusives doivent être constatées par écrit *ad validitatem* (art. 92§1 CDPA). Ensuite, en matière de brevets d'invention, la loi prévoit uniquement l'enregistrement facultatif des licences (exclusives ou non exclusives) au Registre des brevets pour des raisons d'opposabilité notamment (art. 33§1 et 33§3 c) PA)[1860]. Enfin, en matière de marques, la licence (exclusive ou non exclusive) *doit* être constatée par un écrit signé par ou au nom du concédant (art. 28§2 TMA). De même, la loi prévoit la formalité de l'enregistrement facultatif du contrat de licence au Registre des marques (art. 25§2 (b) TMA)[1861].

B.- Des disparités injustifiées et gênantes.

367.- Des disparités justifiées ou des inconsistances inappropriées ? L'analyse précédente a démontré que l'approche sectorielle caractérisant le droit des contrats d'exploitation au niveau national est à l'origine des disparités entre les régimes des contrats d'exploitation propres à chaque branche du droit de la propriété intellectuelle. La question qui se pose à présent est de savoir si les disparités en question sont légitimes et utiles. Par la suite, nous allons démontrer que l'opportunité des disparités en question est incertaine tant d'un point de vue théorique (1°) que d'un point de vue pratique (2°).

[1860] V. *supra* n° 86.
[1861] Sur cette inscription v. *supra* n° 118.

1°.- La relativité des distinctions actuelles entre les branches du droit de la propriété intellectuelle d'un point de vue théorique.

a.- L'unité de l'acte de création.

368.- De manière générale, la consécration d'une pluralité de droits de propriété intellectuelle a été imposée par la pluralité des objets immatériels dont la protection était souhaitée[1862]. Les objets en question représentaient différents aspects de la créativité et l'innovation humaine : il s'agissait des créations techniques, des créations artistiques et culturelles et des créations dans le domaine de la communication commerciale[1863]. L'existence de titres de protection distincts pour les différents objets immatériels a entraîné le développement des différents régimes de propriétés intellectuelles, ou, autrement dit, des différentes branches de propriété intellectuelle. Sur cette base, l'opposition des différentes branches de propriété intellectuelle (droit d'auteur, brevets et marques) s'étaye sur la séparation tripartie de la création intellectuelle[1864]. Cependant, à l'heure actuelle, la séparation en question semble relativisée.

En réalité, la production d'un objet immatériel protégé par un droit de propriété intellectuelle se base sur un acte de création[1865]. Désormais, très souvent, l'acte de création dans les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle repose sur les mêmes moyens, indifféremment de la nature artistique ou technique de l'objet créé. En effet, la distinction entre la production d'un objet esthétique et d'un objet technique est relativisée dès lors que, dans le cadre de l'évolution technologique, la technique participe à la production d'un objet esthétique[1866]. Par ailleurs, d'un point de vue de l'utilisateur comme du créateur, il y a une parfaite indifférence face à la nature du

---

[1862] Voir sur ce point, J.-L. GOUTAL, « De l'irréductible diversité à la quête d'unité », *JCP Cahiers de Droit de l'entreprise n° 42*, 2004, p. 1 et s. et not. p. 1 : « [Les divers droits de propriété intellectuelle] sont en effet nés de manière éparse, sous la plume du législateur révolutionnaire qui n'avait pas à leur propos de dessein d'ensemble, et qui les a proclamés au hasard des besoins et des pressions de ce que l'on n'appelait pas encore des *lobbies*. » et plus loin, parlant de « consécration disparate, sectorielle, sans unité de vues du législateur »

[1863] Sur ce point voir not. Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 7.

[1864] Voir cependant T. TAURAN, « Les distinctions en droit civil », *Les Petites Affiches*, n° 70, 07/04/2000, p. 5-14, n° 2 : « La catégorie des droits intellectuels est devenue si importante que des découpages internes ont été réalisés, ce qui a conduit à la naissance de distinctions dont on n'aurait jamais pensé qu'elles puissent apparaître un jour : distinction entre la propriété industrielle et la propriété littéraire et artistique etc. »

[1865] En ce sens, N. BINCTIN, « Les biens intellectuels - Contribution à l'étude des choses », *Communication Commerce Electronique*, juin 2006, Études 14, p. 8 et s. et not. p. 8 : « La mise en évidence des biens intellectuels conduit à revisiter les propriétés intellectuelles à la lumière de l'unité de l'acte créatif et non plus par opposition des régimes. » V. aussi *supra* n° 304 *sq.* sur la qualification des objets immatériels dotés de créativité et d'innovation.

[1866] Voir sur ce point Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 7 et *ibid.* p. 20 ; Th. LIAKOPOULOS, « Évolutions et perspectives du droit de la propriété industrielle », *in Questions du droit des affaires*, Ed. Sakkoulas, vol. III, 1996, p. 1 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd., Sakkoulas, 2005, n° 160, p. 171.

droit de propriété exercé sur les biens immatériels issus de l'acte de création[1867]. En effet, le créateur d'un objet immatériel n'a pas pour démarche de créer un droit d'auteur ou un brevet mais uniquement de créer une chose nouvelle[1868]. Ceci étant, la séparation tripartite de la création intellectuelle et, de manière subséquente, la séparation entre les branches de propriété intellectuelle, est, à un certain degré, artificielle.

b.- Le cumul de protection du même objet immatériel par plusieurs droits de propriété intellectuelle.

369.- Le caractère artificiel de la séparation de la création intellectuelle est très évident dans les hypothèses, assez fréquentes[1869] en pratique, de cumul de protection[1870] du même objet immatériel par plusieurs types de droits de propriété intellectuelle. Une belle illustration pour le cumul de protection est celui d'un flacon. Il peut être protégé par le droit d'auteur en tant qu'œuvre d'art appliqué, par le droit des dessins et modèles ainsi que par le droit des marques en tant que marque tridimensionnelle[1871]. Ceci étant, il semble que les différentes options de protection soient le plus

---

[1867] En ce sens, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 3, p. 22 ; N. BINCTIN, « L'ambition : Le brevet de l'Union Européenne » *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *Quel droit des brevets pour l'Union Européenne ?*, Acte du colloque organisé par le CEIPI les 26 et 27 avril 2012 au Parlement Européen de Strasbourg, Coll. CEIPI n° 59, Litec Lexis Nexis, 2013, p. 17 et s. et not. p. 18.

[1868] N. BINCTIN, « Les biens intellectuels - Contribution à l'étude des choses », *Communication Commerce Electronique*, juin 2006, Études 14, p. 8 et s. et not. p. 8 ; N. BINCTIN, « L'ambition : Le brevet de l'Union Européenne » *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *Quel droit des brevets pour l'Union Européenne ?*, Acte du colloque organisé par le CEIPI les 26 et 27 avril 2012 au Parlement Européen de Strasbourg, Coll. CEIPI n° 59, Litec Lexis Nexis, 2013, p. 17 et s. et not. p. 18. Ceci est encore plus évident dans l'hypothèse d'une œuvre d'art appliquée ; N. BINCTIN, « Diversité : les biens intellectuels et leurs appropriations », *in* C. PUIGELIER (sous dir. de), *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 241 s. et not. p. 257 : « On constate l'unité de l'acte créatif, quel que soit le régime d'appropriation. Il n'y a pas de ségrégation à établir entre le nez et le chimiste. L'imagination humaine engendre la création d'un bien intellectuel, qui rend ensuite possible de déterminer les conditions de son appropriation. » En ce sens aussi A. GEORGE, *Constructing Intellectual Property*, Cambridge University Press, 2012, p. 112 : « [O]ften the intellectual property object will be created without regard to its legal status, which will be considered only subsequently when its value is recognised. »

[1869] V. N. BINCTIN, « Diversité : les biens intellectuels et leurs appropriations », *in* C. PUIGELIER (sous dir. de), *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 241 s. et not. p. 256 : « Si des catégories de créations ont vocation à être appropriées par un régime ou un autre, il est aussi un large panel de biens intellectuels qui voguent allégrement entre ces différents régimes. »

[1870] Pour l'ensemble de la question voir, A. CRUQUENAIRE, S. DUSOLLIER (dir.), *Les cumuls des droits intellectuels*, Larcier, Bruxelles, 2009 ; E. DERCLAYE, M. LEISTNER, *Intellectual Property Overlaps, A European Perspective*, Hart, 2011 ; J.-M. BRUGUIERE (sous dir. de), *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, Dalloz, 2011 ; G. LE LABOURIER-FLEURY LE GROS, *Le cumul de droits de propriété intellectuelle*, thèse Caen 2007 ; A. OHLY, « The quest for Common Principles of European Intellectual Property Law- Useful, Futile, Dangerous ? » *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 3 et s. et les references sous note n° 2. *Adde* J.-M. BRUIGUIERE, « Du droit des marques dans le droit d'auteur », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, p. 87 et s. ; A. KUR, « Introduction », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. xi : « On the other hand, there is also an increasing inclination towards overlaps, both as regards the way in which one and the same *object may attract cumulative protection* under different laws, and regarding the legal objectives underlying the different fields. » ; Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 18. *Cf.* K. CHRISTODOULOU, « Remarques sur la théorie générale des biens immatériels », *DiMEE*, 2/ 2007, p. 180 s. et not. p. 180 note n° 2 (citant l'arrêt PProtAth. 275/2007, *DiMEE* 2/2007, p. 237) et p. 186 s.

[1871] Exemple emprunté par A. PEUKERT, « Individual, multiple and collective ownership of intellectual property rights-which impact on exclusivity ? », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 195 et s. et not. pp. 208-209 : « The typical case is a bottle, which is protected by *copyright* as applied art, by design law and possibly as a three-dimensional trademark. »

souvent interchangeables[1872]. Le cumul de protection du même objet immatériel par plusieurs types de propriétés intellectuelles démontre la relativité de la séparation entre les différentes branches de propriété intellectuelle[1873].

c.- Le bouleversement des frontières traditionnelles entre les branches de la propriété intellectuelle[1874].

370.- La relativité de la distinction entre les différentes branches de propriété intellectuelle peut être démontrée également par le bouleversement des frontières traditionnelles entre les différentes branches de propriété[1875]. D'une part, la propriété littéraire et artistique devient souvent industrielle[1876]. En pratique, la protection octroyée par le droit d'auteur a dépassé la sphère purement artistique, notamment après l'introduction en son sein des créations informatiques[1877]. De même, le droit d'auteur est devenu le « droit de l'industriel culturel ». Désormais, « le droit d'auteur appartient surtout à des entreprises, des sociétés, des personnes morales qui sont d'ailleurs bien souvent qualifiées d' « industries » (musicale, audiovisuelle etc.) »[1878]. Ceci étant, le droit d'auteur devient industriel et se rapproche ainsi à de la propriété industrielle[1879]. D'autre part, la propriété

[1872] En pratique, le choix du type de protection est un choix stratégique édicté par les besoins du créateur ou futur titulaire de la protection.

[1873] B. HARRIS, *Intellectual Property Law in the European Union*, William S. Hein & Company, 2005, n° 3-1, p. 29 : « Nevertheless, many features are also common to intellectual property rights ; and it is useful to take them into account, *especially where cases arise in which the law provides overlapping or multiple protection*. »

[1874] Voir de manière générale, A. GIRARDET, « Articuler les droits de propriété intellectuelle sans les confondre ou la difficile recherche des frontières », *in* J.-M. BRUGUIERE (sous dir. de), *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, Dalloz, 2011, p. 115 et s.

[1875] Voir par exemple, Th. HASSLER, « La sophistication du droit de la propriété intellectuelle », *in* Ch. GEIGER, C. RODA (sous dir. de), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé. Mélanges en l'honneur du professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, Lexis Nexis, 2013, p. 193 s.

[1876] A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2011, n° 101.59, p. 45. D'un point de vue anglais, voir P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, p. 10 s. : « This brief historical overview of the development of patent and copyright law clearly demonstrates that the divide between patents, as purely industrial rights- and copyright- as a purely artistic right- was never absolute in nature. Especially in the UK *copyright* always had an entrepreneurial almost industrial, orientation. Copyright was never an exclusively artistic right, as opposed to the other industrial property rights. »

[1877] Sur ce point v. M. VIVANT, « Une épreuve de vérité pour les droits de propriété intellectuelle : le développement de l'informatique » *in* IRPI, *L'avenir de la propriété intellectuelle*, Colloque organisé par l'Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, Paris 26 octobre 1992, Litec, 1992, p. 43 s. ; N. ERESEO, *Exclusivité contractuelle*, Litec, 2008, n° 127, p. 81, pour qui l'irruption du logiciel dans la sphère du droit d'auteur favorise une vision unitaire du droit de la propriété intellectuelle ; F. MACREZ, *Créations informatiques : bouleversement des propriétés intellectuelles ? Essai sur la cohérence des droits*, Lexis Nexis Litec, coll. « CEIPI », préface M. Vivant, 2011 ; A. KUR, « Introduction », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. xii ; Critique, voir J.-M. BRUGUIERE, « Introduction », *in* J.-M. BRUGUIERE, (sous dir. de), *Droit d'auteur et culture*, collection Thèmes et commentaires, La propriété intellectuelle autrement, Dalloz, 2007, p. 1 et s. et not. p. 4 : « Notre droit semble aujourd'hui aspiré par une logique irréversible qui est celle de la marchandisation. […] Sous son influence, *le droit d'auteur accueille en effet un peu tout et n'importe quoi. »*

[1878] Ch. CARON, « Lettre au Professeur Georges B*** sur le droit d'auteur économique », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 127-132, not. p. 129.

[1879] Cette tendance met en question également la vision personnaliste des droits d'auteur continentaux, conçus autour du personnage de l'auteur Sur ce point voir Ch. CARON, « Lettre au Professeur Georges B*** sur le droit d'auteur économique », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 127-132, not. pp. 128 et 129 : « il serait même possible d'affirmer que l'expression « droit d'auteur » évoque une

industrielle dépasse ses frontières traditionnelles. En pratique, la protection des objets tridimensionnels a conduit à l'extension de la notion du signe distinctif vers les créations utilitaires. De manière similaire, le droit des brevets s'étend en dehors du domaine des créations purement techniques[1880]. Par ailleurs, le cumul des régimes d'appropriation des mêmes objets par plusieurs types de droits de propriété intellectuelle a également contribué au bouleversement des frontières traditionnelles entre les différentes branches de propriété intellectuelle. Par exemple, la protection des dessins et modèles par le droit d'auteur a contribué à l' « industrialisation » de ce dernier[1881].

371.- Selon l'analyse précédente, il apparaît que les distinctions entre les différentes branches du droit de la propriété intellectuelles doivent fondamentalement être relativisées. L'unité de l'acte de création, le cumul de protection du même objet immatériel par plusieurs propriétés intellectuelles, le bouleversement des frontières traditionnelles entre les différentes branches de propriété intellectuelle en sont la preuve. La relativisation des distinctions entre les différentes branches de la propriété intellectuelle remet en cause la pertinence d'une approche sectorielle du régime de leur exploitation contractuelle et favorise davantage une vision unitaire de l'ensemble de la matière. En réalité, l'exploitation contractuelle d'un type de propriété intellectuelle soulève les mêmes problèmes que celle d'un autre droit de propriété intellectuelle[1882]. Par ailleurs, le recours à l'application par analogie[1883] des dispositions propres à l'exploitation contractuelle d'un droit de

---

marque déceptive, tant il est certain que le droit dit « de l'auteur » n'est en réalité que rarement celui des auteurs. » ; J. GINSBURG, « L'avenir du droit d'auteur : un droit sans auteur ? », *Comm. Comm. Electr.*, n° 5, mai 2009, étude 10, n° 2. *Adde* J. RALITE, « Vers un droit d'auteur sans auteurs » *Le monde diplomatique*, mars 1998, disponible sur : <www.monde-diplomatique.fr/1998/03/RALITE/10170>.

[1880] Voir sur ce point, A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2011, n° 101.59, p. 45 : « Depuis quelques années le champ de la propriété industrielle s'est de son côté élargi pour couvrir des créations relevant du domaine des idées abstraites. » ; A. KUR, « Introduction », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. xii : « While patent and copyright protection were originally based on quite distinct motives and concepts, patent law- in some parts of the world- has ventured out of the field of technology, while *copyright* long ago left the sphere of purely artistic creations. »

[1881] Ch. CARON, « Lettre au Professeur Georges B*** sur le droit d'auteur économique », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 127-132, not. p. 129 : « qu'on le veuille ou non, force est de constater que en pratique, le droit d'auteur étend ses tentacules sur des *œuvres industrielles* dont l'originalité, au sens traditionnel du terme, n'est que de pure façade. » ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 44, p. 24 : « [I]l est un domaine ou la « summa divisio » est mise en échec : les dessins et modèles qui appartiennent à la catégorie des arts appliqués à l'industrie et relèvent à la fois de la propriété industrielle, dans la mesure où ils constituent des innovations à caractère industriel mais aussi du droit d'auteur, parce qu'ils relèvent de la création pour peu que le « design » présente une certaine originalité. » Comp. L. BENTLY, « The return of Industrial Copyright », *EIPR*, 2012, n° 10, p. 654 et s.

[1882] Comp. N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64 et not. p. 61 : « Il n'y a pas de différence fondamentale entre un contrat qui autorise à utiliser soit un portefeuille de droits d'auteur soit un portefeuille de brevets ! ». Comp aussi l'arrêt Musik Vertrieb « l'exploitation commerciale du droit d'auteur soulève les mêmes problèmes que celle d'un autre droit de propriété industrielle et commerciale. », cité par Ch. CARON, « Lettre au Professeur Georges B*** sur le droit d'auteur économique », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 127-132, p. 132.

[1883] Sur ce point v. par exemple d'un point de vue français, N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, p. 335, note n° 1, V. aussi *supra* n° 227 l'opinion doctrinale en faveur de l'application analogique en matière de droit d'auteur de la solution relative à la question du droit

propriété intellectuelle dans les hypothèses d'exploitation contractuelle d'autres types de droits, constitue un indice important de la similitude des questions traitées[1884]. Dans ce cadre, les disparités entre les régimes propres à chaque branche de propriété intellectuelle se justifient mal, surtout lorsque dans certains cas, elles semblent plutôt accidentelles[1885]. « Toute identité de nature implique une identité de régime et […] toute différence de nature implique une différence de régime »[1886].

De même, le fait que les propriétés intellectuelles aient pour référence (unique ?) l'économie de marché est une réalité[1887] : « Par définition, la propriété intellectuelle est un système qui va réserver une part du marché à tel ou tel. »[1888]. Dès lors, les deux domaines de la propriété intellectuelle à savoir la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle, sont en train de se rejoindre sous un ensemble qui se caractérise par une logique marchande et utilitaire[1889]. Il est significatif que les

---

d'agir du licencié prévue en matière de propriété industrielle. D'un point de vue grec, v. par exemple I. NIKOLOPOULOS, *La cession du droit patrimonial du droit d'auteur*, Sakkoulas, 2005, p. 81 ; M.-Th. MARINOS, « Quelques remarques autour de la nature juridique de la licence exclusive de marque », *EllDni*, 2006, p. 327 et not. p. 339 et les références citées ; Th. CHIOU, « Vers une réglementation unitaire du droit des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle. Réflexions *de lege ferenda* à partir des dispositions d'exploitation contractuelle des marques de la loi 4072/2012 », *ChrID*, nov. 2013, p. 711 s.

[1884] *Cf.* N. TELLIS, « La relation entre droit des marques et droit de signes distinctifs du droit substantiel : Besoin de réglementation unitaire ? », *EpiskED*, p. 881 et s. et not. p. 889 s. Sur l'inapplicabilité du principe de la transmission finalisée du droit d'auteur en matière des brevets et des marques, v. *supra* n° 96.

[1885] Sur ce point, d'un point de vue français P. TREFIGNY, « Les contrats d'exploitation », *JCP Cahiers de Droit de l'entreprise*, n°42, Dossier « Propriétés intellectuelles ; unité ou diversité ?, 2004, p. 16 et s. et not. p. 21 : « Même si l'on ne parvenait pas à unifier totalement les règles applicables, beaucoup de différences ont été répertoriées, ne *s'expliquant pas autrement que par des oublis du législateur, des maladresses, un désintérêt ou encore des raisons de pure opportunité.* » ; d'un point de vue allemand voir la conférence « The Model Law on Intellectual Property, A proposal for German and European Law Reform ? », 7-8 février 2013, Manheim, Allemagne, programme disponible sur : < ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/MaCCI2013/Macci_The_Model_Law_on_Intellectual_Property.pdf> : « Accordingly, the respective statutes vary with regard to structure and volume and display considerable disparities, which are not attributable to the character of the protected achievements. » Comp. A. OHLY, « The quest for Common Principles of European Intellectual Property Law- Useful, Futile, Dangerous ? » *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 3 et s. et not. p. 11 : « An intra-disciplinary comparison between the different intellectual property rights can highlight inconsistencies which may be the result of historical accident. At the same time, justified differences can be stressed. If there is common ground, judgments and academic analysis *can be transferred* and can contribute to the solution of problems. » ; T. TAURAN, « Les distinctions en droit civil », *Les Petites Affiches*, n° 70, 07/04/2000, p. 5-14, n° 2 : « On est bien force du reste de reconnaître que les découpages qui ont pu être opérés au sein des droits intellectuels ne sont pas aussi scientifiques qu'on pourrait le souhaiter. » D'un point de vue européen, v. J. De WERRA, « An essential Brick in the Building of European Copyright : Regulation of Copyright Transactions » *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 259 s. et not. p. 273 : « the absence of a framework governing intellectual property transactions and particularly *copyright* licensing is problematic, in that it creates diverging regimes depending on the IPR at issue, even if such differential treatment does not appear to be justified. »

[1886] J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD Civ.*, 1984, p. 255 et s. et not. p. 258.

[1887] Voir M. VIVANT, « La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?, Rapport de synthèse », *in* M. VIVANT, (sous dir. de), *Propriété intellectuelle et mondialisation, La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Actes du colloque 27-28 juin 2002, Montpellier, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2004, p. 177 et s. et not. p. 178, parlant du principe de réalité : « Nous sommes dans une économie de marché. Il y a là une réalité dont il faut bien prendre acte sauf à nier magiquement le réel. […] Le marché est une réalité et la propriété intellectuelle et non seulement immergée dans celui-ci mais encore en est tributaire. » ; Ch. CARON, « Lettre au Professeur Georges B*** sur le droit d'auteur économique », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 127-132, not. p. 131 : « Car le droit d'auteur économique existe bel et bien ! ».

[1888] Ph. GAUDRAT, M. VIVANT, « Marchandisation », *in* M. VIVANT, (sous dir. de), *Propriété intellectuelle et mondialisation, La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Actes du colloque 27-28 juin 2002, Montpellier, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2004, p. 31 et s. et not. p. 31.

[1889] A. KUR, « Introduction », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. xii : « Although traditional rhetoric may still convey more idealistic views, legal developments in all fields are predominantly driven by utilitarian motives. Protection and encouragement of financial

ADPIC, en tant qu'accords qui « touchent au commerce », incarnent cette approche au niveau international[1890]. Ainsi, le droit d'auteur devient économique[1891]. La propriété littéraire et artistique s'inspire d'une logique de marchandisation[1892], autrefois propre aux droits de propriété industrielle[1893], dans le cadre de laquelle la protection des intérêts moraux de l'auteur perd son importance[1894]. Ainsi, nous ne pouvons que nous interroger sur l'opportunité d'un traitement différent de situations proches, sinon identiques en matière de contrats d'exploitation portant sur les propriétés intellectuelles[1895].

---

investment have become the primary rationale for the creation of new and extension of existing rights. Protections is frequently tailored so as to prevent third parties from taking commercial advantage of achievements made by the first investor, irrespective of whether or not a risk of market failure is created thereby. » ; E. STAMATOUDI, *Droit communautaire de la concurrence et propriété intellectuelle*, Nomiki Vivliothiki, 2006, p. 33, pour qui les droits de propriété intellectuelle convergent à l'égard de leur aspect économique-commercial ; J. RAYNARD, « Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », *in* Mélanges offerts à J.-J. Burst, Litec, 1997, p. 529 et s., not. p. 540 : « considerée dans sa seule dimension économique l'objet du droit d'auteur ne se distingue plus de l'objet des autres monopoles intellectuels. » ; Th. LIAKOPOULOS, « Évolutions et perspectives du droit de la propriété industrielle », *in Questions du droit des affaires*, Ed. Sakkoulas, vol. III, 1996, p. 1 ; J. LARRIEU, « Les contrats relatifs à la propriété intellectuelle », *JCP* éd. E., n° 51, *Cahiers du droit de l'entreprise*, supplément n° 6/1997, pp. 24 -27 et not. p. 24 : « On relève d'abord, en effet, que la propriété intellectuelle est elle-même de plus en plus considérée comme une marchandise au sens économique. […] Bref, la propriété intellectuelle est bien dans le commerce ».

[1890] Sur le symbolisme des accords ADPIC, voir Ph. GAUDRAT, M. VIVANT, « Marchandisation », *in* M. VIVANT, (sous dir. de), *Propriété intellectuelle et mondialisation, La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Actes du colloque 27-28 juin 2002, Montpellier, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2004, p. 31 et s. et not. p. 32 s. ; K. STEFANOU, « Le nouveau cadre réglementaire des droits de propriété intellectuelle », *EEmpD*, 2001, p. 199 et s. et not. p. 199 ; J. LARRIEU, « Les contrats relatifs à la propriété intellectuelle », *JCP* éd. E., n° 51, *Cahiers du droit de l'entreprise*, supplément n° 6/1997, pp. 24 -27 et not. p. 24. Comp. Th. LIAKOPOULOS, « Évolutions et perspectives du droit de la propriété industrielle », *in Questions du droit des affaires*, Ed. Sakkoulas, vol. III, 1996, p. 5, parlant de la commercialisation intégrale de la propriété intellectuelle au niveau mondial. *Adde* M. VIVANT, « La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ? Rapport de synthèse », *in* M. VIVANT, (sous dir. de), *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz, 2004, p. 177 s. et not. p. 180, parlant du « basculement » de la propriété intellectuelle dans l'OMC sous pressions américaine. Sur la relation entre la marchandisation et la mondialisation, v. M. VIVANT, Ph. GAUDRAT, « Marchandisation », *in* M. VIVANT, *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz, 2004, p. 3 s.

[1891] Et ceci ne concerne pas uniquement le droit d'auteur industriel, voir Ch. CARON, « Lettre au Professeur Georges B*** sur le droit d'auteur économique », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 127-132, p. 132 : « [l]e droit d'auteur des grands arts est déjà rompu aux logiques économiques (car il faut bien servir les industries culturelles, audiovisuels, musicales, etc.) ».

[1892] J.-M. BRUGUIERE, « Introduction », *in* J.-M. BRUGUIERE, (sous dir. de), *Droit d'auteur et culture*, collection Thèmes et commentaires, La propriété intellectuelle autrement, Dalloz, 2007, p. 1 et s. et not. p. 4 : « Notre droit semble aujourd'hui aspiré par une logique irréversible qui est celle de la marchandisation. » ; Ch. CARON, « Lettre au Professeur Georges B*** sur le droit d'auteur économique », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 127-132, not. p. 129 : « Il en résulte donc que, même au sein du droit d'auteur civiliste des beaux et grands arts, les logiques commercialistes sont fortes […] » et plus loin, parlant des « logiques similaires » entre le droit d'auteur et le droit de propriété industrielle. Comp. Ph. GAUDRAT, M. VIVANT, « Marchandisation », *in* M. VIVANT, (sous dir. de), *Propriété intellectuelle et mondialisation, La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Actes du colloque 27-28 juin 2002, Montpellier, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2004, p. 31 et s. et not. p. 48, parlant du constat du « détournement des propriétés intellectuelles vers une étrange « univocité » […] » à cause de la mondialisation. En ce sens aussi P. NIKOLOPOULOS, « Le droit civil dans l'environnement de la mondialisation », *in* Mélanges Koumantos, Sakkoulas, 2004, p. 839 s. et not. p. 865-866.

[1893] Par ailleurs, ceci n'est pas une évolution propre au droit de la propriété intellectuelle. Voir D. GRILLET-PONTON, « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle », *D.* 2000, Chron. 331, n° 4 : « Toutes les sociétés d'économie de marché sont, dans un environnement économique identique, soumises aux mêmes aspirations : recherche de l'optimisation des biens, de la meilleure performance contractuelle, volonté d'éradication par le contrat de toute insécurité dans le paiement. *Utilitatis causa*, apparaissent ainsi des figures inédites qui ont pour dénominateur commun de porter l'éclairage sur une nouvelle thématique de la propriété dans le secteur contractuel. »

[1894] Comp. P. NIKOLOPOULOS, « Le droit civil dans l'environnement de la mondialisation », *in* Mélanges Koumantos, Sakkoulas, 2004, p. 839 s. et not. p. 865.

[1895] Comp. S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 291, p. 190, parlant de la critique de l'opportunité d'un traitement différent de situations parfois plus proches qu'il n'y parait. ; N. BLANC, *Les*

2°.- Les problèmes pratiques liés aux distinctions actuelles entre les branches du droit de la propriété intellectuelle : des disparités gênantes.

372.- Les disparités susmentionnées ne sont pas uniquement insuffisamment justifiées, elles sont gênantes car à l'origine, en pratique, de difficultés considérables pour l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles étant donné qu'elles sont issues d'un régime inéquitable (a) et complexe (b).

a.- La discrimination entre les licenciés.

372.- L'approche sectorielle du droit des contrats d'exploitation aboutit à des résultats inéquitables. En pratique, les disparités qui caractérisent tant la catégorisation que la réglementation spéciale des contrats d'exploitation dans les différentes branches du droit de propriété intellectuelle, sont à l'origine des discriminations entre les concessionnaires des différents types de propriété intellectuelle. Pour ne présenter que quelques exemples, en droit français, le licencié non exclusif de marque se trouve par défaut dans une position plus favorable que son homologue en matière de brevets. En effet, en l'absence de stipulation expresse dans le contrat, le licencié non exclusif de marque ne sera pas tenu d'une obligation d'exploitation, contrairement à son homologue en matière de brevets d'invention. De manière similaire, en droit grec, le licencié d'un brevet d'invention ou d'un droit d'auteur est dans une position plus favorisée que son homologue en matière de marques[1896] car, par défaut, l'exercice du droit d'agir en contrefaçon de ce dernier est soumis à certaines conditions. La situation est similaire en droit britannique. Ainsi, par défaut, les licenciés exclusifs de droit d'auteur et de brevet d'invention jouissent d'un droit d'agir en contrefaçon inconditionné. Cependant, le licencié exclusif de marque ne pourra agir en contrefaçon en son propre nom que si le contrat de licence le permet, ou, tout au mieux, s'il a demandé au titulaire de la marque d'agir. Ce dernier doit alors soit refuser d'agir, soit rester inerte pendant deux mois à

---

contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés, Dalloz, 2010, n° 171, p. 155 : « Il n'est en effet pas question de multiplier les dénominations pour désigner une même réalité juridique » ; *ibid. eod loc.* p. 336, note n° 1 : « Certes l'arrêt ne concerne pas une licence portant sur un brevet mais une licence de marque mais on ne voit pas pourquoi la notion de licence exclusive aurait une portée différente en droit des marques et en droit des brevets. » *Cf.* M.-W. HESSELINK et *al.*, *Principles of European Law. Commercial agency, franchise and distribution contracts* (PEL CAFDC), Sellier, 2006, p. 92 : « However, it would be arbitrary to regulate only commercial agency contracts since franchise and distribution contracts are very similar as regards their economic function, the main problems that may arise during the course of the contractual relationship and many other aspects […] ».

[1896] Sur ce point v. Th. CHIOU, « Vers une réglementation unitaire du droit des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle. Réflexions *de lege ferenda* à partir des dispositions d'exploitation contractuelle des marques de la loi 4072/2012 », *ChrID*, nov. 2013, p. 711 s., *passim.*

compter de la date de la demande. Ajoutons que les disparités relatives aux règles de forme mènent également à des discriminations entre les licenciés. Par exemple, en droit grec, le licencié d'une licence orale en matière de marques reçoit un traitement plus favorisé par rapport à son homologue en matière de droit d'auteur ou la licence orale est annulable.

373.- Les discriminations résultant des disparités entre les différents régimes des contrats d'exploitation ne semblent pas légitimes. Le traitement moins favorisé d'un licencié est parfois justifié par des considérations d'ordre sectoriel. Par exemple, en droit grec, le traitement moins favorable du licencié d'une licence orale en droit d'auteur par rapport à son homologue en matière de marques, est justifié par la prévision de la forme écrite *ad validitatem*, afin de protéger le concédant-auteur considéré comme la partie faible d'un contrat d'exploitation[1897]. Ce n'est toutefois pas toujours le cas. Ainsi, les disparités relatives au droit d'agir du licencié ne répondent guère à des intérêts d'ordre sectoriel[1898]. Quant à l'art. 4[1899] de la Directive 2004/48 du Parlement Européen et du Conseil du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle[1900], il suggère[1901] certainement une approche unitaire de la question[1902].

[1897] Comp. M.-Th. MARINOS, « La délimitation contractuelle des prérogatives en droit des marques- en même temps quelques remarques sur l'interprétation de la licence d'utilisation d'une marque », *DEE*, 6/2005, p. 660 et s. et not. p. 664, rejetant l'application par analogie du principe de la finalité du contrat en matière des marques sur la base d'absence d'impératif de protection d'une partie présumée faible. À propos de la justification des disparités en matière des règles de forme, d'un point de vue français, v J.-M. BRUGUIERE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, 2011, n° 171, p. 134 : « Le formalisme dans la propriété littéraire et artistique ne présente pas la même nature. Il s'explique en effet avant tout par l'idée de protection de l'auteur. » D'un point de vue britannique, v. C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-02, p. 27 : « The formalities and requirements associated with the various types of intellectual property are determined by the nature of the right being licensed, and consequently the statute or other law which is the basis of the existence of that right. »

[1898] Certains auteurs ont pu justifier les disparités qui caractérisent la question du droit d'agir du licencié en faisant référence à la différence de fonction de chaque propriété intellectuelle. En ce sens, à propos des disparités concernant le droit d'agir du licencié exclusif en droit britannique voir G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 174 : « La solution s'explique par le fait que le brevet revêt une fonction économique et sociale au regard de laquelle il est souhaitable d'assurer la protection de l'invention brevetée dans l'intérêt général. La marque quant à elle est plus proche du droit de propriété et ne se conçoit qu'à travers l'intérêt du titulaire. Par suite, le titulaire de la marque peut interdire par contrat au licencié exclusif d'agir en contrefaçon, sans son consentement. »

[1899] Article 4 : « Personnes ayant qualité pour demander l'application des mesures, procédures et réparations. Les États membres reconnaissent qu'ils ont qualité pour demander l'application des mesures, procédures et réparations visées au présent chapitre : a) les titulaires de, conformément aux dispositions de la législation applicable ; b) toutes les autres personnes autorisées à utiliser [les droits de propriété intellectuelle], en particulier les licenciés, dans la mesure où la législation applicable le permet et conformément à celle-ci »

[1900] J.O. L 157 du 30.04.2004, p. 45.

[1901] Cependant, il s'agit d'une Directive emportant harmonisation *a minima*. V. sur ce point J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., p. 108 : « [the Directive 2004/48/EC] unfortunately leaves this issue open by offering to the Member States the flexibility to decide whether licensees shall have the power to initiate legal actions for protecting the relevant intellectual property rights. » ; J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European Perspective », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 450 s. et not. pp. 469-470.

[1902] Voir le considérant n° 13 de la Directive en question : « Il est nécessaire de définir le champ d'application de la présente directive de la manière la plus large possible afin d'y inclure l'ensemble des droits de propriété intellectuelle couverts par les dispositions communautaires en la matière et/ou par la législation nationale de l'État membre concerné. »

b.- La complexité du régime applicable à l'exploitation simultanée de plusieurs droits de propriété intellectuelle.

374.- L'exploitation simultanée des propriétés intellectuelles. La disparité qui caractérise le cadre juridique des contrats d'exploitation est très gênante, notamment dans l'hypothèse de l'exploitation contractuelle simultanée de plusieurs types de droits de propriété intellectuelle. En effet, l'exploitation contractuelle simultanée des propriétés intellectuelles est fréquente et présente dans plusieurs contextes. D'une part, elle est présente dans l'hypothèse de la protection cumulative complémentaire[1903] du même objet immatériel[1904] par plusieurs droits de propriété intellectuelle, situation déjà signalée plus haut[1905]. Tel est le cas, par exemple, d'un logiciel dont le code est protégé par le droit d'auteur, les fonctionnalités par un brevet et la dénomination par une marque[1906], ou d'un produit de haute technologie, tel qu'un téléphone portable, dont les différents aspects sont protégés par plusieurs types de droits intégrés (marque, brevet, dessin, droit d'auteur…)[1907]. Dans ces hypothèses, l'exploitation contractuelle de ces objets, à l'instar de leur

---

[1903] La protection complémentaire est une forme de chevauchement (non concurrentiel) des propriétés intellectuelles. Sur ce point voir V. MOFFAT, « Mutant Copyrights and Backdoor Patents : The Problem of Overlapping Intellectual Property Protection », *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 19, 2004, p. 1473 et s., disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=972358>, p. 1474 et 1499 : « Overlapping protection *arises in two ways*: intellectual property owners may seek concurrent coverage of more than one form of protection or they may request sequential protection. » Comp. K. CHRISTODOULOU, « Remarques sur la théorie générale des biens immatériels », *DiMEE*, 2/ 2007, p. 180 s. et not. p. 187.

[1904] Du même « support économique », v. J. RAYNARD, « Les risques d'une intervention juridique nouvelle », *in* IRPI, La propriété intellectuelle en question(s). Regards croisés européens, colloque de l'IRPI, 16-17 juin 2005, Litec, 2008, p. 179 s. et not. p. 180.

[1905] Voir *supra* n° 369.

[1906] En ce sens, A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2011, n° 101.59, p. 45 : « ainsi les programmes d'ordinateurs peuvent être protégés au titre du droit d'auteur pour ce qui est du texte de leur programme et au titre du droit des brevets pour leurs fonctionnalités. » ; Ph. GAUDRAT, M. VIVANT, « Marchandisation », *in* M. VIVANT, (sous dir. de), *Propriété intellectuelle et mondialisation, La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Actes du colloque 27-28 juin 2002, Montpellier, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2004, p. 31 et s. et not. p. 38 : « De fait, c'est un résultat qui est recherché à travers le logiciel et celui-ci passe par une écriture. Ce qui crée une indissociabilité de fait alors que les régimes juridiques en cause sont différents. […] Il n'en demeure pas moins qu'il existe un seul objet marchand, appelé à être mis sur le marché. » ; J. RAYNARD, « Les risques d'une intervention juridique nouvelle », *in* IRPI, La propriété intellectuelle en question(s). Regards croisés européens, colloque de l'IRPI, 16-17 juin 2005, Litec, 2008, p. 179 s. et not. p. 180 : « Sans doute, les spécialistes du droit de l'informatique m'ont-ils expliqué que les protections respectives du droit d'auteur et du droit de brevet e ouvraient pas les mêmes objets et ne se recoupaient donc pas, que la première ne s'attachait qu'à la mise en forme, au code rédigé, alors que la seconde opérerait plus en amont en s'attachant à la base technique préalable à l'écriture du programme. » ; M. VIVANT, « Une épreuve de vérité pour les droits de propriété intellectuelle : le développement de l'informatique » *in* IRPI, *L'avenir de la propriété intellectuelle*, Colloque organisé par l'Institut de recherche en propriété intellectuelle Herni-Desbois, Paris 26 octobre 1992, Litec, 1992, p. 43 s., not. p. 46 : « Ce n'est que par commodité de langage qu'on peut, par exemple, parler des protections offertes au logiciel. Le droit d'auteur appliqué au logiciel protège la forme : écriture, architecture, SSO, mais ne prétend pas ou du moins ne peut prétendre, dans la logique qui est la sienne, appréhender autre chose. Le brevet serait, tout au contraire, à même d'assurer à son titulaire la réservation des « fonctionnalités » du logiciel ; mais, sans que la forme adoptée soit pour elle-même objet de droit-elle peut l'être comme mode de réalisation de l'effet technique attendu-, la marque apposée sur un logiciel n'a avec celui-ci qu'un lien en forme de coïncidence et n connait du logiciel que la dénomination que ceux qui le commercialisent lui ont attribué. Autrement dit, jamais le même objet (juridique) n'est en cause à travers ces diverses protections. »

[1907] Comp. sur ce point B. BATTISTELLI, « Another step towards an enhanced European IP environment », 3 mai 2011, disponible sur : <www.epo.com> (à propos du « *memorandum* de comprehension » entre l'OEB et l'OHMI) :

contrefaçon[1908], dépasse la logique sectorielle du droit de propriété intellectuelle et met en œuvre à la fois toutes les propriétés intellectuelles qui assurent leur protection. D'autre part, très souvent, les droits de propriété intellectuelle représentent un capital (intellectuel) cohérent pour leur(s) titulaire(s). Ce capital peut faire l'objet d'exploitation contractuelle en groupe ou en bloc (*portfolio licences*)[1909], nonobstant la discrimination entre les différentes branches des propriétés intellectuelles.

375.- L'existence de disparités entre les différents cadres juridiques d'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles rend leur exploitation simultanée assez complexe et renforce l'insécurité juridique des parties. En effet, le licencié d'un contrat de licence portant à la fois sur plusieurs droits de propriété intellectuelle devra veiller à se conformer à plusieurs régimes, selon le type de propriété intellectuelle exploitée, dont les solutions divergent à propos d'une pluralité d'aspects

---

« In fact, a new and innovative product will typically not only involve novel technology which can be protected by a patent, but will often also stand out from other competing products by its "look and feel" and a catchy brand name. »

[1908] Voir sur ce point Cons.Trib.Corr.Ioannina, 294/2011, Base des données Nomos, disponible sur : <lawdb.intrasoftnet.com > relative à la contrefaçon du droit d'auteur et du droit sur la marque par la commercialisation des lunettes contrefaisantes. Comp. N. BINCTIN, « Les biens intellectuels - Contribution à l'étude des choses », *Communication Commerce Electronique*, juin 2006, Études 14, p. 8 et s. et not. p. 8 : « Le fléau économique engendré par la contrefaçon est indifférent au régime d'appropriation du bien contrefait : œuvre audiovisuelle, logiciel, médicament, parfum, pièces détachées en tout genre… ».

[1909] A. OHLY, « The quest for Common Principles of European Intellectual Property Law- Useful, Futile, Dangerous ? » *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 3 et s., not. p. 4 : « Often these rights are treated as strategically interchangeable in business practice. Licensing agreements cut across the borders of distinct IP rights. » ; pour une perspective britannique sur la question, voir W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, *Intellectual property*, 6e éd., Sweet & Maxwell, 2007, n° 7-22, p. 284 : « It should be added that other forms of intellectual property have often to be included also in licences : the licensee may well want the licensor's designs, whether protected by registration or through unregistered design right, and use of his trademarks. » ; L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 964 : « Product trademarks licences are also often linked to licences of patents and technology. » ; W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, n° 7-23, pp. 305-306 : « It should be added that other forms of intellectual property have often to be included also in [patent] licences : the licensee may well want the licensor's designs whether protected by registration or through unregistered design right, and use of his trademarks. Sometimes the licensor will want to compel the licensee to use either designs or trademarks as part of a strategy for building long-term goodwill with the public. ». Comp. C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-27, p. 44, notant que la définition des propriétés intellectuelles qui feront l'objet d'exploitation peut être générale ou analytique : « In some cases the intellectual property definition is a collective one: for example, a licence of all intellectual property rights and related rights used by a company or a division of a company, perhaps in conducting a particular process By way of example, this might arise where the licence was on to an IT services provider to give it appropriate access to its client's resources to enable it to provide services to its client. In other cases the licence will be of specifically identified rights. »

relatifs tant à la catégorisation[1910] qu'à la réglementation des contrats d'exploitation[1911], tels que son droit d'agir[1912], ou les règles de forme[1913].

376.- En somme, d'après l'analyse précédente, l'opportunité du paradigme de l'approche sectorielle en matière de contrats d'exploitation trouve ses limites, aussi bien d'un point de vue intellectuel que pratique[1914]. Tout d'abord, les frontières entre les propriétés intellectuelles sont artificielles, au moins jusqu'à un certain degré, car les branches du droit de propriété intellectuelles se sont désormais rapprochées *de facto* de manière significative. Ensuite, l'adoption d'une approche sectorielle du droit de la propriété intellectuelle lors de la (re)construction du droit des contrats d'exploitation, à travers l'élaboration d'actions « individuelles » qui serviraient des intérêts catégoriels, serait susceptible d'engendrer des disparités peu opportunes entre les régimes particuliers des contrats d'exploitation, ce qui menacerait la cohérence de l'édifice envisagé[1915]. L'adoption d'une approche sectorielle du droit des contrats d'exploitation au niveau européen mènerait également à la production d'un acquis sectoriel, avec les inconvénients attachés[1916]. Par

---

[1910] Par exemple, en droit français, le *nomen* et (peut-être) la nature du contrat sont différents en droit d'auteur et en propriété industrielle. Sur ce point v. J. RAYNARD, « Les risques d'une intervention juridique nouvelle », *in* La propriété intellectuelle en question(s). Regards croisés européens, colloque de l'IRPI, 16-17 juin 2005, Litec, 2008, p. 179 s. et not. p. 180 : « Frictions encore s'agissant du régime d'exploitation du droit, qu'il s'agisse […] de la nature du contrat d'exploitation lorsqu'on sait que la licence de droit d'auteur est une notion encore récusée par nombre de juristes de propriété littéraire et artistique… ».

[1911] Certes, la complexité du régime de l'exploitation simultanée des plusieurs propriétés intellectuelles peut résulter des disparités entre le droit substantiel de la propriété intellectuelle, telles que par exemple, les disparités concernant la durée de protection. Sur ce point, v. C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-34, p. 50 : « Also, if the license is to cover a number of intellectual property rights, consideration should be given to the licence duration relative to each licensed right. »

[1912] V. sur ce point J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., et not. p. 97-98 : « This divergence of regimes is quite problematic to the extent that it seems hardly conceivable that an owner of various intellectual property rights which can of course (as this frequently done in practice) be licensed together in the same license agreement shall have different remedies depending on the type of right at issue and on the type of contractual conditions which would have been breached. » ; J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European Perspective », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 450 s. et not. p. 458.

[1913] P. TREFIGNY, « Les contrats d'exploitation », *JCP Cahiers de Droit de l'entreprise*, n°42, Dossier « Propriétés intellectuelles ; unité ou diversité ? », 2004, p.16 et s. et not. p. 20, présentant les incohérences concernant l'exigence d'écrit en matière de contrats d'exploitation en droit français : « Je ne me hasarderai pas à vous donner les raisons de ces distinctions… Que dire du sentiment du chef d'entreprise face à ces véritables « incohérences »… » Comp. d'un point de vue plus général, J.-L. GOUTAL, « De l'irréductible diversité à la quête d'unité », *JCP Cahiers de Droit de l'entreprise n°42*, 2004, p. 1 et s. et not. p. 2 parlant de « toutes sortes de pièges pour les titulaires des droits, leurs concurrents, leurs avocats, leurs conseils en raison […] des régimes distincts. »

[1914] Comp. J.-L. GOUTAL, « De l'irréductible diversité à la quête d'unité », *JCP Cahiers de Droit de l'entreprise n°42*, 2004, p. 1 et s. et not. p. 2.

[1915] Comp. A. DIETZ, « The Harmonization of Copyright in the European Community », *IIC*, 1985, p. 379 s. et not. p. 410 : « [T]he systematic improvement and renewal of copyright law in the sense of an integrated European solution is becoming a sheer necessity. In my opinion, the other alternative is the disintegration into uncoordinated individual attempts under various guiding aspects, which could entail the collapse of copyright itself. »

[1916] V. *supra* n° 237 *sq*. C'est effectivement sur cette base que plusieurs auteurs ont proposé l'adoption de mesures juridiques à portée large au niveau européen. V. à propos du droit d'auteur substantiel, déjà A. DIETZ, « The Harmonization of Copyright in the European Community », *IIC*, 1985, p. 379 s. et not. p. 401 : « [T]he counter-proposal which is presented here consists of working out a comprehensive and well-formulated overall regulation of

ailleurs, l'adoption d'une approche transversale assurerait la simplicité et l'équité nécessaires au cadre juridique futur des contrats d'exploitation[1917], surtout que l'exploitation simultanée des différents types de propriétés intellectuelles est de plus en plus fréquente.

Il semble utile et pertinent après ces considérations d'abandonner le paradigme sectoriel de la (re)construction du droit des contrats d'exploitation au profit d'une vision transversale de la matière[1918]. Par la suite, nous allons voir que des arguments d'ordre systématique favorisent l'abandon du paradigme sectoriel au profit d'une (re)construction horizontale du droit des contrats d'exploitation.

European copyright with the assistance of European authorities and initially without regard to the instrument to be employed and the question of a centralized or decentralized solution for a European system of *copyright* protection. » ; R.-M. HILTY, « Intellectual property and the European Community's Internal Market Legislation-Copyright in the Internal Market», *IIC*, 2004, p. 760 s. et not. p. 768, sur l'inefficacité d'un acquis sectoriel à relever le défi d'établissement et du bon fonctionnement du marché intérieur ; M. VIVANT, T. SUEUR *et alii*., « Une Europe de la propriété industrielle ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, entretien 1, pour qui « il serait assez cohérent que la propriété industrielle fasse l'objet d'une politique européenne globale, réfléchie et organisée. »

[1917] Comp. P. TREFIGNY, « Les contrats d'exploitation », *JCP Cahiers de Droit de l'entreprise*, n°42, Dossier « Propriétés intellectuelles ; unité ou diversité ?, 2004, p.16 et s. et not. p. 20 : « Imaginons, serait-ce que par souci de simplicité d'apaisement, un régime harmonisé, une mélodie… » ; M.-E. LAPORTE, « Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle », *JCP, éd. G* 1991, I, 3540, p. 371 et s. et not. p. 375 : « L'unification de cette matière en assurerait la simplification mais aussi la clarification car reposant sur un respect des qualifications contractuelles séculaires. » ; P. SIRINELLI, « Brèves observations sur le « raisonnable » en droit d'auteur », *in* Mélanges en l'honneur de André Françon, Dalloz, 1995, p. 397 s. et not. pp. 411-412 : « Dans un droit « éclaté » aux sources multiples et aux nombreux régimes spéciaux, le besoin de (re)construction et de présentation claire est grand. »

[1918] En ce sens N. ERESEO, *Exclusivité contractuelle*, Litec, 2008, n° 127, p. 81 : « Les auteurs qui sont favorables à la transposition de la distinction entre cession et licence ont en commun de relativiser la spécificité du droit d'auteur et des droits voisins par rapport aux autres droit de propriété intellectuelle ; cette vision unitaire de l'immatériel appelant une même vision unitaire au plan contractuel. […] Une telle vision unitaire du droit de la propriété intellectuelle est d'ailleurs favorisée par l'irruption du logiciel dans la sphère du droit d'auteur et par la réglementation communautaire qui tend au gré des reformes à supprimer les frontières qui pouvaient exister entre la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle. » ; J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., p. 103 : « It is therefore important to ensure a sufficient degree of consistency and harmony between the regulations applying to the different types of intellectual property rights with respect to the conditions and the consequences of the breach of intellectual property license agreements within Europe. » et *ibid*. p. 108 : « This case shows that it would appear appropriate to adopt a European wide solution which shall apply equally to all types of intellectual property rights. » ; J. de WERRA, « An essential Brick in the Building of European Copyright *:* Regulation of *Copyright* Transactions », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law* : *challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 259 s. et not. p. 273 s.

Certes, l'unité du droit de la propriété intellectuelle ne fait pas forcément sa cohérence ou sa lisibilité. Voir sur ce point, Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 62 : « Les problèmes posés concernent également les éventuels cumuls de protections sur un même objet concret et la capacité à faire cohabiter une pluralité de formes de protection, ainsi que la nécessité éventuelle de remettre en cause les classifications établies et de reconfigurer des frontières entre les différents types de droits. Poser de telles questions revient à dire que, *le cas échéant, l'unité du droit de la propriété intellectuelle ne fait pas forcément sa cohérence ou sa lisibilité*. » Comp. A. GIRARDET, « Articuler les droits de propriété intellectuelle sans les confondre ou la difficile recherche des frontières », *in* J.-M. BRUGUIERE (sous dir. de), *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, Dalloz, 2011, p. 115 et s. not p. 120, étant en faveur d'une harmonisation du régime des exceptions en droit de propriété intellectuelle.

§2.- L'argument systématique : La reconnaissance de l'unité systématique du droit de la propriété intellectuelle en droit positif.

377.- L'approche convergente du droit de la propriété intellectuelle. Selon l'approche moderne du droit de la propriété intellectuelle, les différents types de droits, malgré leurs traits particuliers, tendent à s'estomper en une catégorie unique des biens spéciaux, à savoir, les droits de la propriété intellectuelle[1919], dont le noyau repose sur l'existence d'un droit exclusif portant sur un objet immatériel issu de l'intellect humain[1920]. Cette approche unitaire ou convergente[1921] de la propriété intellectuelle a trouvé sa reconnaissance officielle en droit positif. La reconnaissance de l'unité systématique du droit de la propriété intellectuelle constitue un argument supplémentaire pour l'abandon du paradigme sectoriel au profit d'une (re)construction horizontale du droit des contrats d'exploitation. Il est certes à noter que l'approche unitaire du droit de la propriété intellectuelle est liée à la reconnaissance de l'autonomie systématique dudit domaine[1922]. En vérité, les matières « isolées » extérieurement du reste du droit se caractérisent par un rapprochement intérieur des éléments qui les composent[1923].

[1919] V. Ch. GEIGER, E. PY, *La législation communautaire en matière de propriété intellectuelle et le rôle du parlement européen*, étude synthétique, Strasbourg, mai 2009. Disponible sur : <www.ceipi.edu>, p. 1 : « [i]l existe de plus en plus de passerelles et de recoupements entre les différents types de droits [de propriété intellectuelle], de sorte que les frontières tendent à s'estomper au profit d'une catégorie commune ».

[1920] Sur ce point voir, d'un point de vue français, J.-Ch. GALLOUX, « Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ? », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, p. 199 et s. et not. p. 215, pour qui les caractères essentiels d'un droit de propriété intellectuelle sont une propriété portant sur un objet immatériel issu de l'intelligence humaine ; d'un point de vue grec, Th. CHIOU, « Le terme « propriété intellectuelle » et son intégration au sein du système juridique grec », *DiMEE*, 2/2011, p. 174 s. ; d'un point de vue britannique M. SPENCE, *Intellectual Property*, Oxford University Press, 2007, p. 12 s. D'un point de vue européen, v. A. PEUKERT, v° « Intellectual Property » *in* J. BASEDOW, K.HOPT, R. ZIMMERMANN (sous dir. de), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press, 2012, p. 926 s. : « [Intellectual Property] basically express the notion that there is an exclusive right to an incorporeal good (eg. a musical composition, a technical invention or a sign). »

[1921] Comp. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2010, n° 1, p. 15= N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n°1, p. 19 : « Une approche convergente est très rarement envisagée. Les signes de la pertinence d'une telle approche se multiplient pourtant. »

[1922] Voir *infra* n° 377 *sq.* Notons que « la définition des matières, en droit, n'est pas un absolu, mais un simple outil d'appréhension et de compréhension », V.–L. BENABOU, V. VARET (sous dir. de A. FRANÇON), *La codification de la propriété intellectuelle : étude critique et prospective*. Mission de recherche droit et justice, Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, La Documentation française, 1998, n° 200.

[1923] Certains préfèrent l'utilisation de l'expression « éléments d'unité « externes » » et « éléments d'unité « internes » » (F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n°s 55 et 56, p. 29 et s. Toutefois, c'est toujours la logique d'isolement extérieure et de rapprochement intérieur qui est utilisée. Rappr. J. RAYNARD, « Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », *in* Mélanges offerts à J.-J. Burst, Litec, 1997, p. 529 et s., not. p. 530, commentant la codification française : « Mais, au-delà, la forme découvre le fond et on ne peut ignorer le fait que la codification exprime l'existence d'une matière, d'une discipline et finalement une identité certaine du corps de règles rassemblées. » Certes, on se demande toujours si c'est la consécration de l'autonomie d'une branche qui permet le traitement systématique et donc, transversal, de son contenu ou, bien, de manière inverse, si c'est le caractère homogène de certains éléments, qui légitime leur regroupement autour d'une catégorie commune, et donc, la reconnaissance

378.- La reconnaissance de l'unité systématique du droit de la propriété intellectuelle est faite tant au niveau national (A) que supranational (B).

A.- Niveau national.

379.- Les signes de la pertinence d'une approche convergente du droit de la propriété intellectuelle se multiplient, comme le démontre l'examen des droits nationaux retenus[1924], ou la reconnaissance de l'unité systématique du droit de la propriété intellectuelle qui devient de plus en plus explicite.

- ***En droit grec[1925].***

380.- En droit grec, la matière du droit de la propriété intellectuelle est traditionnellement divisée en deux grandes catégories, à savoir la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle[1926]. Cette *summa divisio* apparaît également tant en doctrine[1927] que dans l'organisation de l'enseignement universitaire, des professions juridiques et de l'administration publique[1928]. Cependant, les signes qui démontrent l'orientation vers l'approche convergente du droit de la propriété intellectuelle se multiplient. D'emblée, l'unité systématique de la matière est reconnue par

---

officielle de l'autonomie.Rappr. la fonction de la tâche de codification qui détermine quelles sont les « matières qui sont à la fois rapprochées et isolées du reste du droit » : V.–L. BENABOU, V. VARET (sous dir. de A. FRANÇON), *La codification de la propriété intellectuelle : étude critique et prospective*. Mission de recherche droit et justice, Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, La Documentation française, 1998, n° 115.

[1924] Comp. aussi la systématisation de la matière en droit russe, V. SIMONENKO, « La propriété intellectuelle en Russie à la lumière de la codification entreprise », *Communication Commerce Électronique*, n° 5, mai 2009, étude 12.

[1925] Pour l'ensemble de la question v. Th. CHIOU, « Le terme « propriété intellectuelle » et son intégration au sein du système juridique grec », *DiMEE*, 2/2011, p. 174 s.

[1926] La matière reste tiraillée entre le droit civil, pour le droit d'auteur, et le droit commercial, pour la propriété industrielle C'est par ailleurs pour cette raison que les spécialistes du droit d'auteur sont considérés plutôt pour des civilistes alors que ceux du droit de la propriété intellectuelle se rattachent aux juristes du droit commercial. Mais, finalement, le droit commercial est-il une discipline autonome par rapport au droit civil ? Sur cette problématique voir par exemple F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial- et retour », *in Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 925 et s. et not. p. 926, citant Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. I, 10e éd. Economica, 1998, n° 15. Rappr. F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 51, p. 27 pour la situation en France avant la codification du droit de la propriété intellectuelle. *Adde* Ch. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP, Cahiers de Droit de l'entreprise*, n° 42, 2004, p. 5, parlant de la « classification, de plus en plus désuète, qui oppose la propriété littéraire et artistique (qui relèverait du droit civil) à la propriété industrielle (qui relève du droit commercial […]) ».

[1927] Il est significatif que le seul ouvrage traitant de la matière du droit grec de la propriété intellectuelle dans son ensemble soit destiné aux juristes étrangers, v. Th. LIAKOPOULOS, *Intellectual Property law in Greece*, Kluwer/Sakkoulas, 1999. *Adde* E. STAMATOUDI, *Droit communautaire de la concurrence et propriété intellectuelle*, Nomiki Vivliothiki, 2006, not. p. 31 et s. V. aussi G. KOUMANTOS, « Propriété intellectuelle », *Elldni*, n° 35, 1994, p. 1464 ; Th. LIAKOPOULOS, « Vers le droit des biens immatériels », *NomEpith*., tom. 21, 1995, p. 5= *idem*, *Questions du droit commercial*, vol. III, Sakkoulas, 1996, p. 1 et s. ; E. STAMATOUDI, *Droit communautaire de la concurrence et propriété intellectuelle*, Nomiki Vivliothiki, 2006 ; K. CHRISTODOULOU, « Remarques sur la théorie générale des biens immatériels », *DiMEE*, 2/ 2007, p. 180.

[1928] Les difficultés au niveau administratif et ministériel apparues au cours de la transposition de la Directive horizontale 2004/48 ont mené à l'integration sporadique de la Directive au sein de l'ordre juridique grec, à travers de l'adoption de plusieurs lois sectorielles. Sur ce point v. G. KOUMANTOS, « Des idées législatives concernant le droit d'auteur », *in Mémoire Th. Liakopoulos*, Sakkoulas 2010, p. 395 et s. et not. p. 396.

l'article 8 par. 18 de la loi n° 2557/1997[1929]. Selon cette disposition, le vocable de « dhianoïtiki idhioktissia- [*διανοητική ιδιοκτησία*] » constitue l'équivalent du terme international « propriété intellectuelle »[1930] et couvre à la fois la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle[1931]. De même, la reconnaissance de l'unité systématique du droit de la propriété intellectuelle est également introduite en droit grec par la ratification tant de la Convention de Stockholm du 4 juillet 1967 instituant l'OMPI (loi n° 100/1975) que du traité ADPIC (loi n° 2290/1995)[1932]. De manière similaire, l'unité systématique du droit de la propriété intellectuelle a été soulignée de manière indirecte par l'exposé des motifs de la loi n° 3966/2011, qui transposait la Directive (horizontale) 48/2004 en matière de brevets d'invention[1933], en faisant référence à la disposition de l'article 18 par. 8 de la loi 2557/1997 et aux raisons pour lesquelles la transposition fragmentée a été finalement choisie[1934]. En doctrine, l'approche unifiée du droit de la propriété intellectuelle d'un point de vue systématique a été exprimée par la recherche autour d'une théorie générale dans cette matière[1935]. Il est aussi significatif qu'en doctrine, la méthode de l'analogie est très souvent employée, afin de

---

[1929] FEK 271/A du 24.12.1997.

[1930] En réalité, ce terme constitue la traduction exacte du terme « *Intellectual Property* », « Propriété intellectuelle » ou « *Geistiges Eigentum* ». Il faut cependant noter qu'une partie de la doctrine utilise encore le terme « droit des biens immatériels [*δίκαιο άυλων αγαθών*] » au lieu du terme légal, probablement sous l'influence du terme allemand « *Immaterialguterrecht* ».

[1931] Par ailleurs, certains considèrent que l'article 60 du Code civil grec constitue la « matrice » du droit spécial de la propriété intellectuelle : « Toute personne qui se voit être attaquée de manière illégale sur son droit exclusif portant sur ses œuvres de l'intelligence […] ». V. en ce sens, Th. LIAKOPOULOS, *Intellectual Property law in Greece*, Kluwer/Sakkoulas, 1999, p. 24 : « Article 60 refers, in general, to intellectual property rights » ; Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 4, déjà G. BALIS, *Principes généraux du droit civil*, 1961, p. 81 ; plus réticent, M.-Th. MARINOS, « Le principe numerus clausus en droit des biens immatériels- influence sur la nature juridique de la licence d'utilisation de marque », *in* Anniversaire Ap. Georgiadis, Tom. II, Sakkoulas, 2006, p. 1575 et s. et not. note n° 3. *Contra* I. KARAKOSTAS, « Article 60 » *in Code civil* : *Principes Généraux (Articles 127-286)*, Nomiki Vivliothiki, 2006, p. 361 et s. et not. pp. 363-364, pour qui le droit portant sur les créations intellectuelles se réduit au seul droit d'auteur. Comp. l'expression « propriété des œuvres de l'intelligence », utilisée en France en 19e siècle, sur ce point J.-Ch. GALLOUX, « Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ? », préc., p. 202 et note n° 29.

[1932] FEK A 28/9.2.1995. Pour un commentaire, v. not. K. STEFANOU, « Le nouveau cadre réglementaire des droits de propriété intellectuelle », *EEmpD*, 2001, p. 199 et s. ; Ch. APOSTOLOPOULOS, « L'abus anti-concurrentiel des droits de propriété intellectuelle sous le prisme de l'ADPIC », *ChrID*, 2008, p. 667 et s. Rappr. L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 5e éd. 2010, n° 38, p. 30, pour qui l'intégration du droit d'auteur et de la propriété industrielle au sein d'une branche de droit unique se reflète par leur protection parallèle par le droit communautaire et international. *Adde* A. PEUKERT, v° « Intellectual Property » *in* J. BASEDOW, K.HOPT, R. ZIMMERMANN (sous dir. de), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press, 2012, p. 926 s. et not. p. 927 : « The outstanding importance that the term « intellectual property » enjoys today is therefore not based on its général recognition within the European legal systems. It is rather a result of a top-down development from international law that has taken place over the last few years. » Ajoutons qu'au sein de la loi ratifiant l'accord ADPIC, les droits de propriété intellectuelle sont traduits comme « droit d'auteur » [il est utilisé le terme pnevmatiki idhioktissia (*πνευματική ιδιοκτησία*) au lieu de « dhianoïtiki idhioktissia »], v. D. KALLINIKOU, *Législation du droit d'auteur et des droits voisins*, 2e éd., Sakkoulas, 2007, p. 211 ; Th. CHIOU, « Le terme « propriété intellectuelle » et son intégration au sein de l'ordre juridique grec », art. *cit.*, p. 178, note n° 39. *Cf.* le terme « propriété des œuvres de l'intelligence », utilisé par la loi n° 100/1975, ratifiant la Convention de Stockholm du 1967 qui a établi l'OMPI.

[1933] FEK A/118, 24 mai 2011, p. 15, disponible sur : <www.hellenicparliament.gr/UserFiles/2f026f42-950c-4efc-b950-340c4fb76a24/u-diofa-eis.pdf>.

[1934] Rappr. M.-Th. MARINOS, « La Directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle. Choix législatifs basiques et problèmes d'interprétation pour le Législateur national, *EllDni*, 2009, p. 1 et s. et not. p. 4 ; G. KOUMANTOS, « Des idées législatives concernant le droit d'auteur », in *Mémoire Th. Liakopoulos*, Sakkoulas 2010, p. 395 et s. et not. p. 396.

[1935] V. sur ce point K. CHRISTODOULOU, « Remarques sur la théorie générale des biens immatériels », *DiMEE*, 2/ 2007, p. 180 s.

combler les lacunes de la législation en matière de propriété industrielle[1936]. Selon M. Marinos, « l'application par analogie est possible lorsque les trois catégories des biens immatériels ont une structure identique[1937] ». Par ailleurs, la Directive 2004/48/CE a eu une impulsion forte sur l'adoption de l'approche unitaire de la matière de propriété intellectuelle tant en doctrine[1938] qu'en jurisprudence[1939] grecques.

- ***En droit français.***

381.- L'unité systématique du droit de la propriété intellectuelle a été reconnue officiellement par l'adoption du Code de la propriété intellectuelle en 1992[1940]. Il est certain que « la codification exprime l'existence d'une matière, d'une discipline et finalement une identité certaine du corps de

---

[1936] Voir expressément M.-Th. MARINOS, « Le principe numerus clausus en droit des biens immatériels- influence sur la nature juridique de la licence d'utilisation de marque », *in* Anniversaire Ap. Georgiadis, Tom. II, Sakkoulas, 2006, p. 1575 et s. et not. pp. 1602-1603 ; M.-Th. MARINOS, « Quelques remarques autour de la nature juridique de la licence exclusive de marque », *EllDni*, 2006, p. 327 et s. et not. p. 339, à propos de l'application par analogie de la thèse de la nature *in rem* du droit du licencié exclusif qui prévaut en droit d'auteur et en droit des brevets en droit des marques ; M.-Th. MARINOS, « Le principe numerus clausus en droit des biens immatériels- influence sur la nature juridique de la licence d'utilisation de marque », *in* Anniversaire Ap. Georgiadis, Tom. II, Sakkoulas, 2006, p. 1575 et s. et not. pp. 1600-1601 ; M.-Th. MARINOS, « La délimitation contractuelle des prérogatives en droit des marques- en même temps quelques remarques sur l'interprétation de la licence d'utilisation d'une marque », *DEE*, 6/2005, p. 660 et s. et not. p. 662, à propos de l'effet *erga omnes de la divisibilité du droit d'auteur* ; L. KOTSIRIS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 5e éd. 2010, n° 38, p. 30. *Cf.* Ch. APOSTOLOPOULOS, « La Directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle et la loi n° 3524/2007 relatif à sa transposition en droit grec, *ChrID*, 2008, p. 179 et not. p. 180.

[1937] M.-Th. MARINOS, « Quelques remarques autour de la nature juridique de la licence exclusive de marque », *EllDni*, 2006, p. 327 et s. et not. p. 340.

[1938] Sur ce point v. M.-Th. MARINOS, « Questions d'indemnisation résultant de l'infraction des droits de propriété intellectuelle selon la Directive 2004/48-contribution à l'interprétation de l'article 13 de la Directive et en même temps de l'article 65 par. 2 de la loi n° 2121/1993, *ChrID*, 2010, p. 599 et s. ; M.-Th. MARINOS, « La Directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle. Choix législatifs basiques et problèmes d'interprétation pour le Législateur national, *EllDni*, 2009, p. 1 ; M.-Th. MARINOS, « Demandes d'indemnisation à cause d'atteinte au droits de propriété intellectuelle selon la Directive 2004/48-vers un droit spécial « d'action préventive » de responsabilité civile ?, *NoV.*, 2009, p. 2029 ; K. RIGAS, « L'impact de la Directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle aux règles du Code de la procédure civile concernant l'imposition des frais judiciaires, *EfAstDik*, 2010, p. 784 et s. ; Ch. APOSTOLOPOULOS, « La Directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle et la loi n° 3524/2007 relatif à sa transposition en droit grec, *ChrID*, 2008, p. 179 ; P. KORIATOPOULOU-AGGELI, « La Directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle : brève présentation, *DiMEE*, 2005, p. 191. *Adde* D. ANASTASOPOULOS, G. MICHAILOPOULOS, *Contrats du commerce moderne*, Sakkoulas, 2011, p. 3 et s. ; Th. CHIOU « Le terme « propriété intellectuelle » et son intégration au sein du système juridique grec », *DiMEE*, 2/2011, p. 174 s. Pour une analyse de la Directive focalisée sur le droit d'auteur, v. D. KALLINIKOU, « La Directive 2004/48 pour le respect des droits de propriété intellectuelle », *in* M. STATHOPOULOS, K. MPEIS, F. DORIS, I. KARAKOSTAS, *Anniversaire pour Apostolos S. Georgiadis*, Tome I, Sakkoulas, 2006, p. 279 et s.

[1939] Pol.Prot.Ath., 8466/2009, Banque des Données juridiques, disponible sur : <www.dsanet.gr> ; PProtAth. 3613/2010, *ChrID*, 2011, p. 218.

[1940] Nous pouvons aussi mentionner l'adoption d'autres lois touchant l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, telle que par exemple, la loi du 29 octobre 2007 sur la lutte contre la contrefaçon, JO n° 252, du 30 octobre 2007, p. 17775. Sur ce point v. notamment P. De CANDE, G. MARCHAIS, « La loi n° 2007-1549 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon : une harmonisation bienvenue des moyens de lutte contre la contrefaçon », *Propr. Intell.* n° 26, janvier 2008, p. 52 s. *Cf.* J.-M. BRUGUIERE, « Propos Introductifs », *in* J.-M. BRUGUIERE (sous dir. de), *La propriété intellectuelle entre autres droits*, Colloque du CUERPI, 19 novembre 2008, Grenoble, Dalloz, 2009, p. 1 et s. et not. p. 4 : « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon étend ainsi aux indications géographiques, et au droit *sui generis* des producteurs de bases de données, les mesures de saisie contrefaçon. La conclusion de ce syllogisme pourrait donc être de dire que le droit *sui generis* des producteurs de bases de données et le droit des indications géographiques sont des droits de Propriété Intellectuelle. La réalité est en fait plus complexe, ne serait-ce que l'approche communautaire (celle de la directive de 2004 transposée) est souvent plus large. »

règles rassemblées. »[1941] Certes, le caractère à droit constant de la codification française du droit de la propriété intellectuelle (1992) a pu être jugé inapproprié[1942], car il « a empêché la création de dispositions communes à plusieurs branches de la propriété intellectuelle »[1943]. En pratique, « le codificateur, non lié par la règle du droit constant, aurait certainement pu dégager des principes communs à l'ensemble de la propriété intellectuelle »[1944]. De même, l'unité systématique de la matière a été récemment soulignée au niveau législatif[1945] à travers l'adoption des nouvelles règles relatives à l'arbitrage des litiges de propriété intellectuelle[1946] ainsi que des règles destinées à renforcer la lutte contre la contrefaçon[1947]. L'unité de la matière de propriété intellectuelle est également généralement affirmée en doctrine[1948] et se reflète également au niveau de l'enseignement supérieur[1949].

[1941] J. RAYNARD, « Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », *in* Mélanges offerts à J.-J. Burst, Litec, 1997, p. 529 et s., not. p. 530. *Cf.* V.–L. BENABOU, V. VARET (sous dir. de A. FRANÇON), *La codification de la propriété intellectuelle : étude critique et prospective*. Mission de recherche droit et justice, Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, La Documentation française, 1998, n° 115, pour qui la tache de codification qui détermine quelles sont les « matières qui sont à la fois rapprochées et isolées du reste du droit ». Par ailleurs, pour certains, la codification de la matière ne conduit pas seulement à l'approche unifiée de la matière mais elle y contraint. V. en ce sens, F. COLLART-DUTILLEUL, « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », art. *cit.*, n° 3.

[1942] V.–L. BENABOU, V. VARET (sous dir. de A. FRANÇON), *La codification de la propriété intellectuelle : étude critique et prospective*. Mission de recherche droit et justice, Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, La Documentation française, 1998, p. 76, note n° 80, citant les propos de M. Rocard lors du discours prononcé en 7 novembre 1989 : « […] On devrait douter de la pertinence de tout code qui ne s'ouvrirait pas par des dispositions générales d'application large et constante. » ; *ibid. eod loc.* p. 75, note n° 77, citant les propos du Rapporteur J. Thyraud, qui a regretté que le droit constant n'ait pas permis d'aller au-delà de la juxtaposition de textes parfois similaires et ainsi d'opérer un rapprochement, voire une synthèse des règles prévues dans certains domaines (J. Thyraud, rapport, Doc. Sénat n° 335, en date du 13 mai 1992) ; V.–L. BENABOU, V. VARET (sous dir. de A. FRANÇON), *La codification de la propriété intellectuelle : étude critique et prospective*. Mission de recherche droit et justice, Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, La Documentation française, 1998, n° 87, p. 79 et n° 85, p. 76 : « [Il est regrettable que] la codification n'ait pas été l'occasion de briser quelques barrières, afin de faire ressortir à la fois la parenté et les singularités des différentes droits de propriété intellectuelle » et de « dégager des principes communs à l'ensemble de la propriété intellectuelle [ce qui constituerait] une étape supplémentaire, significative et heureuse, dans le développement de cette branche du droit. » *Cf.* également la structure du Code civil annotée par M. VIVANT et J.-L. BILLON, Litec Paris 1996, divisé en deux parties : « Propriétés intellectuelles en général » et « propriétés intellectuelles considérées branche par branche ».

[1943] V.–L. BENABOU, V. VARET (sous dir. de A. FRANÇON), *La codification de la propriété intellectuelle : étude critique et prospective*. Mission de recherche droit et justice, Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, La Documentation française, 1998, n° 85, p. 75, note n° 74.

[1944] V.–L. BENABOU, V. VARET (sous dir. de A. FRANÇON), *La codification de la propriété intellectuelle : étude critique et prospective*. Mission de recherche droit et justice, Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, La Documentation française, 1998, p. 76.

[1945] Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

[1946] Sur ce point v. J. De WERRA, « Arbitrage et propriété intellectuelle : (aussi) une question contractuelle », *Propr. Intell.*, janvier 2013, n° 46, p. 24 s. et not. p. 24 : « Comme le montrent les règles récemment adoptées en droit français qui ont pour objectif de préciser que « l'arbitrage est possible dans tous les types de litiges de propriété intellectuelle […] ».

[1947] Loi n° 2014-315 du 11 mars 2014, Journal Officiel 12 Mars 2014. Pour un commentaire v. à titre indicatif N. BINCTIN, « La loi renforçant la lutte contre la contrefaçon », *JCP G*, 14, 7 avril 2014, p. 416.

[1948] Déjà, M. VIVANT, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in Mélanges à l'honneur d'André Françon, Dalloz, 1995, p. 415 s. ; J. RAYNARD, « Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », in Mélanges offerts à J.-J. Burst, Litec, 1997, p. 529 et s. ; S. ALMA-DELETTRE, *Unité ou pluralité de la Propriété Intellectuelle ?*, thèse, Montpellier, 1999. V. déjà J. DABIN, « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », *Rev. Crit.*, 1939 ainsi que G. BONET, « Propriétés Intellectuelles », *RTD Eur.*, 1981, p. 97. A l'heure actuelle l'approche unifiée du droit de la propriété intellectuelle est de plus en plus populaire en doctrine française, v. à titre indicatif Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010 ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété*

- ***En droit allemand.***

382.- L'approche unifiée du droit de la propriété intellectuelle devient de plus en plus populaire en Allemagne. Il est significatif qu'un projet doctrinal d'élaboration d'un « Code » allemand de la propriété intellectuelle ait vu le jour[1950]. Il est également remarquable que la structure proposée se fonde sur une approche transversale de la matière de la propriété intellectuelle[1951], afin de surmonter la fragmentation qui caractérise le cadre juridique actuel[1952].

- ***En droit britannique.***

383.- Même si le droit de la propriété intellectuelle en droit britannique est régi par des lois éparses, la pertinence de l'approche unifiée de la propriété intellectuelle n'a jamais été sérieusement contestée. L'approche moins dogmatique et plus pragmatique du droit britannique en droit d'auteur a sans doute rendu l'approche unifiée de la matière de la propriété intellectuelle beaucoup plus

---

intellectuelle, LGDJ, 2010 ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012. Par ailleurs, parfois c'est l'expression « propriétés intellectuelles » qui est utilisée, v. par exemple, J.-M. BRUGUIERE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, 2011 ; déjà G. BONET, « Propriétés Intellectuelles », *RTD Eur.*, 1981, p. 97. Comp. le titre de la revue de l'IRPI « Propriétés intellectuelles ». Ajoutons que la nouvelle édition de l'ouvrage « Propriété industrielle » de M. Pollaud-Dulian, (*Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010) consacre une « introduction générale au droit de la propriété intellectuelle », domaine de droit dont le droit de la propriété industrielle constitue un élément. Nous pourrions aussi citer, à titre indicatif, les colloques suivants : CUERPI, Propriétés intellectuelles : Unité ou diversité, *JCP Cahiers de Droit de l'entreprise* n°42, 2004 ; J.-M. BRUGUIERE, N. MALLET-POUJOL (sous dir. de), *Propriété Intellectuelle et droit commun*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007 ; J.-M BRUGUIERE (sous dir. de), *La propriété intellectuelle entre autres droits*, Colloque du CUERPI, 19 novembre 2008, Grenoble, série Thèmes et commentaires, La propriété intellectuelle autrement, Dalloz, 2009 ; J.-M BRUGUIERE (sous dir. de), *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, actes du colloque du 19 novembre 2010, organisé à l'Université Pierre Mendès France de Grenoble, Dalloz, 2011. Des manuels : P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle : propriété littéraire et artistique, propriété industrielle, droit international*, préface de M. le Professeur Christophe Caron, 2e éd., Gualino, 2007 ; J.-L. PIOTRAUT, *Droit de la Propriété Intellectuelle*, Ellipses, 2e éd., 2010 ; Ch. ALLEAUME, *Propriété intellectuelle : cours et travaux dirigés*, Montchrestien, 2010 ; et notamment J.-M. BRUGUIERE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, 2005 avec une deuxième édition en 2011 au sein de laquelle la structure de la matière se base sur une approche unifiée non seulement systématique mais aussi substantielle N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2010 et N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, qui divise la matière de l'ouvrage en éléments commun et éléments spécifiques des propriétés intellectuelles ; G. BLANC-JOUVAN, *Droit de la propriété intellectuelle*, Vuibert, 2011. Par ailleurs, des ouvrages spéciaux, qui traitent différentes questions du droit de la propriété intellectuelle de manière unifiée. V. par exemple, B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006.

[1949] Pour ne citer qu'un exemple assez significatif sur ce point, depuis 2008, le CEIPI a modifié son intitulé. Le terme « industrielle » a été remplacé par le terme « intellectuelle ». V. le communiqué de presse y afférent, disponible sur : <www.ceipi.edu>.

[1950] H.-J. AHRENS, M.-R. McGUIRE, *Modellgesetz für Geistiges Eigentum. Normtext und Begründung*, Sellier, 2012, cité aussi par A. OHLY, « The quest for Common Principles of European Intellectual Property Law- Useful, Futile, Dnagerous ? » *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 3 et s., p. 5, note n° 15 ; H.-J. AHRENS, « Brauchen wir einen Allgemeinen Teil der Rechte des Geistigen Eigentums ?, *GRUR*, 2006, p. 617 et s.

[1951] Voir le 1er livre du Code proposé, H.-J. AHRENS, M.-R. McGUIRE, *Model Law on Intellectual Property. A proposal for German Law Reform- Abbreviated English version*, Sellier, 2013, p. 28 et 35 s.

[1952] Voir H.-J. AHRENS, M.-R. McGUIRE, *Model Law on Intellectual Property. A proposal for German Law Reform- Abbreviated English version*, Sellier, 2013, p. 15 s.

aisée. Par ailleurs, « les auteurs anglo-saxons, économistes comme juristes, ont pris l'habitude d'une présentation unitaire de la matière » de la propriété intellectuelle[1953].

B.- Niveau supranational.

384.- La reconnaissance de l'unité systématique du droit de la propriété intellectuelle au niveau européen. La reconnaissance de l'unité systématique du droit de la propriété intellectuelle devient de plus en plus explicite au niveau européen. Plus précisément, malgré l'existence d'un acquis essentiellement catégoriel en matière de propriété intellectuelle[1954], plusieurs instruments législatifs européens à portée transversale ont pu voir le jour. Au-delà des textes européens relatifs aux aspects concurrentiels des contrats d'exploitation[1955], nous pouvons d'emblée mentionner le Règlement (CE) n° 1383/2003, du Conseil du 22 juillet 2003 concernant l'intervention des autorités douanières à l'égard des marchandises soupçonnées de porter atteinte à certains droits de propriété intellectuelle ainsi que les mesures à prendre à l'égard des marchandises portant atteinte à certains droits de propriété intellectuelle[1956], déjà abrogé par Règlement (UE) n° 608/2013 du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 concernant le contrôle, par les autorités douanières, du respect des droits de propriété intellectuelle[1957] et la Directive 2004/48/CE du Parlement Européen et du conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle[1958]. De même, le Règlement « Rome II » du 11 juillet 2007, traite de manière unifiée la loi applicable aux obligations non contractuelles[1959] (considérant n° 26 et art. 8). Par ailleurs, l'approche unifiée du droit de la propriété intellectuelle est aussi reconnue de manière implicite et encouragée au sein du

---

[1953] N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 1, p. 19. De manière indirecte, Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 20, note n° 26.

[1954] Pour une vue d'ensemble, v. Ch. GEIGER, E. PY, *La législation communautaire en matière de propriété intellectuelle et le rôle du parlement européen*, étude synthétique, Strasbourg, mai 2009. Disponible sur : <www.ceipi.edu>, *passim* ; R. ARNOLD, « An Overview of European Harmonization Measures in Intellectual Property Law » *in* A. OHLY, J. PILA, *The Europeanization of Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2013, p. 25 s.

[1955] Voir *supra* n° 128 *sq*. *Adde* N. ERESEO, *Exclusivité contractuelle*, Litec, 2008, n° 127, p. 81 pour qui la vision unitaire est favorisée par « la réglementation communautaire qui tend au gré des réformes à supprimer les frontières qui pouvaient exister entre la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle. »

[1956] JO L 196 du 2.8.2003, p. 7.

[1957] JO UE L. 181 du 29.06.2013, p. 15. Sur ce point voir N. BINCTIN, « Le nouveau règlement européen de défense des droits de la propriété intellectuelle par saisie douanière », *Propriété industrielle*, 2014, n° 1, pp. 12-18 ; S. D. LONG, « Legislative Comment Regulation 5129/2013 : the protection it offers intellectual property right holders », *EIPR*, 2014, 36(12), pp. 785-789.

[1958] JO L 195 du 2.6.2004, p. 16. *Cf.* A. PEUKERT, v° « Intellectual Property » *in* J. BASEDOW, K.HOPT, R. ZIMMERMANN (sous dir. de), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press, 2012, p. 926 et s. et not. p. 928 : « In secondary Union law, the change of paradigm from the sectoral to the horizontal approach took place with the Enforcement Directive 2004/48. »

[1959] JO L 199/40 du 31/07/2007.

traité de Lisbonne[1960]. En outre, au-delà de l'acquis contraignant, plusieurs textes préparatoires privilégient l'approche unitaire du droit de la propriété intellectuelle. Par exemple, dans le cadre de la « stratégie dans le domaine des droits de propriété industrielle pour l'Europe », il est affirmé que « traditionnellement, la propriété intellectuelle englobe deux grandes catégories de droits : la propriété industrielle et le droit d'auteur. »[1961] De même, la stratégie de la Commission du 24 mai 2011 prévoit un nombre important d'actions de nature transversale[1962], même si nous ne méconnaissons pas la proposition des mesures à portée sectorielle, comme par exemple celle pour un code européen de droit d'auteur[1963]. Par ailleurs, les autorités de l'Union ont confié à l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur des missions dont l'objet touche l'ensemble de la matière de la propriété intellectuelle[1964]. En somme, l'existence d'une tendance de traitement unitaire du

---

[1960] V. not. l'article 229 A où la phrase « titres communautaires de propriété industrielle» a été remplacée par la phrase « titres européens de propriété intellectuelle». Sur ce point v. V. SCORDAMAGLIA, « Les dispositions relatives à la propriété intellectuelle dans le Traité de Lisbonne », *Propriété industrielle*, numéro 3, 01/03/2010, p. 2-5 ; Ch. GEIGER, E. PY, *La législation communautaire en matière de propriété intellectuelle et le rôle du parlement européen*, étude synthétique, Strasbourg, mai 2009. Disponible sur : <www.ceipi.edu>, not. p. 5 ; Ch. GEIGER, « Intellectual « Property » after the Treaty of Lisbon : Towards a Different Approach in the New European Legal Order », *EIPR*, n° 6, 2010, p. 255. *Cf.* N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 1, p. 20, se référant à l'article 97bis TFUE.

[1961] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, Une stratégie dans le domaine des droits de propriété industrielle pour l'Europe, Bruxelles, le 16.7.2008, COM(2008) 465 final, p. 2.

[1962] Selon l'annexe de la Communication de la Commission, les actions envisagées de portée transversale sont les suivantes : Instrument de valorisation des DPI ; Dispositions juridiques complétant les DPI ; Observatoire européen de la contrefaçon et du piratage ; Réexamen de la directive relative au respect des DPI ; Remplacement du règlement concernant l'intervention des autorités douanières à l'égard de marchandises soupçonnées de porter atteinte à certains droits de propriété intellectuelle ; Mesures volontaires des parties concernées en matière d'atteintes aux DPI ; Réexamen de la stratégie de la Commission de 2004 pour la protection des DPI dans les pays tiers.

[1963] La proposition pour un Code européen du droit d'auteur, global et unitaire a été officiellement lancée pour la première fois au sein du Livre Vert sur la distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne - Vers un marché unique du numérique : possibilités et obstacles, COM (2011) 427 final, p. 14. Sur l'ensemble de la question et références plus détaillés, v. par exemple M. FICSOR, « An Imaginary « European Copyright Code » and EU copyright policy », 20th Annual Intellectual Property Law & Policy Conference, Fordham University School of Law, 12-13 avril 2012, disponible sur : <http://fordhamipconference.com/wp-content/uploads/2010/08/Ficsor.EUCopyCode.pdf>, p. 6 s. Déjà F. GOTZEN, « Panel 1 : Les différentes possibilités de gestion du droit d'auteur : Gestion collective du droit d'auteur et octroi de licences communautaires. La législation sur le droit d'auteur et la concurrence revisitée », Conférence « Droit d'auteur et créativité dans l'Union européenne élargie », Dublin, 20-22.06.2004, disponible sur : <ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/conference/2004-dublin/gotzen_fr.pdf>, p. 12, parlant d'une codification-consolidation (« l'harmonisation de l'harmonisation ») en matière de droit d'auteur : « réunir tous ces instruments dans un seul Code européen du droit d'auteur. » V. critique sur la portée limitée de la codification en matière de droit d'auteur, N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64 ; Th. CHIOU, « Lifting the (Dogmatic) Barriers in Intellectual Property Law : fragmentation vs. integration and the future of European IP law », présentation à la Conference « 6th International Conference on Information Law and Ethics (ICIL 2014) : *Lifting Barriers to Empower the Future of Information Law and Ethics* », Thessalonique, 30-31 mai 2014, disponible sur : <icil.gr/speakers> ; Th. CHIOU, « Lifting the (Dogmatic) Barriers in Intellectual Property Law : fragmentation vs. integration and the practicability of a European Copyright Code », *EIPR*, 2015 (à paraître).

[1964] V. Règlement (UE) N° 386/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 19 avril 2012, confiant à l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) des tâches liées au respect des droits de propriété intellectuelle, notamment la réunion de représentants des secteurs public et privé au sein d'un Observatoire européen des atteintes aux droits de propriété intellectuelle, JOUE, L. 129/1, 16/05/2012. Sur ce point v. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 1, p. 20.

droit de la propriété intellectuelle a pu être affirmée dans les hypothèses où celui-ci paraissait envisageable[1965].

De manière similaire, la jurisprudence de la CJUE encourage l'approche unitaire du droit de la propriété intellectuelle, à travers le développement des concepts transversaux[1966]. Plus précisément, la Cour adopte une approche unitaire en matière d'aspects concurrentiels des propriétés intellectuelles[1967].

385.- La reconnaissance de l'unité systématique du droit de la propriété intellectuelle au niveau international. Même si notre étude ne s'étend pas au droit international de la propriété intellectuelle, il nous paraît toutefois utile, afin de compléter l'image, de mentionner la reconnaissance de l'unité systématique du droit de la propriété intellectuelle par des traités internationaux. L'article 2 (VIII) de la Convention de Stockholm du 4 juillet 1967, qui établit l'OMPI et l'article premier de l'accord ADPIC[1968] constituent les fondements textuels de la

---

[1965] V. C. ZOLYNSKI, N. MARTIAL-BRAZ (sous dir. de), *Réponse du réseau Trans Europe Experts Pôle droit de la propriété intellectuelle au Livre Vert sur La distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne COM (2011) 427 final*, novembre 2011, disponible sur : <www.transeuropeexperts.eu>, p. 71 et s., notant la tendance d'adoption des mesures transversales : « Les directives les plus récentes sont plus transversales : elles tendent à imposer un *véritable corpus commun* […] de la propriété intellectuelle tout entière […] ». Rappr. J. RAYNARD, « Les risques d'une intervention juridique nouvelle », *in* IRPI, *La propriété intellectuelle en question(s). Regards croisés européens*, colloque de l'IRPI, 16-17 juin 2005, Litec, 2008, p. 179 s. et not. p. 181 : « Ainsi il est urgent d'observer que le droit communautaire développe aujourd'hui des concepts transversaux qui intéressent tous les secteurs de la propriété intellectuelle, je pense bien sur à la théorie de l'épuisement du droit, reçue dans les textes nationaux de droit positif ou à celle des facilités essentielles, mais aussi aux nouvelles réglementations de droit communautaire et donc au nouveau règlement d'exemption sur les transferts de technologies, ou encore à la directive du 29 avril 2004 sur le respect des droits de propriété intellectuelle. » Ajoutons qu'une tendance de traitement horizontal au niveau européen se note également en matière de droit des consommateurs. V. sur ce point déjà Ch. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law : current controversies in law*, Routeledge-Cavendish, 2008, p. 173 : « A shift form the present vertical to a broader horizontal approach is suggested. »

[1966] En ce sens, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 1, p. 20, pour qui, « une approche unifiée de la propriété est là encore encouragée, tout comme dans la jurisprudence de la Cour de justice (CJ) qui vise aussi souvent que possible non pas un régime de propriété intellectuelle déterminé, mais la propriété intellectuelle dans son ensemble. »

[1967] V. not. N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet,* Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64 et not. p. 59 ; N. BINCTIN, « Les biens intellectuels - Contribution à l'étude des choses », *Communication Commerce Electronique*, juin 2006, Études 14, p. 8 et s. et not. p. 8 : « Le droit de la concurrence propose aussi une approche unitaire de la matière […] » ; *cf.* E. STAMATOUDI, *Droit communautaire de la concurrence et propriété intellectuelle*, Nomiki Vivliothiki, 2006. Pour l'ensemble de la question voir notamment, J. SCHOVSBO, « The exhaustion of Rights and Common Principles of European Intellectual Property Law », *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 169 et s. ; « Pruning the European intellectual property tree : in search of common principles and roots », *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *Constructing European Intellectual Property. Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar, 2013, p. 24 s. et not. p. 34. Déjà G. BONET, « Propriétés Intellectuelles », *RTD Eur.*, 1981, 97 et s. *passim*. Par ailleurs, pour les principes de l'abus de position dominante, développées par la Cour en matière de droit d'auteur sont applicables aux autres branches du droit de la propriété intellectuelle. V. A. OHLY, « The quest for Common Principles of European Intellectual Property Law- Useful, Futile, Dangerous ? » *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 3 et s., not. p. 4 : « The Magill/IMS Health principles on the abuse of a dominant position by the denial of licenses (Art. 102 TFEU) were developed by the ECJ in copyright cases, but they equally apply to other areas of intellectual property law. »

[1968] Sur ce point v. J. RAYNARD, « Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », *in* Mélanges offerts à J.-J. Burst, Litec, 1997, p. 529 et s., not. p. 531.

reconnaissance de l'unité systématique du droit de la propriété intellectuelle au niveau international[1969].

386.- Suite à l'analyse précédente, il semble y avoir une tendance à approcher la matière de la propriété intellectuelle de manière transversale, tant au niveau national qu'au niveau européen[1970]. La reconnaissance de l'unité systématique du droit de la propriété intellectuelle légitime l'adoption d'une approche transversale lors de la (re)construction du droit des contrats d'exploitation[1971] et étaye l'ambition d'élaborer un droit horizontal des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle[1972]. Certes, en termes pratiques, la (re)construction horizontale du droit des contrats

---

[1969] Sur ce point v. not. A. PEUKERT, v° « Intellectual Property » *in* J. BASEDOW, K.HOPT, R. ZIMMERMANN (sous dir. de), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press, 2012, p. 926 et s. et not. p. 927. Par ailleurs, l'approche horizontale du droit de la propriété intellectuelle au niveau international est adoptée parfois en doctrine. V. not. Ch. GEIGER, A. KUR, M. SENFTLEBEN, « A New Framework for Intellectual Property Rights-Conference of the Max Planck Institute for Intellectual Property at Elmau Castle, 22-23 November 2002 », *IIC*, 2003, p. 632 s. et not. p. 641 s.

[1970] Comp. A. PEUKERT, v° « Intellectual Property » *in* J. BASEDOW, K.HOPT, R. ZIMMERMANN (sous dir. de), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press, 2012, p. 926 et s. et not. p. 929 : « In summary, the following trends can be identified: a differentiated regulation and theory of *copyright* and industrial property rights has been replaced by a horizontal consideration under the heading of 'intellectual property'. » Ajoutons sur ce point les réflexions très ambitieuses mais stimulantes, relatives à l'unification de la matière de la propriété intellectuelle. V. sur ce point A. CHRISTIE, « A Possible Vision of a One Right System for IP », *One Right System for IP - Vision Impossible?*, IPR University Center International Conference, Helsinki, 3 octobre 2008 ; A. KUR, « Differentiated Protection Based on Unitary Ground - A Feasible Approach ? », *One Right System for IP - Vision Impossible?*, IPR University Center International Conference, Helsinki, 3 octobre 2008.

[1971] V. sur ce point, de manière générale, A. PEUKERT, v° « Intellectual Property » *in* J. BASEDOW, K.HOPT, R. ZIMMERMANN (sous dir. de), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press, 2012, p. 926 et s. et not. p. 929 : « From a theoretical point of view, his encourages the formulation of general principles applicable to all respective rights. » D'un point de vue français V.–L. BENABOU, V. VARET (sous dir. de A. FRANÇON), *La codification de la propriété intellectuelle : étude critique et prospective*. Mission de recherche droit et justice, Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, La Documentation française, 1998, n° 208 : « le Code accentue la parenté, et incite à rechercher les traits communs, mais aussi, et surtout, les aspects des différentes protections susceptibles d'être unifiés dans une partie dédiée à des dispositions communes. Il incite même à dégager des principes généraux de la matière » ; à propos de l'action en contrefaçon, v. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 340, p. 297 ; N. BINCTIN, « Les biens intellectuels - Contribution à l'étude des choses », *Communication Commerce Electronique*, juin 2006, Études 14, p. 8 et s. et not. p. 8. Au niveau européen, l'idée pour l'élaboration d'un Code européen de la propriété intellectuelle a été proposée. V. sur ce point, N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64 et not. p. 61 : « Ce code communautaire de la propriété intellectuelle, loin de reprendre le plan du Code de la propriété intellectuelle, pourrait distinguer, d'une part des éléments spécifiques aux propriétés intellectuelles, et d'autre part, conjointement, *l'ensemble des questions communes aux propriétés intellectuelles* – communes car essentiellement influencées par le caractère immatériel des biens intellectuels, notamment les contrats, le domaine public, la concurrence et la contrefaçon. » ; Th. CHIOU, « Lifting the (Dogmatic) Barriers in Intellectual Property Law : fragmentation vs. integration and the future of European IP law », présentation à la Conférence « 6th International Conference on Information Law and Ethics (ICIL 2014) : *Lifting Barriers to Empower the Future of Information Law and Ethics* », Thessalonique, 30-31 mai 2014, disponible sur : <icil.gr/speakers>. De même, la recherche des principes européens du droit de la propriété intellectuelle est devenue assez populaire. V. A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012 ; S. DUSSOLIER, « Pruning the European Intellectual Property Tree – In Search of Common Principles and Roots », disponible sur SSRN: <ssrn.com/abstract=2127737>, p. 28 : « My choice would be to have at least common roots in the form of an overall foundation sustaining intellectual property and based on innovation and promotion of knowledge, including a necessary balance, and a solid trunk based on some overarching principles. V. aussi *infra* n° 585 et note n° 2807.

[1972] V. en ce sens, d'un point de vue français, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, Litec, 2010 ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012 ; N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64 ; J. RAYNARD, « Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », *in* Mélanges offerts à J.-J. Burst, Litec, 1997, p. 529 et s. ; M.-E. LAPORTE, « Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle », *JCP, éd. G*

d'exploitation peut constituer la suite d'une démarche de (re)construction sectorielle, réalisé dans chaque branche de propriété intellectuelle[1973]. Cependant, il semble plus efficace d'adopter l'approche horizontale dès le début de la démarche de (re)construction du droit des contrats d'exploitation. En pratique, les démarches de (re)construction et de rapprochement du droit des contrats d'exploitation entre les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle ne sont pas antinomiques[1974]. Bien au contraire, la mise en œuvre d'une démarche de (re)construction à portée horizontale *ab initio* aurait l'intérêt d'éviter la multiplication des travaux (et des coûts respectifs[1975]) due à la multiplication d'actions législatives européennes[1976].

1991, I, 3540, p. 371 et s. et not. n° 34 : « Il serait souhaitable alors que les propriétés intellectuelles qu'il s'agisse des brevets, des dessins et modèles ou des droits d'auteur, ont acquis en tant que meubles incorporels des statuts juridiques autonomes, d'unifier ces statuts juridiques au moins quant à leur mode d'exploitation. Serait ainsi créé un *droit commun de l'exploitation des propriétés intellectuelles.* » Comp. à propos d'une approche unifié du droit des contrats d'exploitation en matière de droit d'auteur A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2011, p. 359 : « Il est urgent de modifier les dispositions du Titre III du livre 1er du CPI pour mettre fin à leurs contradictions les plus flagrantes et les adapter aux réalités économiques. *Il convient notamment de définir des conditions générales applicables à tous les contrats.* » D'un point de vue grec, v. Th. CHIOU, « Vers une réglementation unitaire du droit des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle. Réflexions *de lege ferenda* à partir des dispositions d'exploitation contractuelle des marques de la loi 4072/2012 », *ChrID*, nov. 2013, p. 711 s., *in fine*.

[1973] Comp. en ce sens, N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64 et not. p. 62 : « Probablement cette démarche ne peut s'opérer qu'en deux temps : dans un premier temps, une harmonisation communautaire par régime de propriété […] et dans un second temps, une harmonisation du régime du créateur salarié quels que soient le ou les régimes de propriété intellectuelle appliqués au bien intellectuelle en cause. » ; J. PASSA, « Les divergences dans la définition de l'acte de contrefaçon dans les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle. Plaidoyer pour une clarification », *Propr. Intell.*, n° 10, janvier 2004, p. 513 et s. et not. p. 513 : « faut il songer pour autant à harmoniser ces définitions au moins dans une certaine mesure ? Dans un premier mouvement, on peut penser que cette harmonisation n'est pas nécessaire ou en tout cas pas prioritaire. » et *ibid.* p. 523 : « On trouve là un nouveau signe de la nécessité de mettre de l'ordre dans chaque branche du droit de la propriété intellectuelle avant de songer à opérer un rapprochement des dispositions relevant de ces branches. »

[1974] Comp. J. PASSA, « Les divergences dans la définition de l'acte de contrefaçon dans les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle. Plaidoyer pour une clarification », *Propr. Intell.*, n° 10, janvier 2004, p. 513 et s. et not. p. 523 : « Il est vrai toutefois que les démarches ne sont pas antinomiques et qu'un tel rapprochement pourrait constituer l'occasion d'une mise en ordre dans chaque matière. »

[1975] Comp. E. DERCLAYE, « By way of conclusion : what next ? », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, EE, 2009, p. 614 s. et not. p. 621 : « Whatever the form (Directive or Regulation), as the cost of harmonisation is high (Member States have had to implement Directives almost every year), it would be better to legislate on the remaining issues all in one go. »

[1976] Comp. M. LOOS, « Service Contracts » *in* A. HARTKAMP *et al.* (sous dir. de), *Towards a European Civil Code*, 3e éd., 2004, Ars Aequi Libre/Kluwer Law International, pp. 571-582 et not. p. 574 : « Specialists in the field of medical law, for instance, would profit from studying case law and legal doctrine in the field of liability for attorneys and notaries : legal issues that arise in one area of the law, may very well have been solved in others. » ; A. OHLY, « The quest for Common Principles of European Intellectual Property Law- Useful, Futile, Dangerous ? » *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 3 et s. et not. p. 11 : « Finally it makes sense to look for horizontal principles which apply to all intellectual property rights. […] If there is common ground, judgments and academic analysis can be transferred and can contribute to the solution of problems. »

Conclusion de la Section 2.

387.- L'analyse précédente a démontré que le paradigme de la réglementation sectorielle des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle devrait être abandonné au profit d'une approche horizontale de la matière, pour des raisons tant théoriques (reconnaissance de l'unité systématique du droit de la propriété intellectuelle, caractère artificiel des distinctions entre les différentes branches) que pratiques (simplification du cadre juridique des contrats d'exploitation). Comme l'affirme très éloquemment M. Binctin, « l'ambition serait de mettre fin au morcellement de la construction du droit de la propriété intellectuelle de l'Union pour lui donner une cohérence d'ensemble et en faire un corpus de référence à l'échelon internationale. »[1977] Ce changement de paradigme ne devrait pas être méconnu lors de la mise en œuvre de l'action de (re)construction du droit des contrats d'exploitation dans une perspective européenne. Ceci étant, la (re)construction envisagée devrait avoir une portée horizontale, dans la perspective de l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles de manière globale.

[1977] N. BINCTIN, « L'ambition : Le brevet de l'Union Européenne » *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *Quel droit des brevets pour l'Union Européenne ?*, Acte du colloque organisé par le CEIPI les 26 et 27 avril 2012 au Parlement Européen de Strasbourg, Coll. CEIPI n° 59, Litec Lexis Nexis, 2013, p. 17 et s. et not. pp. 27-28.

Conclusion du Chapitre I.

388.- Nous avons tenté dans le présent chapitre d'exposer les raisons pour lesquelles la démarche de (re)construction du droit des contrats d'exploitation devrait être basée sur le paradigme de la production dénationalisée du droit dans le cadre de l'Union européenne et celui de l'approche horizontale face au droit de la propriété intellectuelle. La souhaitable (re)construction du droit des contrats d'exploitation devrait alors être menée d'une part dans une perspective européenne et, d'autre part, refléter l'approche horizontale du droit de la propriété intellectuelle. La proposition de (re)construction du droit des contrats d'exploitation répondrait alors aux objectifs suivants[1978] :

- *Rénover les droits nationaux des contrats d'exploitation.*
- *Améliorer l'acquis existant en matière de contrats d'exploitation et aligner la réglementation afférente aux titres nationaux et européens*
- *Rapprocher davantage les législations nationales en matière de contrats d'exploitation en vue d'éliminer les entraves au bon fonctionnement du marché intérieur.*
- *Harmoniser les régimes sectoriels des contrats d'exploitation des différentes branches du droit de propriété intellectuelle.*

La (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation proposée correspond finalement à un projet de construction d'un droit commun européen rénové et transversal des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle. Cette construction au niveau de l'Union européenne est une démarche qui correspond à l'européanisation horizontale du droit des contrats d'exploitation.

Nous allons ensuite démontrer les défis d'une telle proposition ambitieuse (Chapitre II).

[1978] Comp. à propos du double objectif d'amélioration et d'européanisation, M. STORME, « Une question de principe(s) ? Réponse à quelques critiques à l'égard du projet provisoire de « Cadre commun de référence » », *in European Contract Law, Era Forum Spécial Issue 2008*, n° 9, supplément n° 1, septembre 2008, p. S65 s. et not. p. S67, parlant de la philosophie du projet d'un CCR doctrinal : « Il s'agit en plus du vœu d'améliorer et harmoniser les droits nationaux des pays d'Europe […] ».

CHAPITRE II.- LES DÉFIS DE LA PROPOSITION.

389.- Au sein du chapitre précédent, nous avons vu que la (re)construction du droit des contrats d'exploitation devrait correspondre à un projet d'élaboration d'un droit commun européen rénové et transversal des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle. Malgré son caractère souhaitable, ce projet devra surmonter plusieurs difficultés[1979]. Plus précisément, la construction d'un droit commun européen rénové et transversal des contrats d'exploitation doit relever deux types de défis : le défi de la diversité juridique qui caractérise la matière des contrats d'exploitation en Europe (Section 1) et le défi d'ordre institutionnel, relatif à la production de droit au niveau de l'Union européenne (Section 2).

[1979] Pour un aperçu des difficultés d'européanisation en matière de droit privé, v. A. GEORGIADIS, « L'harmonisation du droit privé en Europe », *NoV*, n° 42, 1995, p. 321 et s., et not. 344.

Section 1.- Le défi de la diversité juridique.

390.- La diversité juridique qui caractérise la matière des contrats d'exploitation en Europe présente deux dimensions : il s'agit, d'une part, de la diversité qui caractérise les différents droits étatiques des contrats d'exploitation et, d'autre part, de celle qui caractérise les différents régimes des contrats d'exploitation au sein du même ordre juridique, selon la branche de propriété intellectuelle concernée. La démarche proposée, la construction d'un droit commun européen rénové et transversal des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle, devra concilier les tensions[1980] et respecter les impératifs liés au traitement de la diversité juridique tant à l'échelle de l'Union européenne (§1) qu'à l'échelle du droit de la propriété intellectuelle (§2).

§1.- L'appréciation de la diversité juridique en matière de contrats d'exploitation en Europe.

391.- La matière des contrats d'exploitation au niveau européen se caractérise par une diversité à double dimension : une diversité « culturelle » découlant de la pluralité des systèmes juridiques nationaux au niveau de l'UE (A) et d'autre part, une diversité « catégorielle », découlant de la pluralité de logiques et de finalités qui caractérisent les différentes composantes du droit de la propriété intellectuelle (B).

A.- La diversité « culturelle » à l'échelle de l'Union européenne.

392.- « La notion de droit commun implique nécessairement un pluralisme juridique. »[1981] En pratique, l'Union européenne n'est pas une entité supranationale dotée de sa propre culture homogène. Au contraire, elle est composée de différents ordres juridiques nationaux qui véhiculent

[1980] V. Ch. ANTONS, « Legal Culture and its Impact on Regional Harmonisation », *in* Ch. ANTONS, M. BLACKNEY, Ch. HEATH, *Intellectual Property Harmonisation within ASEAN and APEC*, Kluwer Law International, 2004, p. 29 s. et not. p. 31 : « The harmonization of national intellectual property laws […] leads also to a clash of often very different legal cultures. »

[1981] A. WIJFFELS, « Qu'est-ce que c'est le *ius commune* », *in* A. WIJFFELS (sous dir. de), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. 643 et s. et not. p. 643.

leurs propres cultures juridiques[1982]. Le pluralisme des systèmes juridiques est à l'origine d'une diversité culturelle[1983] à l'échelle de l'Union européenne. L'examen des « pôles » de diversité

[1982] Le concept de la « culture juridique » est imprécis. En ce sens, C. SEMMELMANN, « Legal Principles in EU Law as an expression of a European Legal Culture Between Unity and Diversity », *Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2012/7*, mai 2012, disponible sur : <www.ssrn.com>, p. 4. De même, son contenu n'est pas déterminé au sein de l'acquis européen. Sur ce point, voir C. SEMMELMANN, « Legal Principles in EU Law as an expression of a European Legal Culture Between Unity and Diversity », *Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2012/7*, mai 2012, disponible sur : <www.ssrn.com>, p. 7 : « [T]he term « legal culture » is unknown to the EU Treaties. » Nous allons utiliser le concept de la culture juridique dans son sens descriptif, à savoir, en tant que moyen de différenciation. V. sur ce point H. PARTICK GLENN, « Legal cultures and légal traditions », *in* M. VAN HOECKE, F. OST, L. WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford (Hart Publishing) 2004, p. 7 et s. et not. p. 11 : « The concept of culture exists as a means of differentiation, providing a description of difference. It is thus a descriptive concept. » Il a pu être soutenu que « legal `culture stands between law and culture, with unclear borders in both directions. », C. SEMMELMANN, « Legal Principles in EU Law as an expression of a European Legal Culture Between Unity and Diversity », *Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2012/7*, mai 2012, disponible sur : <www.ssrn.com>, p. 5, citant R. MICHAELS, « Legal Culture », *in* J. BASEDOW, K. HOPT, R. ZIMMERMANN, *Oxford Handbook of European Private Law*, Oxford University Press, 2012. Pour d'autres définitions du concept de la culture juridique, v. par exemple, M. Van HOECKE, « The Harmonization of Private Law in Europe : Some Misunderstandings », *in* M. Van M. HOECKE, F. ORT, *The Harmonization of European Private Law*, Hart Publishing, 2000, p. 1 et s. et not. p. 3 (et M. Van HOECKE, M. WARRINGTON, « Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine : Towards a New Model for Comparative Law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, p. 495 et s. et not. p. 496, note n° 8) : « Legrand describes (legal) culture as frameworks of intangibles within which interpretive (legal) communities operate and which have normative force for these communities. Such a common legal culture within some legal community includes shared understandings on, at least, the following points: a concept of law, a theory of valid legal sources, a methodology of law, a theory of argumentation, a theory of legitimation of the law and a common basic ideology. » ; M. Van HOECKE, M. WARRINGTON, « Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine : Towards a New Model for Comparative Law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, p. 495 et s. et not. p. 498 : « John Bell defines legal culture as a specific way in which values, practices, and concepts are integrated into the operation of legal institutions and the interpretation of legal texts. […] legal cultures are part of more general cultures. » ; R. SEFTON-GREEN, « Cultural Diversity and the Idea of a European Civil Code », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 71 s., not. p. 71 : « Cultural diversity seems to be a rather nebulous concept evoking language, a way of thinking-what the French call 'mentalité', tradition, a way of behaving, community practices and expectations and in the field of law, more specifically, legal culture. » ; J. SMITS, « Legal Culture as Mental Software, Or : How to Overcome National Legal Culture ? », Maastricht Working Papers, 2007-2, disponible sur :<ssrn.com/abstract=1007447>, p. 4 s. et les references y citées : « Most authors describe legal culture as being about attitudes towards the law. »

Plus généralement, la culture juridique est utilisée afin de décrire le texte de la loi en prenant en considération le contexte (plus ou moins étroit) qui l'entoure, v. C. SEMMELMANN, « Legal Principles in EU Law as an expression of a European Legal Culture Between Unity and Diversity », *Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2012/7*, mai 2012, disponible sur : <www.ssrn.com>, p. 4 : « The expression legal culture has appeared as a seemingly helpful label encompassing both text and context, which allows for the law to be embedded in extra-legal spheres. » et *ibid.* p. 5 : « Common to most of these latter approaches is the attempt to allow for a broader albeit frequently slippery understanding of the law by altering that it does not consist of a skeleton of naked bones but rather requires to be fleshed out in the light of its entrenchment into a larger framework that goes beyond the enforceable law. » La culture juridique d'un État membre, telle qu'elle s'exprime par les textes juridiques, l'éducation ou la pratique juridique, est ancrée dans la culture et l'histoire de chaque nation. De cette façon, elle fait partie de l'identité nationale de chaque État membre et elle est façonnée par le cours de l'histoire qui caractérise chaque État membre. v. M. Van HOECKE, M. WARRINGTON, « Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine : Towards a New Model for Comparative Law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, p. 495 et s. et not. p. 498 : « legal cultures are part of more general cultures. » Voir cependant J. SMITS, « Legal Culture as Mental Software, Or : How to Overcome National Legal Culture ? », Maastricht Working Papers, 2007-2, disponible sur :<ssrn.com/abstract=1007447>, p. 14, qui conclut que la culture juridique dépasse les frontières des États : « [O]ur focus should shift from national legal cultures (or from the civil law-*common law* distinction) to cultural segments that cross national borders. » Sur la relation entre la culture juridique et la tradition juridique, voir A. WATSON, « Legal culture v. Legal tradition », *in* M. Van HOECKE, *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, 2004, p. 1 s. et not. p. 1 : « Legal culture is legal tradition and legal tradition is legal culture. » ; H. PARTICK GLENN, « Legal cultures and legal traditions », *in* M. Van HOECKE, *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, 2004, Hart Publishing, p. 7 s.

[1983] R. SEFTON-GREEN, « Cultural Diversity and the Idea of a European Civil Code », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 71 s., not. p. 72 : « Cutural diversity in simple terms means nothing other than the rather obvious fact that in Europe, or more specifically in the European Union, there is a diversity of legal cultures, of legal traditions, of languages as part of our culture and cultures in general ».

culturelle (1°), y compris de la diversité linguistique (2°) nous permettront de faire l'état des lieux de la diversité culturelle qui caractérise le droit des contrats d'exploitation à l'échelle européenne.

1°.- Les « pôles » de diversité culturelle.

393.- La diversité culturelle en matière de contrats d'exploitation est influencée par la diversité qui caractérise les traditions juridiques nationales tant en matière de droit des contrats (a) qu'en matière de propriété intellectuelle, et plus précisément, en matière de propriété littéraire et artistique (b)[1984].

a.- La diversité culturelle en matière de droit des contrats : *civil law vs. common law.*

394.- La diversité culturelle en matière de contrats d'exploitation à l'échelle européenne puise en partie dans la diversité culturelle du droit des contrats. Plus précisément, le paysage juridique du droit des contrats au niveau de l'Union européenne se caractérise traditionnellement[1985] par la *summa divisio*[1986] entre, d'une part, la famille des systèmes juridiques continentaux, qui appartiennent à la tradition civiliste (*civil law*)[1987], et la famille des systèmes juridiques de la *common law*. L'opposition entre les deux familles est fondée sur des différences formelles et

---

[1984] Comp. pour une approche similaire T. PIHALAJARINNE, « Setting the Limits for the Implied License in *Copyright* and Linking Discourse-The European Perspective », *IIC*, 2012, p. 700 s., not. p. 706 : « The assessment of these questions is influenced by national differences in both *copyright* and contract law traditions. »

[1985] Voir cependant critique sur ce point J. SMITS, « Legal Culture as Mental Software, Or : How to Overcome National Legal Culture ? », Maastricht Working Papers, 2007-2, disponible sur : <ssrn.com/abstract=1007447>, p. 14, pour qui la diversité culturelle s'exprime par la différence entre des « segments culturels », qui transcendent les frontières nationaux et les divisions culturelles traditionnelles.

[1986] Par exemple, P. LEGRAND, « Legal Traditions in Western Europe : The Limits of Commonality », *in* R. JAGTENBERG, E. ÖRÜCÜ et A.-J. de ROOS (sous dir. de), *Transfrontier Mobility in Law*, 1995, p. 63 et s., cité par R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'européanisation du droit privé », *RTD Civ.*, 2007, p. 451 s., not. note n° 66. Au-delà de cette division fondamentale entre les deux côtés de la Manche, des différences significatives existent également dans le Continent, entre les traditions civilistes, comme l'atteste, par exemple, une comparaison entre le droit civil français et le droit civil allemand. Sur ce point v. Ch. GEIGER e*t alii*, « Compte-rendu du colloque et clôture », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 571 s. et not. p. 606 s. Rappr. la division tripartie des traditions juridiques et l'opposition entre la famille germanique et la famille romaniste mentionnée par W. van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », *in* F. GAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 37 et s. et not. p. 40 et s. : « These characteristics are the result of deep-rooted differences between the three legal traditions embodied in case oriented English, rule-oriented french and concept –oriented German law. » Analyse quasi-identique sur W. van GERVEN, « A common Framework of Reference *and* Teaching », 1, *European Journal of Legal Education*, 2004, p. 1 et s. et not. pp. 4-5. Comp. J. SMITS, « Law Making in the European Union : On Globalization and Contract Law in Divergent Legal Cultures », *Louisiana Law Review*, 67, 2007, pp. 1101-1203, disponible aussi sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=1104386>, p. 3 et J. SMITS, « Convergence of Private Law in Europe : Towards a New Ius Commune », *in* E. ÖRÜCÜ, D. NELKEN (sous dir. de), *Comparative Law* : *A Handbook*, Hart Publishing, 2007, pp. 219-240 et not. p. 221, pour une catégorisation plus étendue.

[1987] Pour un commentaire relatif au vocable *civil law* voir J. SMITS, *The making of European Private Law*, Intersentia, 2002, p. 73.

substantielles[1988]. De manière générale[1989], ces différences touchent les conceptions légales et jurisprudentielles, la mentalité, la pensée et la stylistique juridique[1990]. De même, une opposition significative entre la tradition civiliste et la *common law* se réfère à l'approche face à la systématisation du droit en général et du droit des contrats en particulier. Plus précisément, pour des raisons historiques[1991], la tendance romaine de procéder à l'établissement des distinctions entre différents contrats et de traiter systématiquement la matière[1992] a été poursuivie au sein des traditions civilistes[1993], comme l'atteste notamment la codification de la matière dans les pays du Continent[1994]. En revanche, la tradition de la *common law* a été développée de manière relativement isolée et distante de la tradition romaine continentale[1995]. Cette opposition a eu pour résultat l'absence d'un esprit de systématisation ou de codification en matière de droit des contrats[1996]. Par

---

[1988] Il a pu être soutenu que la dichotomie entre les deux traditions reflétait également une différence d'idéologies. En ce sens, M.-W. HESSELINK, « A Technical 'CFR' or a Political Code ?-An Introduction » *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 1 et s. et not. p. 6, faisant un lien de la distinction avec le binôme individualisme-altruisme.

[1989] Pour des développements plus amples voir par exemple J. SMITS, *The making of European Private Law*, Intersentia, 2002, p. 73 et s.

[1990] V. par exemple P. LEGRAND, « Sens et non-sens d'un code civil européen », *RIDC*, 4, 1996, p. 779 et s., not. p. 781 : « […] l'idée de tradition juridique implique notamment une manière bien caractéristique de penser le droit et de penser la connaissance du droit. Elle appelle en d'autres termes, une épistémologie propre. » V. aussi les développements de W. van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », *in* F. GAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 37 et s. et not. p. 40, se référant aux différences de style et de mentalité entre les traditions juridiques.

[1991] W. van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », *in* F. GAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 37 et s. et not. p. 42.

[1992] J. HUET, « Des distinctions entre les obligations », *Revue des contrats*, 01 janvier 2006, n° 1, p. 89 : « Les jurisconsultes romains aimaient les classifications juridiques et ce penchant leur a inspiré des distinctions en droit des obligations. » ; J. SMITS, « The Europeanisation of national legal systems: some consequences for legal thinking in civil law countries », *in* M. VAN HOECKE (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford (Hart Publishing) 2004, p. 229 s., disponible aussi sur : <arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=919>, p. 6 se référant à la « rationalisation of law by the Pandectists and their systematising predecessors ».

[1993] Sur ce point v. par exemple G. SAMUEL, « Classification of contracts : A view from a common lawyer », *in* F. JAVIER ANDRES SANTOS, Ch. BALDUS, H. DEDEK (sous dir. de), *Vertragstypen in Europa*, Sellier, 2011, p. 117 et s. et not. p. 119 : «The civilian history is largely a history of Roman learning, of categories to be found in the Institutes of Justinian. » et *ibid.* p. 149 : « Within the civil law tradition classification of contracts might at first sight seem a relatively straightforward topic. The main transactions were identified by the Roman jurists and given epistemological authority by their reduction to texts which themselves became sacred. The task of the modern codes was simply to add further transactions. »

[1994] Sur la tradition de codification en droits privés continentaux, v. à titre indicatif R. ZIMMERMANN, « Codification : History and Present Significance of an Idea », *European Review of Private Law* n° 3, 1995, p. 95 et s. Comp. J. SMITS, « The Europeanisation of national legal systems: some consequences for legal thinking in civil law countries », *in* M. VAN HOECKE (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford (Hart Publishing) 2004, pp. 229-245, disponible aussi sur : <arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=919>, p. 3 : « In my view, this reduction of knowledge to a body of rules has not so much to do with the presence of a civil code as such, but more with the received civil law tradition, this characteristic already being present before any civil code was introduced in Europe (to be precise: ever since the reception of Roman law). » Comp. aussi Ph. JOUGLEUX, « The Plurality of Legal Systems in Copyright Law : An Obstacle to a European Codification ? », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 55 s. et not. p. 56 : « [C]odification itself is a product of the continental legal systems. »

[1995] G. SAMUEL, « Epistemology and Comparative Law : Contributions from the Sciences and Social Sciences », *in* M. Van HOECKE, F. OST, L. WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 35 et s. et not. pp. 50-51 : « It is trite legal history that the *common law* has grown up in relative (but not complete) isolation from Roman law and its learning and that this isolation has resulted in a legal system that does not think in terms of codes. » Comp. aussi les références citées.

[1996] Sur ce point voir J. SMITS, *The making of European Private Law*, Intersentia, 2002, p. 88 : « The absence of systematisation, or a desire thereof ».

ailleurs, dans la mesure où une catégorisation en matière de contrats spéciaux existe, celle-ci ne se fonde pas sur une approche visant à organiser de manière systématique la matière. Le législateur procède cependant à la réglementation *ad hoc* de certains types contractuels en fonction des intérêts catégoriels[1997] ou les besoins de la pratique[1998]. Une autre expression de l'absence de systématisation a trait à l'utilisation du langage juridique. En pratique, les juges anglais portent une moindre attention à l'uniformité de la terminologie utilisée par rapport aux juges continentaux[1999]. Ajoutons que les systèmes juridiques qui suivent la tradition de la *common law* sont traditionnellement moins formels que ceux de la tradition civiliste. Ainsi, au sein desdits systèmes juridiques, les textes juridiques d'origine législative (*statutes*) sont des sources moins significatives que les décisions jurisprudentielles[2000]. L'opposition entre la tradition civiliste et la tradition de la *common law* et la différence d'approche du droit des contrats a certainement des répercussions sur la démarche de (re)construction du droit des contrats d'exploitation dans une perspective européenne. En pratique, la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation systématique[2001] et codifié[2002] serait *a priori* difficilement conciliable avec la tradition de la *common law*[2003].

[1997] G. SAMUEL, « Classification of contracts : A view from a common lawyer », *in* F. JAVIER ANDRES SANTOS, Ch. BALDUS, H. DEDEK (sous dir. de), *Vertragstypen in Europa*, Sellier, 2011, p. 117 et s. et not. p. 150 : « Distinctions between types of contract […] are the result […] of a legislator keen to regulate particular types of contract in the empirical interests of certain classes of person. »

[1998] G. SAMUEL, « Classification of contracts : A view from a common lawyer », *in* F. JAVIER ANDRES SANTOS, Ch. BALDUS, H. DEDEK (sous dir. de), *Vertragstypen in Europa*, Sellier, 2011, p. 117 et s. et not. p. 150 : « However what is special about *common law* is that it has not had imposed on it from above, by the legislator, formal categories of contract in the form of a code. Distinctions between types of contract have emerged from a bottom-up approach […] » ; A. GEORGIADIS, « Les nouveaux types des contrats de l'économie moderne et le droit civil », *in* Association des Civilistes grecs, *Questions contemporaines du droit civil au-delà du système du Code civil* », 1e Congres, Naypaktos 27-28 mai 1994, Sakkoulas 1995, p. 23 s. et not. p. 32.

[1999] M.-W. HESSELINK, « The Structure of the New European Private Law », *Electronic Journal Of Comparative Law*, (December 2002), vol. 6.4, disponible sur : <www.ejcl.org/64/art64-2.html>, p. 21.

[2000] Ph. JOUGLEUX, « The Plurality of Legal Systems in Copyright Law : An Obstacle to a European Codification ? », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 55 s. not. p. 56 : « The *common law* system could certainly be described as a law based on facts, a sum of decisions bound by the rule of precedent and forming a set of elastic and pragmatic responses to the questions posed by litigation. Therefore, statute law-and codes- traditionally constitutes a less significant source of law than *common law*. » Comp. à propos du droit de la propriété intellectuelle, v. Ch. ANTONS, « Legal Culture and its Impact on Regional Harmonisation », *in* Ch. ANTONS, M. BLACKNEY, Ch. HEATH, *Intellectual Property Harmonisation within ASEAN and APEC*, Kluwer Law International, 2004, p. 29 s. et not. p. 32 : « Intellectual property rights in civil law jurisdictions are to be found in codes or statutes, whereas *common law* lawyers, in addition to legislation, draw their principles from case law in areas often unfamiliar to civil lawyers such as equity. »

[2001] W. Van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », 2005, disponible sur : <www.law.kuleuven.be/ccle/pdf/2005-01-18_WvG_.Impact_courts_on_private_law.pdf> (=Van W. van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », *in* F. GAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 37 et s.), p. 7 : « The lesser role, historically, of *statutory* law in *common law* countries is undoubtedly at the origin of the reluctance of *common law*yers *vis-à-vis* comprehensive legislation and *vis-à-vis* general principles or concepts on which comprehensive legislation is due to be built. » ; *ibidem*, citant K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *An introduction to comparative law*, translated by Weir, 3e éd., Clarendon Press, Oxford 1998, p. 265 et s. : « [T]he English would have regarded as dangerous and unnatural to prescribe the outcome of comparable cases in advance by making general regulations to cover the whole area of life » « Accordingly, English statutes were originally sporadic *ad hoc* enactments which as legal sources had much less force than the unwritten *Common law* ». À propos des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle en particulier, v. Ch. GEIGER e*t alii*, « Compte-rendu du colloque et clôture », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-

b.- La diversité culturelle en matière de droit d'auteur : *droit d'auteur vs. copyright.*

395.- La diversité culturelle de la matière des contrats d'exploitation puise également dans la diversité qui caractérise les systèmes juridiques des États-membres en matière de propriété intellectuelle[2004], et plus précisément, en matière de droit d'auteur. La *summa differentia* en matière de droit d'auteur en Europe est celle entre la tradition continentale, dite tradition du « droit d'auteur » et la tradition propre aux pays anglo-saxons, dite tradition du *copyright*[2005]. De même, la tradition continentale se subdivise en deux variantes principales (la distinction « outre-Rhin »)[2006] :

M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007 (point D), p. 571 s. et not. p. 611 : « Il suffit de penser à la Grande-Bretagne où il serait difficile d'imaginer un droit contractuel d'auteur à l'allemande, pour comprendre que convaincre le législateur européen de la nécessité d'un droit contractuel d'auteur européen serait un gaspillage d'énergie. » Plus neutres, C. COLOMBET, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde : approche de droit comparé*, 2e éd, Litec/UNESCO 1992, p. 97 : « un certain nombre de législations ne contiennent pas une réglementation particulière de chaque type de contrat, ni dans la loi sur le droit d'auteur, ni en dehors de celle-ci. […] tel est le cas par exemple du Royaume Uni. » ; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 156, p. 142 : « Une troisième catégorie de pays rassemblant essentiellement les systèmes de *copyright*, ne comporte qu'une maigre réglementation générale de ces contrats et aucune réglementation spéciale. Le rôle laissé à la pratique judiciaire ainsi qu'à la doctrine dans les pays de la *common law* parait à même de rendre compte de ce relatif silence. »

[2002] Ph. JOUGLEUX, « The Plurality of Legal Systems in Copyright Law : An Obstacle to a European Codification ? », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 55 s. not. p. 56 : « The first obvious objection to a European codification of *copyright* law is related to the widely expressed idea that codification itself is a product of the continental legal systems. »

[2003] Les juristes des pays continentaux sont imprégnés d'un « raisonnement pandéctique » relatif à la systématisation et l'ordonnancement du droit. V. sur ce point R. SCHULZE, « Problèmes et perspectives du droit européens des contrats-introduction », *in* G. MÄSCH, D. MAZEAUD, R. SCHULZE, *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Sellier, sept. 2009, p. 5 et s. et not. p. 8 ; G. SAMUEL, « Epistemology and Comparative Law : Contributions from the Sciences and Social Sciences », *in* M. Van HOECKE, F. OST, L. WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 35 et s. et not. p. 49 : « [P]rivate law had, according the teaching manuals of Gaius and Justinian (*Institutiones*), a structure ; and it is this structure which was to act as the foundation for all the codes. » et *ibid.* p. 50 : « But the codes do share a common formal structure inherited form Justinian and the *ius commune* […] ».

[2004] Comp. F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 1367, p. 807 : « Il faut avoir aussi présentes à l'esprit la grande diversité des législations sur la propriété intellectuelle et les divergences parfois fondamentales parfois purement formelles que révèle le droit comparé. »

[2005] Sur ce point v. à titre indicatif, F. BENHAMOU, J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, La découverte, 2007, p. 22 s. ; A. FRANÇON, « Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit d'auteur européen », *CCE*, n° 9, 2000, pp. 9-11 et not. p. 9 : « Cependant deux traditions dominent. L'une est la tradition continentale ou latine dont la législation française constitue le plus bel exemple. Cette législation se veut humaniste et est tout entière orientée vers la protection de l'auteur. À cette tradition continentale ou latine s'oppose la tradition du *copyright* propre aux anglo-saxons. On y a une vision plus économique du droit d'auteur. L'accent est mis sur l'exploitation de l'œuvre qu'il faut favoriser, quitte dans ce but, à dépouiller l'auteur de certaines prérogatives que lui reconnaît la tradition continentale ou latine. » ; Ch. ANTONS, « Legal Culture and its Impact on Regional Harmonisation », *in* Ch. ANTONS, M. BLACKNEY, Ch. HEATH, *Intellectual Property Harmonisation within ASEAN and APEC*, Kluwer Law International, 2004, p. 29 s. p. 31, parlant de « two cultures of *copyright* » ; R.-M. HILTY, « Reflections on a European Copyright Codification », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 355 s. et not. p. 359, « the two big 'worlds' of copyright law ».

Pour un examen des points de convergence et de divergence, voir à titre indicatif A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, LGDJ, 1993 ; A. LUCAS, « Droit d'auteur et copyright : les limites d'une convergence » *in Mélanges Koumantos*, Sakkoulas 2004, pp. 649-655 (Comp. le titre de la publication de P. LEGRAND, « Legal Traditions in Western Europe : The Limits of Commonality », *in* R. JAGTENBERG, E. ÖRÜCÜ et A.-J. de ROOS (sous dir. de), *Transfrontier Mobility in Law*, 1995, p. 63 et s., relative a la comparaison entre la tradition civiliste et la tradition de la *common law*).

[2006] En ce sens, par exemple, Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 51.

la tradition moniste, représentée notamment par le droit d'auteur allemand et la tradition dualiste, représentée par plusieurs droits d'auteur nationaux, tels que, par exemple, le droit grec ou le droit français[2007].

396.- La tradition du droit d'auteur continental dans toutes ses déclinaisons[2008] et la tradition du *copyright* se fondent sur des philosophies et des dogmes opposés[2009]. Plus précisément, la tradition du droit d'auteur « se veut humaniste » et elle est orientée vers la protection de la personne de l'auteur[2010] (approche « personnaliste »[2011]). Il en découle l'intérêt du législateur à consacrer des prérogatives morales destinées à protéger la personnalité de l'auteur telle qu'elle se reflète dans son œuvre[2012]. En revanche, la tradition du *copyright* provient d'une conception économique et met l'accent plutôt sur l'exploitation du droit[2013] et l'investissement économique sous-jacent à la création des œuvres protégées que sur le rôle de l'auteur[2014]. Ceci devient évident si nous prenons en considération l'importance limitée des prérogatives extra-patrimoniales dans les pays du *copyright*[2015]. C'est sur cette base que le *copyright* a pu être qualifié de pragmatique[2016], voire

---

[2007] V. sur cette subdivision, A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, LGDJ, 1993, n° 4, p. 5 s.

[2008] Comp. A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, LGDJ, 1993, n° 4, p. 6 parlant des « deux variantes du même système de droit d'auteur ».

[2009] Pour une belle présentation de l'opposition entre les deux traditions principales du droit d'auteur v. A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, LGDJ, 1993, n° 2, p. 2 s. ; J. A. L.STERLING, « International Codification of Copyright Law : Possibilities and Imperatives », Part one, *IIC*, 2002, p. 270 s. et not. p. 273.

[2010] V. à titre indicatif, A. FRANÇON, « Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit d'auteur européen », *CCE*, n° 9, 2000, p. 9-11 et not. p. 9 ; Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 51 : « [Le] droit d'auteur dit continental […] est fondamentalement attaché à la personne physique de l'auteur. »

[2011] Par exemple, A. LUCAS, « Droit d'auteur et copyright : les limites d'une convergence » *in Mélanges Koumantos*, Sakkoulas, 2004, pp. 649-655 et not. p. 651.

[2012] Comp. sur ce point M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 105, p. 110 : « [L]a famille romano-germanique adjoint au droit patrimonial d'auteur le « droit moral », garant d'une certaine place de l'individu créateur à la fois contre les abus de l'exploitant, de la société et de l'état. »

[2013] En ce sens, voir Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 51.

[2014] D. VAVER, « The Copyright Mixture in a Mixed Legal System : Fit for Human Consumption ? », *Electronic Journal of Comparative*, vol 5.2, Mai 2001, disponible sur : <www.ejcl.org/52/art52-3.html> : « The emphasis then is on economic rights as instruments with which to recoup and profit from investment. » ; P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, p. 10 s. : « Especially in the UK *copyright* always had an entrepreneurial almost industrial, orientation. »

[2015] En ce sens, d'un point de vue britannique, v. P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 6e éd., Oxford Unversity Press, 2010, p. 296 : « In the UK, we have historically not been too bothered about this : we have seen copyright as an entrepreneurial right that primarily protects the interests of the person who exploits the work. » *Cf.* A. FRANÇON, « Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit d'auteur européen », *CCE*, n° 9, 2000, pp. 9-11 et not. p. 9 : « La formule implique une certaine reconnaissance du droit moral. Encore faut-il noter que celle-ci reste limitée et évoque l'article 6 bis de la Convention de Berne et sa conception restrictive de la protection des intérêts moraux de l'auteur. »

[2016] D. VAVER, « The Copyright Mixture in a Mixed Legal System : Fit for Human Consumption?, vol 5.2, Electronic Journal of Comparative Law », Mai 2001, disponible sur : <www.ejcl.org/52/art52-3.html> : «The *common law* tradition views *copyright* more pragmatically. »

d'« utilitariste »[2017]. Ainsi, il existe bien des différences juridiques et philosophiques entre les systèmes juridiques du droit d'auteur et du *copyright*[2018].

397.- La diversité culturelle en matière de propriété littéraire et artistique, telle qu'elle s'exprime par la différence entre la tradition du droit d'auteur et la tradition du *copyright*, se reflète également dans les régimes contractuels des contrats d'exploitation afférents[2019]. Nous nous limiterons à mentionner trois points marquants[2020]. Tout d'abord, en droit d'auteur continental, le droit contractuel d'auteur est un instrument d'équilibrage des intérêts des parties. En pratique, seuls les pays de la tradition continentale consacrent un régime protecteur impératif (souvent assez détaillé), en faveur de l'auteur, dont la *ratio* est d'offrir à ce dernier un minimum d'équité contre les partenaires plus puissants[2021]. Le droit contractuel au sein des systèmes juridiques du *copyright* se caractérise par une certaine souplesse[2022] et permet aux parties de fixer librement le contenu de leur

---

[2017] V. par exemple, A. LUCAS, « Droit d'auteur et copyright : les limites d'une convergence » *in Mélanges Koumantos*, Sakkoulas, 2004, pp. 649-655 et not. p. 654 ; Ch. ANTONS, « Legal Culture and its Impact on Regional Harmonisation », *in* Ch. ANTONS, M. BLACKNEY, Ch. HEATH, *Intellectual Property Harmonisation within ASEAN and APEC*, Kluwer Law International, 2004, p. 29 s. et not. p. 31.

[2018] En ce sens, Ch. CARON, « Gatsby le Magnifique au pays des auteurs et des éditeurs », *Communication Commerce Électronique*, 1/3/2011, n° 3, p. 1.

[2019] V. par exemple, M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 110, p. 116 : « Ce ne sont pas les mêmes prérogatives que l'on cède suivant que l'on effectue un assignement of *copyright* ou une concession d'une œuvre pour utilisation. Le particularisme des familles de droit étudiées est accentué en ce qui concerne la définition des droits accordés à l'auteur, et leur cessibilité par contrat. » ; A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, LGDJ, 1993, n° 27, p. 32 ; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 156, pp. 141-142, qui distingue entre la politique du droit français, du droit anglais et du droit allemand : « Dans la réglementation des contrats d'exploitation du droit d'auteur, trois politiques peuvent être pratiquées. […] Un premier groupe de pays, dans lequel la France peut faire figure de représentant, adopte une réglementation complète sur cette question [la réglementation des contrats d'exploitation] au sein de laquelle une partie générale, consacrée à l'exploitation des droits patrimoniaux se distingue d'une partie spéciale plus précisément relative à certaines formes d'exploitation de l'œuvre. Un second groupe d'États ne comporte pas dans sa législation sur le droit d'auteur stricto sensu de réglementation spéciale sur cette question. Ainsi la loi allemande sur le droit d'auteur n'affecte qu'une série de dispositions générales à la concession du droit d'usage en matière de droit d'auteur. […] Enfin, une troisième catégorie de pays rassemblant essentiellement les systèmes de copyright, ne comporte qu'une maigre réglementation générale de ces contrats et aucune réglementation spéciale. »

[2020] Comp. M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 108, p. 114 : « Trois différences distinguent donc la définition du contrat d'exploitation issue du système romano-germanique de celle générée par la philosophie du copyright : 1. Seuls les droits patrimoniaux d'auteur peuvent faire l'objet d'un contrat ; 2. Le droit patrimonial, qui se matérialise dans le monopole d'exploitation, se concède mais ne s'aliène pas en pleine propriété ; 3. La nécessité de déterminer la portée du contrat, de cerner le champ d'application de la cession. »

[2021] Sur ce point voir, par exemple, A. LUCAS, « Droit d'auteur et copyright : les limites d'une convergence » *in Mélanges Koumantos*, Sakkoulas, 2004, pp. 649-655 et not. p. 652 : « Enfin, concernant l'exploitation des droits on ne trouve pas trace aux États Unis de règles spécifiques qui, dans les pays de droit d'auteur, visent à organiser la protection de l'auteur contre les partenaires plus puissants. » et *ibid.* p. 655, parlant d'un « droit contractuel d'auteur introduisant un minimum d'équité dans les rapports entre les créateurs et les exploitants » ; A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, LGDJ, 1993, n° 27, p. 32.

[2022] Sur la souplesse du système juridique anglais en matière de droit d'auteur, voir B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 95, p. 145 : « Dans le domaine du *copyright* la souplesse qui caractérise ce système, orienté vers l'intérêt des relations commerciales […] » ; B. MONTELS, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en France » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, *op. cit.*, p. 507 s. et not. p. 509 ; M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 80, p. 83 : « Le système du *copyright* anglo-saxon se caractérise par une grande souplesse dans les contrats d'auteur » ; M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 80, p. 83 : « Peu de contraintes législatives, excepté la constitution d'un écrit : le droit anglais se

accord, sans devoir respecter une série parfois volumineuse de règles impératives[2023]. D'autre part, la différence d'approche se reflète dans la transmissibilité du droit de la propriété littéraire et artistique dans sa totalité. Par exemple, le caractère incessible du droit d'auteur dans son ensemble, suivant la tradition moniste, a des répercussions immédiates sur les montages contractuels envisageables[2024]. Cependant, selon l'approche économique qui caractérise les systèmes de *copyright*, le droit d'auteur est transmissible comme tout autre bien[2025]. De même, l'interférence du droit moral dans l'exploitation contractuelle des prérogatives patrimoniales est plus remarquable dans les pays de droit d'auteur que dans les pays de la tradition du *copyright* où le respect des prérogatives morales de l'auteur est moins contraignant[2026]. La consécration du droit de retrait et de repentir au sein des droits d'auteur continentaux[2027], prouve que l'impact de l'interférence des

---

soucie moins de la protection de l'auteur que de l'intérêt plus général des relations juridiques. Ces contrats d'exploitation du droit d'auteur ne présentent donc pas de caractéristiques particulières en raison de leur nature par rapport au droit commun des contrats. » ; M. JOSSELIN, « The concept of the contract for the exploitation of author's rights : a comparative approach », *Bull. UNESCO*, vol. XXVI, n° 4, 1992, p. 6-16, disponible sur : <unesdoc.unesco.org/images/0009/000945/094583eo.pdf>, p. 13 : « Countries in the copyright tradition are more sensitive to the free flow of works of the mind […] ». Déjà M. HIRST, « Rapport britannique », ALAI, *Liberté des contrats et droit d'auteur : journées d'études, Berlin-Ouest*, 1er-2 octobre 1975, p. 14 et s.

[2023] Pour un exposé de la diversité relative à cette question, v. S. Von LEWINSKI, « Copyright Contracts », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 241 s. et not. pp. 242-243 ; S. DUSOLLIER, C. KER, M. IGLESIAS, Y. SMITS, *Contractual arrangements applicable to creators : law and practice of selected Member States*, European Parliament – Directorate General for International Policies – Policy Department C : Citizens' Rights and Constitutional Affairs – Legal Affairs, 2014, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/RegData/.../IPOL-JURI_ET(2014)493041_EN.pdf>.

[2024] Sur ce point voir par exemple, M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 108, p. 114 ; M. JOSSELIN, « The concept of the contract for the exploitation of author's rights: a comparative approach », *Bull. UNESCO*, vol. XXVI, n° 4, 1992, p. 6-16, disponible sur : < unesdoc.unesco.org/images/0009/000945/094583eo.pdf>, p. 12.

[2025] Sur cette différence v. par exemple, D. MOURA VICENTE, *La Propriété Intellectuelle en droit international privé*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, Martinus Nijhoff Online, disponible sur : <www.nijhoffonline.nl>, p. 317 : « Tandis qu'en général les systèmes de *common law* n'établissent pas de régimes spéciaux pour les contrats relatifs à l'utilisation ou à l'exploitation de biens intellectuels, et les soumettent, par conséquent, aux règles communes, les systèmes continentaux excluent la transmission contractuelle de certains droits intellectuels (par exemple en France et au Portugal, le droit moral d'auteur et, en Allemagne, le droit patrimonial d'auteur aussi, en conformité avec la vision « moniste » du droit d'auteur qui prévaut dans ce pays) » ; G. DAVIES, « The Convergence of *Copyright* and Authors' Rights- Reality or Chimera ? », *IIC*, 1995, p. 964 s. et not. p. 971 : « In *common law* countries there are no restrictions on transfer of rights, whereas this is not the case in civil law countries. For example, in some countries, moral rights are inalienable. » ; J. GINSBURG, « L'avenir du droit d'auteur : un droit sans auteur ? », *Comm. Comm. Electr.*, n° 5, mai 2009, étude 10, n° 2. V. cependant l'art. 94 CDPA britannique. *Adde* M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 110, p. 116 : « Lorsque l'on recherche un facteur commun aux trois notions de contrat d'exploitation du droit d'auteur dans les systèmes juridiques retenus, les développements qui précédent permettent de conclure que l'unité ne pourra pas se faire autour de l'objet du contrat. Ce ne sont pas les mêmes prérogatives que l'on cède suivant que l'on effectue un assignement of copyright ou une concession d'une œuvre pour utilisation. Le particularisme des familles de droit étudiées est accentué en ce qui concerne la définition des droits accordés à l'auteur, et leur cessibilité par contrat. »

[2026] V. en ce sens par exemple M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 204, p. 190 : « Les pays du *copyright* tolèrent que soient pratiquées des modifications substantielles de l'œuvre au cours de l'exploitation, modifications que l'auteur peut juger intolérables. » ; *ibidem.* n° 106, p. 113 : « cette liberté contractuelle concerne aussi bien l'aspect patrimonial du droit d'auteur, le *copyright* à proprement parler, que tous les aspects extra-patrimoniaux afférents à ce droit. » Comp. l'art. 87 de la CDPA britannique. *Adde* M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 204, p. 191 : « L'introduction du droit moral, en Angleterre, en raison de la fragilité de ses caractères et de la faculté d'y renoncer, ne risque pas de bouleverser l'économie globale du contrat d'exploitation dans le *copyright* anglo-saxon. »

[2027] V. en droit grec, l' art. 4§§1 point e) et 2 loi 2121/1993 ; en droit français, l'art. L. 121-4 CPI ; en droit allemand, v. art. 42 UrhG.

prérogatives morales sur l'exploitation contractuelle du droit d'auteur peut être significatif et aller jusqu'au bouleversement de l'économie globale du contrat d'exploitation. Il semble finalement ne pas y avoir vraiment de conception commune en matière de propriété littéraire et artistique en Europe[2028]. La différence d'approche se reflète également au niveau de l'exploitation contractuelle. La diversité culturelle qui caractérise la matière de droit d'auteur aura certainement des répercussions sur la démarche de (re)construction du droit des contrats d'exploitation dans une perspective européenne. Par exemple, l'adoption d'un droit contractuel d'auteur européen, qui suivrait le modèle du *copyright*[2029] et serait donc axé autour de l'exploitation commerciale et non de la protection des intérêts (patrimoniaux et extra-patrimoniaux) de l'auteur-créateur, soulèverait certainement des résistances de la part des systèmes juridiques du continent[2030].

398.- En somme, le projet d'un droit européen des contrats d'exploitation devrait faire face à des résistances qui s'appuient sur la préservation des cultures juridiques nationales[2031].

[2028] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 124 ; Ch. GEIGER, « Introduction aux rencontres franco-allemandes sur le droit d'auteur », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, « le droit des affaires », t. 29, Litec, 2007, p. 5 et s. et not. p. 5 : « il existe en Europe un certain nombre de traditions juridiques, qui diffèrent tant par leurs conceptions légales que jurisprudentielles. »

[2029] Rappr. Ch. GEIGER e*t alii*, « Compte-rendu du colloque et clôture », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007 p. 571 s. et not. p. 616 (point F) : « En effet si on recourrait à la Commission, rien n'exclut qu'elle ait l'idée de démanteler les droits contractuels d'auteur français et allemand pour suivre le modèle britannique. »

[2030] Sur le besoin de protéger les intérêts des auteurs dans le cadre de la construction d'un droit européen des contrats d'auteur (approche continentale), v. not. M. WALTER, S. von LEWINSKI (sous dir. de), *European Copyright Law*, a commentary, Oxford University Press, 2010, n° 16.0.139 : « Above all, harmonisation of a balanced framework for contracts in the realm of *copyright* and related rights should be dealt with in the near future in order to protect authors and performing artists who, as mentioned, are regularly the weaker parties in such contracts. » ; A. DIETZ, « European Copyright Law-A Commentary » [Recension de livre], *IIC*, 2011, p. 874 s. et not. p. 875 : « May Mr. Walter's warning words never be ignored : « The best system of authors' rights and their enforcement will fail to fulfill its task if there is no legal framework to protect effectively the authors' and performing artists' legitimate interests in their relationships with their partners in the market. » Comp. A. DIETZ, « Préface », *in* M. MARKELLOU, *Le contrat d'exploitation d'auteur : Vers un droit d'auteur conctractuel européen*, Larcier, 2012, p. 8 : « Ce serait une vraie honte que [les instances compétentes], ce qui a été fait jusqu'ici avec le droit moral des auteurs, ferment les yeux devant le fait que n'importe quel régime du droit d'auteur qui voudrait laisser les intérêts existentiels des auteurs de côté ne mérite pas son nom. Un tel régime se verrait exposer à des critiques encore plus agressives de la part de la génération des « net surfers » ». Rappr. les réserves émises lors de la consultation concernant la création d'un Code européen du droit d'auteur. V. sur ce point, C. ZOLYNSKI, N. MARTIAL-BRAZ (sous dir. de), *Réponse du réseau Trans Europe Experts Pôle droit de la propriété intellectuelle au Livre Vert sur La distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne COM (2011) 427 final*, novembre 2011, disponible sur : <www.transeuropeexperts.eu>, p. 75 et s., et not. p. 78 à propos la codification européenne du seuil de protection : « Or, la codification devant être un processus de consensus, il est à craindre que le droit d'auteur à la française n'ait à souffrir de la conciliation avec les autres systèmes de protection des droits d'auteur et notamment avec les systèmes fondés sur une approche plus commerciale du droit d'auteur à l'instar des législations fondés sur la notion de *Copyright*. », ou de droit moral : « codifier le droit d'auteur sans intégrer le droit moral est proprement inconcevable dans la tradition française. » Sur le besoin de la préservation des particularités culturelles en matière de droit d'auteur en général v. F. POLLAUD-DULIAN, « Une apologie du droit d'auteur « à la française », *in* C. PUIGELIER (sous dir. de), *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 1133 et s. et not. p. 1159 : « Le droit d'auteur « à la française » nous semble bien adapté à l'idiosyncrasie de ce pays, comme le sont sans doute le « *copyright* » ou l' « *Urheberrecht* » à d'autres traditions culturelles et juridiques. Préserver une certaine diversité des droits contribue aussi à sauvegarder la diversité culturelle dans le monde. »

[2031] V. par exemple, R. SEFTON-GREEN, « Cultural Diversity and the Idea of a European Civil Code », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2006, pp. 71-88. La résistance en France est forte. V. sur ce point not. Th. GENICON, « Commission européen et droit des contrats : « *Quousque tandem abutere patientia nostra ?* », *RDC*, 01 juillet 2011, n° 3, p. 1050 ; Y. LEQUETTE, « Quelques

2°.- La diversité linguistique à l'échèle de l'Union européenne.

399.- Un aspect de la diversité culturelle qui caractérise la matière des contrats d'exploitation au niveau de l'UE est également la diversité linguistique. En pratique, le langage (juridique) constitue un élément de culture ou même d'identité nationale[2032]. De son côté, l'environnement juridique de l'UE se caractérise par son multilinguisme[2033]. Plus précisément, chaque ordre juridique national s'exprime à travers l'utilisation d'un langage propre. Dès lors, la diversité linguistique à l'échelle européenne est plus large que la diversité culturelle résultant du pluralisme des différentes traditions juridiques. Il est possible en effet que les droits nationaux appartenant à la même famille juridique utilisent des langages (juridiques) différents. Par exemple, les États-membres qui suivent la tradition continentale (Espagne, Portugal, France, Grèce…) utilisent des langages juridiques (parfois très) différents alors que, juridiquement, ils se regroupent sous le toit de la même tradition juridique, à

---

remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar », *D.*, 2002, p. 2202 ; G. CORNU, « Un Code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.*, 2002, p. 351 et s. ; M.-E. ANCEL, « Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », *in* G. PIGNARRE (sous dir. de), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2005, p. 121 et not. p. 138 et les références sous note n° 84. V. aussi B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *Les Petites Affiches*, 24 juillet 2006, n° 146, p. 3 s., n° 17, à propos de la résistance française contre la prise en considération du droit européen d'origine doctrinale lors des projets de reforme du droit des obligations : « […] l'existence de résistances délibérées manifestent la ferme volonté des rédacteurs de *conserver au doit français sa spécificité*, d'entériner en quelque sorte l'exception juridique et culturelle française. » et n° 22, parlant des résistances tenant au « maintien de notions *franco-francaises* ». La résistance nationaliste française s'est exprimée également contre la Directive 2011/83/UE du Parlement Européen et du Conseil, du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, JO L 304/64 du 22/11/2011, emportant une harmonisation maximale en matière de droit des consommateurs. V. par exemple, J. HUET, « Le scandale de l'harmonisation totale », *RDC*, 01 juillet 2011, n° 3, p. 1070 : « […] l'harmonisation « totale » est ainsi devenue l'harmonisation « complète », ou même le règlement, mais peu importe, c'est la même chose : le même abus de pouvoir, la même idéologie nuisible, le même mépris de la diversité des États membres. » et les références sous note n° 5 ; C. AUBERT de VINCELLES, L. GRYNBAUM, J. ROCHFELD, « Ou sont les Français ? ou l'urgence de la mobilisation européenne… », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 737 : « Les droits nationaux pourraient s'en trouver bouleversés et déstructurés. L'important réside dans la jonction du caractère transversal de cette directive et de son degré d'harmonisation : totale ou maximale, cette harmonisation empêche les États de prévoir des règles différentes » ; C. AUBERT de VINCELLES, « Naissance d'un droit commun communautaire de la consommation », *RDC*, 2009/2, p. 578 s. ; J. ROCHFELD, « La communautarisation des sources du droit- De l'harmonisation maximale », *RDC*, 2009/1, p.11 s. *Adde* M.-W. HESSELINK, « The European Commission's Action Plan : Towards a More Coherent European Contract Law ? », *ERPL*, 4/2004, pp. 397-419, et not. p. 416, note n° 84.

[2032] Et donc présente un caractère hautement symbolique. L'expérience de l'adoption du Règlement pour un brevet à effet unitaire l'a démontré. Pour un résumé du conflit lié au régime linguistique en matière de brevet unitaire, v. à titre indicatif, Th. JAEGER, « All Back to Square One ?-An Assessment of The Latest Proposals for a Patent and Court for the Internal Market and Possible Alternatives », *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper* n° 12-01, p. 2 et s. Déjà, V. SCORDAMAGLIA, « Les dispositions relatives à la propriété intellectuelle dans le Traité de Lisbonne », *Propriété industrielle*, numéro 3, 01/03/2010, p. 4 : « Le régime linguistique continue de représenter un élément politiquement très sensible car il met en jeu des reflexes d'identité culturelle voire même d'identité nationale des États membres. » *Cf.* l'art. 118 § 2 al. 1er TFUE : « Le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale, établit, par voie de règlements, les régimes linguistiques des titres européens ». Sur ce point, v. E. TREPPOZ, « Droit européen de la propriété intellectuelle », *RTD eur.*, 2011, p. 939 s. : « Le respect des identités linguistiques prévaut sur l'efficacité de cette nouvelle procéder mise en place pour la création de ces futurs titres européens. »

[2033] F. CAFAGGI, « Which Governance for European Private Law ? » (Octobre 2007), disponible sur : <ssrn.com/abstract=1024110> ou <dx.doi.org/10.2139/ssrn.1024110>, p. 2 : « The national legal systems as well as the European legal system are multilingual. » et les références citées, sous note n° 10.

savoir la tradition de la *civil law* et du droit d'auteur. De manière inverse, l'utilisation de la même langue officielle au sein de plusieurs pays appartenant à la même famille juridique ne garantit pas l'identité de contenu des termes juridiques et des concepts auxquels ceux-ci renvoient[2034]. La diversité linguistique rend la (re)construction proposée certainement plus complexe[2035]. Car un droit européen commun des contrats d'exploitation nécessite « d'utiliser un langage commun, de proposer des notions ayant vocation à être reprises et interprétées dans un contexte national. »[2036]

B.- La diversité catégorielle en droit de propriété intellectuelle.

400.- Nous avons vu plus haut que selon l'approche unitaire du droit de la propriété intellectuelle, actuellement reconnue en droit positif, les différents types de droits, malgré leurs traits particuliers, tendent à s'estomper en une catégorie unique[2037]. Toutefois, cette approche ne devrait pas nous conduire à méconnaitre ces « traits particuliers », propres à chaque composantes du droit de la propriété intellectuelle. En fait, la diversité juridique en matière de contrats d'exploitation à l'échelle européenne puise également dans la diversité caractérisant les composantes du droit de la propriété intellectuelle laquelle se reflète également dans leur exploitation contractuelle. Cette diversité « catégorielle » du droit des contrats d'exploitation tient, d'une part, à la singularité[2038] objective des différentes branches du droit de la propriété intellectuelle (1°) et d'autre part aux spécificités des différents marchés relatifs à l'exploitation des objets immatériels protégés par les droits de propriété intellectuelle (2°).

[2034] V. en ce sens, V. HEUTGER, « A more coherent European wide legal language », *European Integration online papers*, (EIoP), vol. 7, 2004, n° 2, disponible sur : <eiop.or.at>, p. 2 : « The use of German in legal language differs in its terminological use in Germany, Switzerland, Austria and Belgium. »

[2035] Comp. en ce sens, par exemple, W. DORALT, « The Optional European Contract Law and why sucess or failure may dépend on scope rather than substance », *Max Plank Private Law Research Paper*, n° 11/9, disponible sur : <ssrn.com/abstract=1876451>, p. 6 : « Linguistic diversity adds complexity to the topic of an optional European contract law. »

[2036] M. VIVANT, Ch. GEIGER, Chronique « Autre Regard… », *in Propr. Intell.*, n° 35, avril 2010, p. 747 s. et not. p. 750.

[2037] Voir *supra*, n° 377.

[2038] Terme employé par V.–L. BENABOU, V. VARET (sous dir. de A. FRANÇON), *La codification de la propriété intellectuelle : étude critique et prospective.* Mission de recherche droit et justice, Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, La Documentation française, 1998, p. 79, parlant de la parenté et des singularités des différents droits de propriété intellectuelle.

1°.- La singularité objective des différentes branches du droit de la propriété intellectuelle.

401.- Les branches du droit de la propriété intellectuelle sont différentes[2039]. Leur diversification peut être étayée pour des raisons tant pragmatiques (a) que dogmatiques (b).

a.- Le pragmatisme.

402.- Chaque branche du droit de la propriété intellectuelle a son objet et son domaine propres[2040]. Plus précisément, la propriété littéraire et artistique, malgré son industrialisation[2041], se préoccupe essentiellement de protéger des biens intellectuels dont le caractère est le plus souvent davantage esthétique et culturel que technique ou industriel[2042]. De son côté, la propriété industrielle (brevets d'invention et marques), malgré les différences de ses composantes[2043], a une vocation technique et commerciale. En pratique, « elle embrasse les droits destinés à protéger de nature industrielle, technique, ou des signes distinctifs à vocation industrielle et commerciale. »[2044] Sur cette base, il a pu être soutenu que la différence entre le droit d'auteur et les droits de propriété industrielle reflétait la différence de valeur essentielle des biens intellectuels protégés par chaque branche du droit de la propriété intellectuelle[2045]. De manière similaire, la protection accordée par les divers droits de

---

[2039] Ch. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP, Cahiers de Droit de l'entreprise*, n°42, 2004, p. 3 et not. p. 5.

[2040] Il est significatif qu'au niveau international, bien que l'unité du droit de la propriété intellectuelle soit consacrée par l'institution de l'OMPI, chaque matière est traitée par des comités séparés. En ce sens, Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 19. Comp. P. TREFIGNY, « Les contrats d'exploitation », *JCP Cahiers de Droit de l'entreprise*, n°42, Dossier « Propriétés intellectuelles ; unité ou diversité ?, 2004, p.16 et s. et not. p. 16, parlant des droits « qui appartiennent à des mondes distincts ». Sur cette base, la diversité qui caractérise les branches du droit de la propriété intellectuelle pourrait être qualifiée de « diversité interne », qui tient « à la nécessaire diversification des objets et des formes [du droit]. », v. sur ce point F. TERRE, « La diversité des diversités », Préface, *in* C. PUIGELIER (sous dir. de), *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 35 s.

[2041] V. *supra* n° 370.

[2042] P. TREFIGNY, « Les contrats d'exploitation », *JCP Cahiers de Droit de l'entreprise*, n°42, Dossier « Propriétés intellectuelles ; unité ou diversité ?, 2004, p.16 et s. et not. p. 16.

[2043] F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 45, p. 24 ; Ch. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP, Cahiers de Droit de l'entreprise*, n°42, 2004, p. 3 et not. p. 3 : « Et au sein même de la propriété industrielle les droits sur les créations coexistent avec les droits d'occupation sur les signes distinctifs. »

[2044] P. TREFIGNY, « Les contrats d'exploitation », *JCP Cahiers de Droit de l'entreprise*, n°42, Dossier « Propriétés intellectuelles ; unité ou diversité ?, 2004, p.16 et s. et not. p. 16.

[2045] V. par exemple Ph. GAUDRAT, « La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », *RTD Com.*, 2011, p. 562 s., et not. n° 12 : « la valeur essentielle à convertir en valeur économique n'est pas de même nature dans tous les objets intellectuels. C'est l'exacte adaptation du droit à ce processus de conversion qui engendre une disparité des modèles. »

propriété intellectuelle répond à des finalités différentes selon la branche en question[2046]. Par exemple, la protection conférée par le droit d'auteur répond également à des objectifs non-économiques, tels que culturels ou personnels[2047]. C'est sur cette base que les conditions d'obtention de chaque droit sont différentes : le droit d'auteur nait de manière instantanée[2048], par le simple fait juridique de création alors que les brevets et les marques présupposent un acte juridique de dépôt[2049].

b.- Le dogmatisme.

403.- Il est possible d'étayer la singularité des composantes du droit de la propriété intellectuelle par des considérations dogmatiques développées surtout au sein des droits continentaux, en dépit de la tendance actuelle qui favorise l'approche unitaire de la matière. Il est en effet traditionnellement soutenu que le droit d'auteur et la propriété industrielle relèvent de logiques différentes, voire antinomiques[2050]. D'une part, le droit d'auteur se caractérise par une logique personnaliste :

[2046] Ch. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP, Cahiers de Droit de l'entreprise*, n°42, 2004, p. 3 et not. p. 5. V. aussi les « fonctions essentielles » des droits de propriété intellectuelle, telles qu'elles sont définies par les décisions de la CJUE.

[2047] D'un point de vue européen v. Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, la gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur, Bruxelles, le 16.04.2004, COM(2004) 261 final, point 1.1.1, cité par Notice de la Commission, orientations en vue de l'application de l'article 81 du Traité de la CE aux accords de transferts technologiques, J. O. C 101/2 du 274.2004, point 7, cité par F. GOTZEN, « Panel 1 : Les différentes possibilités de gestion du droit d'auteur : Gestion collective du droit d'auteur et octroi de licences communautaires. La législation sur le droit d'auteur et la concurrence revisitée », Conférence « Droit d'auteur et créativité dans l'Union européenne élargie », Dublin, 20-22.06.2004, disponible sur : <ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/conference/2004-dublin/gotzen_fr.pdf>, p. 10 : « le droit d'auteur présente des caractéristiques qui lui sont spécifiques par ce que « outre les objectifs économiques plus généraux de stimulation de l'investissement, de la croissance et de la création d'emplois, la protection du droit d'auteur comporte *des objectifs non-économiques*, en particulier la créativité, la diversité culturelle et l'identité culturelle. »

[2048] C'est pourquoi le droit d'auteur se caractérise par une dimension personnelle plus développée. V. en ce sens, J. RAYNARD, « Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », *in* Mélanges offerts à J.-J. Burst, Litec, 1997, p. 529 et s., not. p. 539 : « L'apparition instantanée du droit, dès le fait de création commande la définition du sujet originaire du droit (qui ne peut être que le créateur) et introduit une dimension personnelle dans le régime du droit traduite par la présence de droits moraux –prérogatives exorbitantes- nous n'avons pas dit illégitimes- du droit commun. En revanche, le droit qui naît d'une formalité peut être attribué à un autre que l'inventeur (à savoir le déposant, et de fait, ignorera la dimension personnelle précédente. »

[2049] Voir d'un point de vue français, J.-L. GOUTAL, « De l'irréductible diversité à la quête d'unité », *JCP Cahiers de Droit de l'entreprise n°42*, 2004, p. 1 et s. et not. p. 1 : « Les conditions d'obtention de ces divers droits sont complètement différentes dans la forme et le fond. Le droit d'auteur, on le sait, a été conçu pour les poètes, à qui il n'est pas question d'imposer l'accomplissent de formalités ni le paiement de taxes. Pour les industriels en revanche qui aiment bien les titres, les enregistrements, les publicités, on peut imposer des conditions de forme et même des taxes. » ; J. RAYNARD, « Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », *in* Mélanges offerts à J.-J. Burst, Litec, 1997, p. 529 et s., not. p. 538 : «Du spécifique relève sans doute le mode de naissance du droit, le fait générateur. » D'un point de vue grec, G. KOUMANTOS, « Propriété intellectuelle », *Elldni*, n° 35, 1994, p. 1464 s. et not. p. 1465.

[2050] Sur ce point voir d'un point de vue français, P. TREFIGNY, « Les contrats d'exploitation », *JCP Cahiers de Droit de l'entreprise*, n°42, Dossier « Propriétés intellectuelles ; unité ou diversité ?, 2004, p.16 et s. et not. p. 16 : « Deux logiques bien distinctes dit-on ! Diversité ou Unité, malgré tout ? L'étude des contrats d'exploitation en droit de la propriété intellectuelle n'atteste pas véritablement d'une unité. En effet, ces logiques distinctes, voire pour certains antinomiques, ont conduit le législateur à aménager des conditions de fond profondément différentes, assorties de conditions de forme curieusement ordonnées, pour ne pas dire franchement désordonnées. »

l'Homme et, en particulier, l'Auteur se trouve au centre de son dispositif[2051]. D'autre part, le droit de la propriété industrielle se caractérise par une logique économique, où l'entreprise, personne morale, recueille toutes les attentions de la propriété industrielle[2052]. La différence de logiques se remarque également dans la nature et le contenu des deux catégories de droits. À titre d'exemple[2053], le droit moral, si important en droits d'auteur est pratiquement inexistant en propriété industrielle (si l'on met à part le droit moral limité de l'inventeur)[2054].

404.- La différence de logiques entre les droits de propriété intellectuelle se reflète également dans le contenu et l'approche adoptés en matière de contrats d'exploitation. Plus précisément, en droit contractuel de la propriété industrielle, tous les acteurs économiques sont considérés comme égaux[2055]. En revanche, le droit contractuel d'auteur (continental) se caractérise par une finalité protectrice. Sur cette base, plusieurs règles impératives qui imposent des restrictions à la liberté contractuelle (au moins au niveau de l'exploitation primaire) sont prévues, afin de protéger l'auteur-partie faible d'un contrat d'exploitation[2056].

405.- En somme, malgré le rapprochement *de facto* des différentes propriétés intellectuelles-rapprochement qui a été confirmé également en droit positif[2057], une « tension » peut être détectée entre les branches du droit de la propriété intellectuelle. Cette tension est due à la singularité des biens intellectuels protégés par chaque type de propriété intellectuelle et à la finalité de la protection qui y attribuée[2058]. De même, des considérations dogmatiques qui sont développées dans les pays du

---

[2051] D'un point de vue français, v. par exemple Ch. CARON, « Lettre au Professeur Georges B*** sur le droit d'auteur économique », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet,* Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 127-132, not. p. 128.

[2052] Il est significatif que le droit de propriété industrielle continentale soit rapproché du *copyright* anglo-saxon. V. par exemple Ph. GAUDRAT, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD Com.*, 2009, p. 323 et s., n° 1.

[2053] Pour une présentation sommaire de différences majeures entre les deux branches du droit de la propriété intellectuelle, voir, d'un point de vue français, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 42, p. 23 : « En effet, l'importance du droit moral dans le droit d'auteur et son inexistence en droit de la propriété industrielle (si l'on met à part le droit moral limité de l'inventeur) l'absence de formalité, l'absence d'obligation d'exploiter et le critère de l'originalité fondamentaux en droit d'auteur, pour ne prendre que ces exemples, constituent des différences très nettes avec le droit de la propriété industrielle. » ; G. KOUMANTOS, « Propriété intellectuelle », *Elldni*, n° 35, 1994, p. 1464 s. et not. p. 1464.

[2054] Sur ce point v. d'un point de vue français, Ch. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP, Cahiers de Droit de l'entreprise*, n°42, 2004, p. 3 et not. p. 5 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 42, p. 23.

[2055] Ch. CARON, « Lettre au Professeur Georges B*** sur le droit d'auteur économique », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet,* Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 127-132, not. p. 128.

[2056] Voir sur ce point, par exemple P. TREFIGNY, « Les contrats d'exploitation », *JCP Cahiers de Droit de l'entreprise*, n°42, Dossier « Propriétés intellectuelles ; unité ou diversité ? », 2004, p.16 et s. et not. p. 17 s.

[2057] V. *supra* not. n° 377 *sq*.

[2058] Sur ce point voir Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 7 et *ibid*. p. 19 ; Th. LIAKOPOULOS, « Évolutions et perspectives du droit de la propriété industrielle », *in Questions du droit des affaires*, Ed. Sakkoulas, vol. III, 1996, p. 4 ; G. KOUMANTOS, « Propriété intellectuelle », *Elldni*, n° 35, 1994, p. 1464 s. et not. p. 1464/ Comp. Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 2. Rappr. N. TELLIS, « La relation entre droit des marques et droit de signes distinctifs du droit substantiel : Besoin de réglementation unitaire ? », *EpiskED*, p. 881 et s. et not. p. 884.

continent renforcent cette singularité. Sur cette base, la différenciation de traitement de la matière des contrats d'exploitation pourrait être légitimement sollicitée.

2°.- La particularité de l'exploitation des différentes propriétés intellectuelles.

406.- Malgré la reconnaissance de l'unité systématique du domaine en droit positif, il n'en reste pas moins que l'exploitation des propriétés intellectuelles se caractérise par une tendance de spécialisation[2059]. En pratique, les droits de propriétés intellectuelles sont le plus souvent exploités par des entrepreneurs qui sont spécialisés dans un domaine précis, dont les contours sont édictés soit par le type de prérogatives qui font partie du contenu d'un droit de propriété intellectuelle[2060], soit par la nature du bien immatériel protégé. Sur cette base, chaque domaine d'exploitation des propriétés intellectuelles particulier correspond à une « industrie » (« *IP-based industries* » ou « *IP-extensive industries* »)[2061], à son tour connectée à un marché particulier[2062]. Ainsi, l'exploitation des propriétés intellectuelles se caractérise par l'existence d'une multitude d'industries spécialisées qui

---

[2059] Voir sur ce point, A. KUR, « Introduction », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law- Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. xi : « As their overall coverage broadens, legal fields such as patent and *copyright* law become increasingly *compartmentalized*: pharmaceutical patents have little in common with patents in classical technical fields such as machinery, and copyright in works of fine art is quite another discipline that copyright in new articles or computer programs. » ; A. OHLY, « The quest for Common Principles of European Intellectual Property Law- Useful, Futile, Dangerous ? » *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 3 et s. et not. pp. 4-5 : « Secondly, even within the European jurisdictions, a growing specialization among academics and practitioners has caused the areas of intellectual property to drift apart. […] As Troller noted in his seminal treatise on intellectual property law, "this professional specialization *can hardly be stopped*. The practitioners working in this area will always strive to cultivate the field entrusted to them even better and to breed increasingly refined varieties. » Troller was not happy with this tendency. » *Cf.* Th. HASSLER, « La sophistication du droit de la propriété intellectuelle », *in* Ch. GEIGER, C. RODA (sous dir. de), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé. Mélanges en l'honneur du professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, Lexis Nexis, 2013, p. 193 s.

[2060] Comp. WIPO, *Guide on the surveying the economic contribution of the copyright-based industries*, Geneva 2003, disponible sur : < www.wipo.int/*copyright*/en/publications/pdf/*copyright*_pub_893.pdf >, n° 73, p. 20 : « In this way, *copyright* law becomes a prerequisite for market transactions as it enables trade with the access to the underlying intellectual property. » Voir aussi le tableau sur WIPO, *Guide on the surveying the economic contribution of the copyright-based industries*, Geneva 2003, disponible sur : < www.wipo.int/*copyright*/en/publications/pdf/*copyright*_pub_893.pdf >, p. 17, présentant les différentes prérogatives du droit d'auteur et la portée des marches respectifs.

[2061] Pour un inventaire des industries, voir WIPO, *Guide on the surveying the economic contribution of the copyright-based industries*, Geneva 2003, disponible sur : < www.wipo.int/*copyright*/en/publications/pdf/*copyright*_pub_893.pdf >, n° 111, p. 28 ; Economics and Statistics Administration et United States Patent and Trademark Office, Intellectual Property and the U.S. Economy : Industries in Focus, mars 2012, disponible sur : <www.uspto.gov/news/publications/IP_Report_March_2012.pdf>, p. 33 et s.

[2062] Comp. G. VERCKEN, *Practical Guide to Copyright for Multimedia Producers*, European Commission LAB, EUR 16128 EN, Office for Official Publications of the European Communities, Brussels, 1996, disponible sur : <bookshop.europa.eu/en/practical-guide-to-copyright-for-multimedia-producers-pbCDNA16128/>, n° 150, p. 150, à propos des sociétés de gestion collective, parlant de « sectors [that] have separate economies ».

exercent leurs activités au sein de marchés séparés[2063]. La spécialisation des industries et des marchés respectifs relatifs à l'exploitation des propriétés intellectuelles est à l'origine d'une diversification des problèmes, des défis qui caractérisent l'exploitation (contractuelle) d'une prérogative ou d'un bien immatériel concret[2064]. Cette diversification des problèmes et des défis légitime effectivement la diversification des solutions et des pratiques en contemplation des industries ou des marchés en question[2065]. Il est en effet possible que les solutions adaptées aux besoins d'un marché particulier soient inappropriées pour un autre marché[2066], même si les prérogatives ou les biens immatériels en question appartiennent à la même branche du droit de propriété intellectuelle.

[2063] La spécialisation des industries et des marchés respectifs d'exploitation des propriétés intellectuelles est très remarquable en matière de droit d'auteur et des brevets. Comp. A. KUR, « Introduction », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. xi.

[2064] Voir sur ce point, à propos des industries culturelles WIPO, *Guide on the surveying the economic contribution of the copyright-based industries*, Geneva 2003, disponible sur : < www.wipo.int/copyright/en/publications/pdf/copyright_pub_893.pdf >, n° 85, p. 22 : « Cultural markets are highly diversified and that leads to substantial differences of the various industries or copyright activity under review. The different industries have different media for distribution, rely on different technologies and require different materials and in general different levels of investment. They often target different audiences and base their activity *on different rights or set of rights*. » ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 314, p. 204 : « S'il est ainsi peu probable qu'une creation des arts appliqués, une œuvre musicale ou multimedia puissent être éditées comme un roman » ; D. MARCHESE, *Licensing Agreements*, Longman, 1994, p. 4, se référant au caractère spécial de l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles en matière d'édition et de production audiovisuelle et télévisuelle. Comp. G. VERCKEN, *Practical Guide to Copyright for Multimedia Producers*, European Commission LAB, EUR 16128 EN, Office for Official Publications of the European Communities, Brussels, 1996, disponible sur: <bookshop.europa.eu/en/practical-guide-to-copyright-for-multimedia-producers-pbCDNA16128/>, n° 150, p. 150 à propos de la spécialisation SGC : « This specialization by genre of work is explained by the peculiarities of the way in which the works are produced and marketed depending on their kind. […] Each sector's peculiarities have thus posed different problems for rights management that have been resolved only by specific responses in terms of organisation, justifying the establishment of separate societies for each kind of work. »

[2065] A. STROWEL, « European copyright : beyond the additions made by the European Court of Justice, some pieces are still missing » *in* M.-C. JANSSENS (sous dir. de), *Harmonisation of European IP law : from European rules to Belgian law and practice. Contributions in honour of Frank Gotzen*, Bruylant-Larcier, 2012, p. 73 s. et not. p. 92 ; A. STROWEL, B. VANBRABANT, « Copyright licensing : a European view », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 29 s. et not. p. 30 : « sector-specific variations in licensing practices ». Comp. Ch. BUSCH, *Scope and content of an optional instrument for EU contract law*, Note, Directorate General for Internal Policies, Policy department C: Citizen's Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, PE 425.644, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/webnp/webdav/site/myjahiasite/users/emartinezdealosmoner/public/Busch%20%20EN.pdf>, p. 16, note n° 35, à propos des contrats des services : « considering the heterogeneous character of service contracts, specific provisions will be necessary for different services. »

[2066] En ce sens, voir par exemple, en matière de droit d'auteur, déjà, E. ULMER, « Some thoughts on the Law of Copyright Contracts », *IIC*, 1976, p. 202 s., p. 216 : « The difficulty stems in particular from the differences between the works in question. Rules suitable for clearly creative productions are ill-situated for any kind of works including the so-called small change for copyright law. As frequently emphasized in court decisions and legal wirings, copyright protection does not depend on the particular litterary and artistic value of the work. This certainly simplifies the regulation of copyright law but it complicates that of copyright contract law. In the field of publishing contracts the differences between original works and translations and other adaptations between publications of an individual author and contributions to compilations encyclopedias and dictionaries between the literary work and the illustrations attached thereto are quite important. The diversity of work is still greater in broadcasting and motion pictures. » ; The Economist Intelligence Unit, *The value of knowledge, European firms and the intellectual property challenge*, 2007. Disponible sur: <http://graphics.eiu.com/files/ad_pdfs/eiu_EuropeIPR_wp.pdf>, p. 16 : « The majority of respondents feel that in improving IPR legal regimes the best experience from other industries is instructive and should be borrowed. This statement wins agreement from 69 % of those surveyed. Nevertheless, some interviewees caution that what works in one industry may be completely inappropriate in another. »

§2.- Le traitement de la diversité.

407.- « La diversité est certaine, l'unité souhaitable »[2067] en matière de contrats d'exploitation. Bien entendu, la diversité culturelle et catégorielle qui caractérise la matière des contrats d'exploitation en Europe ne peut pas être ignorée lors de la (re)construction transversale du droit des contrats d'exploitation dans une perspective européenne[2068]. Au contraire, elle doit être respectée. L'impératif du respect de la diversité qui caractérise la matière des contrats d'exploitation (A) pose le défi de concilier le respect de la diversité avec la (re)construction proposée (B).

A.- L'impératif du respect de la diversité.

408.- La diversité qui caractérise la matière des contrats d'exploitation en Europe, tant culturelle (1°) que catégorielle (2°) doit être respectée lors de la construction d'un droit européen transversal des contrats d'exploitation, pour les raisons qui vont être exposées par la suite.

1°.- L'impératif du respect de la diversité culturelle.

409.- La diversité culturelle, valeur protégée en Europe. La culture juridique participe à l'identité nationale des États membres[2069]. De son côté, le pluralisme culturel, y compris le pluralisme juridique, jouit de la protection et de la préservation de l'art. 3§3 dern. alinéa du Traité sur l'Union européenne (ci-après TUE)[2070]. De même, selon l'article 167§1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE), « l'épanouissement des cultures des États membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale » constitue une obligation de l'Union[2071]. Par ailleurs, selon le 4e paragraphe du même article « L'Union tient compte des aspects

---

[2067] P. TREFIGNY, « Les contrats d'exploitation », *JCP Cahiers de Droit de l'entreprise*, n°42, Dossier « Propriétés intellectuelles ; unité ou diversité ? », 2004, p.16 et s. et not. p. 16.

[2068] R. SEFTON-GREEN, « Cultural Diversity and the Idea of a European Civil Code », M.-W. *in* HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 71 s. et not. p. 72 : « [I]t may be a mistake to deny this diversity […] » et *ibidem* p. 79 : « It is submitted that these cultural differences are fundamental and cannot be ignored. »

[2069] F. CAFAGGI, « Introduction », *in* F. CAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 1 et s. et not. p. 10- 11.

[2070] « Elle respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen. »

[2071] Pour une référence à cet article, v. W. van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », *in* F. GAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 37 et s. et not. p. 40. Par ailleurs, l'affirmation du besoin de respecter la diversité est reprise

culturels dans son action au titre d'autres dispositions des traités, afin notamment de respecter et de promouvoir la diversité de ses cultures »[2072]. Sur la même base, la protection de la diversité culturelle en Europe couvre aussi la protection du pluralisme linguistique. C'est pourquoi l'ordre juridique européen fonctionne sur la base du multilinguisme[2073] et compte 24 langues officielles[2074]. En vérité, les textes législatifs ainsi que les arrêts des Cours, entre autres, sont traduits dans toutes les langues officielles[2075]. Ceci dit, le droit européen est l'expression multi-linguistique d'un « message juridique identique »[2076]. Par ailleurs, la mise en œuvre des principes de proportionnalité et de subsidiarité[2077] est susceptible de « freiner » une action intrusive au niveau européen, qui perturberait de manière inadéquate les ordres et traditions juridiques des États-membres[2078].

D'après l'exposé précédent, la protection du pluralisme juridique est une valeur européenne d'ordre primordial[2079]. Ceci étant, nous pouvons affirmer que l'intégration juridique en Europe n'est pas un

---

au sein d'autres textes juridiques européens. V. par exemple le préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2010/C 83/02, JOUE, 30.03.2010, C 83/389 : « L'Union contribue à la préservation et au développement de ces valeurs communes dans le respect de la diversité des cultures et des traditions des peuples d'Europe, ainsi que de l'identité nationale des États membres et de l'organisation de leurs pouvoirs publics aux niveaux national, régional et local » ainsi que l'art. Article 22. Diversité culturelle, religieuse et linguistique « L'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique ». V. aussi R. SEFTON-GREEN, « Cultural Diversity and the Idea of a European Civil Code », *in* M.-W. HESSELINK, *The Politics of a European civil Code* (sous dir. de), Kluwer Law International, 2006, p. 71 s. et not. p. 75 et note n° 25.

[2072] Sur ce point v. Th. GEORGOPOULOS, « The legal foundations of European Copyright Law », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 31 s. et not. p. 41 : « [T]he protection of cultural diversity stands as a transversal limit to the action of European institutions in their decision-making. » Certes la question de l'interpretation de la notion de la « diversité culturelle » au sens du Traité reste encore ouverte. Sur ce point voir E. PSYCHOGIOPOULOU, « Cultural mainstreaming : the European Union's horizontal cultural diversity agenda and its evolution », *European Law Review*, 2014, p. 626 s. et not. p. 645.

[2073] Sur ce point v. P. ROSSI, « The Language of Law between the European Union and the Member States », *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 23 et s. et not. p. 25 : « Because of the supremacy of EC law, the Member states legal orders are directly affected by European provisions and their citizens must be able to access and understand the provisions in their mother tongue. »

[2074] F. CAFAGGI, « Which Governance for European Private Law ? » (Octobre 2007), disponible sur : <ssrn.com/abstract=1024110> ou <dx.doi.org/10.2139/ssrn.1024110>, p. 2 : « One of the peculiar features of European Private Law is multilinguism. The national legal systems as well as the European legal system are multilingual. This implies that national traditions, which are generally expressed in different languages, have to be combined in European law making and adjudication. »

[2075] Toutes les versions sont autoritaires. En ce sens, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law*, comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final, disponible sur <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/247_en.pdf>, n° 144, p. 43.

[2076] P. ROSSI, « The Language of Law between the European Union and the Member States », *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 23 et s. et not. p. 36.

[2077] V. *infra* n° 425 *sq*. Certes, en pratique, la CJ n'a jamais jusqu'à présent annulé une mesure juridique de l'Union sur le fondement du principe de subsidiarité. V. T. COOK, E. DERCLAYE, « An EU Copyright Code : What and How, if Ever ? », *Intellectual Property Quarterly*, n° 3, 2011, p. 259 s. et not. p. 265.

[2078] En ce sens, v. par exemple, M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 9, « The last frontier : territoriality », p. 307 et s. et not. p. 321.

[2079] En ce sens, Ch. Von BAR, B. HUGH, H. SCHULTE-NÖLKE (sous dir. de), *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Sellier, 2009, n° 18, p. 15 : « In a pluralistic society like Europe it is manifest that the preservation of cultural and linguistic diversity is an all important principle, vital to the very existence of the Union. »

une fin en soi de sorte que l'unité au niveau de l'UE n'est pas nécessairement préférable à la diversité[2080]. Dans le prolongement de ce constat, il est certain que, dans les hypothèses où l'unité a été jugée préférable à la diversité pour certaines raisons, l'européanisation ne devrait pas entraîner la destruction des cultures nationales[2081]. Par conséquent, le projet d'un droit européen des contrats d'exploitation devrait respecter la diversité culturelle qui caractérise le paysage juridique de l'Union européenne[2082]. Sur cette base, la compatibilité de la mesure juridique envisagée avec les différentes cultures juridiques nationales et son expression multi-linguistique devraient être assurées[2083].

[2080] W. van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », *in* F. GAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 37 et s. et not. p. 40 : « Uniformity is not better than diversity » et *ibid.* p. 75 : « Uniformity of laws should not be an objective in itself, as it is not of itself a higher good than diversity. » ; Ch. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law: current controversies in law*, Routeledge-Cavendish, 2008, p. 25 : « [T]he harmonisation of domestic laws in any particular area is not an objective pursued by the EU as an end in itself- there is no general aim to unify all the law of the Member States. » C'est également dans ce sens que, de manière générale, une action provenant du niveau européen doit s'abstenir de toucher des questions ancrées dans les traditions juridiques nationales, en ce sens, v. W. van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », *in* F. GAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 37 et s. et not. p. 75 : « there will as a general rule, be no justification for harmonizing matters which touch closely on national identity or culture or other matters of national interest for which member states are not yet prepared to adopt common legislation ».

[2081] En fait, certains, surtout en France, émettent les craintes que l'européanisation juridique mènera à un appauvrissement culturel et une uniformité ennuyeuse. Sur ce point v. not. Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Réponse a la commission européenne : A propos de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*, 2011, disponible sur : < http://www.henricapitant.org/sites/default/files/R%C3%A9ponse%20finale%20de%20l%27Association%20Henri%20Capitant%2031%2001%202011_0.pdf>, p. 2 s. et les références y citées ; Y. LEQUETTE, « Le Code européen est de retour », *RDC*, 01 juillet 2011, n° 3, p. 1028, n° 20 : « Plutôt que de vouloir à toute force gommer les nations qui la constituent, l'Europe serait mieux inspirée de prendre appui sur le socle qu'elles forment et de ne pas œuvrer constamment et insidieusement a la destruction de leur culture et de leurs traditions. » C'est par ailleurs pour cette raison que certains auteurs mettent l'accent sur le respect des traditions juridiques nationales lors de la transposition des directives européennes au sein des ordres juridiques nationaux. V. par exemple, en droit français, concernant le droit des obligations, M.-E. ANCEL, « Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », *in* G. PIGNARRE (sous dir. de), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2005, p. 121 et s. et not. n° 27, p. 142 : « La France doit enfin s'impliquer davantage dans la négociation des directives et se soucier aussi bien de « gérer » leur transposition, dans le respect de son droit national. » Comp. la Circulaire du 27 septembre 2004 relative à la procédure de transposition en droit interne des directives et décisions-cadres négociées dans le cadre des institutions européennes, JORF n° 230 du 2 octobre 2004, page 16920, texte n° 1.

[2082] En ce sens, v. Th. GEORGOPOULOS, « The legal foundations of European Copyright Law », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 31 s. et not. p. 41 : « [T]he protection of cultural diversity stands as a transversal limit to the action of European institutions in their decision-making. » ; M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not. p. 14 : « article 151(4) instructs the EC to take cultural aspects into account in its actions under article 95 TEC or other provisions, in particular to respect and promote the diversity of its cultures. Article 151 would therefore seem to curtail rather than strengthen the Community's possibilities of harmonizing copyright for the purpose of internal market integration. »

[2083] Comp. G. DANNEMANN, « The Working Method of the Acquis Group- A Model ? » *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 15 s. et not. p. 26 : « The Acquis principles must be formulated in such a way that they can interact with different legal systems and legal traditions, preferably without taking sides. » ; Ch. GEIGER, « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 2, pour qui le contenu des actions législatives « devra proposer une synthèse des différentes traditions des États membres, afin de pouvoir « saisir » ce qui pourrait constituer une identité européenne. » Sur cette base, l'élaboration d'un droit européen des contrats d'exploitation à partir d'un seul droit national-modèle devrait être exclue.

2°.- L'impératif du respect de la diversité catégorielle.

410.- La diversité catégorielle ne peut être ni sous-estimée, ni ignorée lors de la (re)construction transversale du droit des contrats d'exploitation dans une perspective européenne. Ainsi que démontré plus haut, le droit d'auteur ne peut pas (et ne doit pas) être entièrement confondu avec la propriété industrielle (et vice-versa) pour des raisons tant pragmatiques que dogmatiques. Par ailleurs, le droit des contrats d'exploitation ne doit pas être vu sous le prisme univoque de la logique économique. Si le marché est certainement une référence commune pour le droit de la propriété intellectuelle, celui-ci, nous semble-t-il, ne devrait pas en devenir la référence unique lors de la (re)construction du droit des contrats d'exploitation au niveau de l'UE[2084]. De manière similaire, les traits particuliers des différents marchés relatifs à l'exploitation des biens immatériels s'imposent, pour beaucoup, par des spécificités tangibles liées à la nature de tel ou tel bien intellectuel[2085]. Sur cette base, l'approche transversale souhaitable ne devrait être conçue comme une démarche d'unification ou d'uniformisation de la matière qui supprimerait la diversité et aplanirait toutes les spécificités[2086]. « Tous les droits subjectifs patrimoniaux ont une fonction économique, mais il faut qu'ils conservent leur esprit de cohérence - leur clarté - si l'on veut maintenir une discipline juridique digne de ce nom. »[2087] Ceci signifie que, lors de la (re)construction du droit des contrats d'exploitation au niveau de l'Union européenne, d'une part, le traitement transversal de la matière des contrats d'exploitation ne devrait pas aboutir à une uniformisation dénaturante des singularités des différentes propriétés intellectuelles et de la réalité spécifique de l'exploitation contractuelle des différents biens intellectuels[2088]. D'autre part, l'approche horizontale devrait être suffisamment

---

[2084] Rappr. F. TERRE, « Le Code civil français et le projet de code civil européen », *in* CEDROMA, *Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques*, Colloque de Beyrouth des 3, 4 et 5 mai 2004, Bruylant 2008, p. 385 s. et not. 389 s., qui est critique face au « radicalisme de l'argent » qui caractérise la pratique dominante en développement européen : « [L]e marché devient la source de l'intérêt général […] ».

[2085] En ce sens, A. KUR, « Introduction », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. xi : « In order to attain and keep up expert status on a particular subject, a high degree of specialization is needed, which may impede a full view on IP as one coherent field. »

[2086] Comp. A. OHLY, « The quest for Common Principles of European Intellectual Property Law- Useful, Futile, Dangerous ? » *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 3 et s. et not. p. 9, « *singularia non sunt extenda*. »

[2087] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 4e éd., 2001, n° 12, cite par P. TREFIGNY, « Les contrats d'exploitation », *JCP Cahiers de Droit de l'entreprise*, n°42, Dossier « Propriétés intellectuelles ; unité ou diversité ?, 2004, p.16 et s. et not. p. 21, pour qui, « [a]u regard des évolutions législatives, le droit d'auteur a subi l'influence (communautaire ?) du droit anglo-saxon qui l'a transformé en un droit économique, industriel qui participe activement au marché, ce qui exige une compétition énergique. »

[2088] En ce sens, E. STAMATOUDI, *Droit communautaire de la concurrence et propriété intellectuelle*, Nomiki Vivliothiki, 2006, p. 33 ; Th. LIAKOPOULOS, *Propriété Industrielle*, Sakkoulas, 2000, p. 20, note n° 26. Comp. N. TELLIS, « La relation entre droit des marques et droit de signes distinctifs du droit substantiel : Besoin de réglementation unitaire ? », *EpiskED*, p. 881 et s. et not. p. 884. Comp. en ce sens aussi le considérant n° 17 de la Directive 2004/48 (préc) : « Les mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive devraient être

flexible, afin de permettre l'adoption de solutions spécifiques adaptées aux intérêts catégoriels de l'exploitation et des marchés respectifs des différents biens intellectuels[2089].

B.- Le défi du respect de la diversité.

411.- ***Unitas in diversitas.*** Le besoin de respecter la diversité culturelle et catégorielle qui caractérise la matière des contrats d'exploitation en Europe constitue un défi à relever pour la (re)construction proposée[2090]. Ce défi s'analyse dans la difficulté d'atteindre l'*unitas in diversitas* en matière de contrats d'exploitation en Europe (1°) et dans les difficultés liées au respect de la diversité linguistique (2°).

1°.- De l'unité dans la diversité (*unitas in diversitas*) en matière de contrats d'exploitation en Europe.

412.- L'objectif de l'*unitas in diversitas* en matière de contrats d'exploitation présuppose l'existence de dénominateurs communs (a), ce qui ne va pas de soi (b).

---

déterminées dans chaque cas de manière à tenir dûment compte des caractéristiques spécifiques de ce cas, notamment des caractéristiques spécifiques de chaque droit de propriété intellectuelle et, lorsqu'il y a lieu, du caractère intentionnel ou non intentionnel de l'atteinte commise. »

[2089] Comp. S. von LEWINSKI, « Copyright in a Borderless Online Environment : EU Cross-Border Licensing of Rights », *in* J. AXHAM (sous dir. de), *Copyright in a borderless online environment*, The Institute for Legal Research, Norstedts Juridik, 2012, p. 101 s. et not., p. 118 : « [B]efore taking any legislative or political initiative it would be wise to consider the architecture of existing markets, which are quite different for different branches. A single solution to all these diverse markets does not seem useful. A cautious approach seems best in the situation. » Déjà E. ULMER, « Some thoughts on the Law of Copyright Contracts », *IIC*, 1976, p. 202 s. 1976, p. 216 : « these are differences which preclude far-reaching general regulations. The necessary differentiation must leave room for reasonable stipulation. » ; M. LOOS, « Service Contracts » *in* A. HARTKAMP *et al.* (sous dir. de), *Towards a European Civil Code*, 3e éd., 2004, Ars Aequi Libre/Kluwer Law International, pp. 571-582, p. 578 (à propos des contrats des services) : « [I]n the case of over-generalization, subtleties needed for specific services may also be lost, requiring either derogations in the specific chapters for these individual types of services, or forcing the parties to continue to draft their own contracts in order to derogate form inadequate rules. It appeared there was no way we could win… Yet, the only way forward seemed to be to try to strike a balance between generalization on a general level, specification of needed on the specific level of individual services and absence of regulation if no real need for rules could be established. »

[2090] Comp. J. SMITS, « Law Making in the European Union : On Globalization and Contract Law in Divergent Legal Cultures », *Louisiana Law Review*, 67, 2007, pp. 1101-1203. Disponible aussi sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1104386>, p. 1 : « One of the most salient problems of law making in a global world is how to deal with diverging national legal cultures. » ; J. SMITS, « Legal Culture as Mental Software, Or : How to Overcome National Legal Culture ? », Maastricht Working Papers, 2007-2, disponible sur :<ssrn.com/abstract=1007447>, p. 3 : « The question whether national cultural differences or differences between the civil law and the *common law* tradition, in particular, stand in the way of establishing a uniform private law led to a fierce debate. » V. aussi *ibid*, p. 8 s., et les stratégies présentées.

a.- L'impératif de l'*unitas in diversitas* : l'existence de dénominateurs communs.

413.- Au premier regard, l'européanisation transversale et le respect de la diversité culturelle et catégorielle qui caractérise la matière des contrats d'exploitation en Europe sont *a priori* deux choses antinomiques[2091]. En effet, l'idée d'une européanisation transversale chasse *a priori* la diversité culturelle et catégorielle de la matière et *vice versa*. En faisant toutefois une lecture plus approfondie, l'impératif du respect de la diversité « impose » la recherche d'un équilibre entre différences et similitudes parmi les éléments concernés, ou, autrement dit, entre unité et diversité, tant culturelle[2092] que catégorielle, lors de l'élaboration d'un droit européen des contrats d'exploitation. Ceci dit, l'uniformisation et la diversification absolues devraient d'ores et déjà être exclues au profit d'une approche plus équilibrée. Si nous voulons que la (re)construction proposée n'aboutisse pas à une uniformisation excessive et dénaturante de la matière des contrats d'exploitation, il semble falloir abandonner l'idée d'une approche « *one size fits all* »[2093]. En revanche, l'approche équilibrée correspond plutôt à la recherche d'un « pluralisme ordonné »[2094] autour des éléments d'unité, ou, en d'autres termes, à la recherche de l'unité dans la diversité[2095].

[2091] Comp. R. SEFTON-GREEN, « Cultural Diversity and the Idea of a European Civil Code », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 71 s. et not. p. 75 : « The argument stated simply is that the existence of cultural diversity in the European Union is in contradiction to the idea of a European civil Code. »

[2092] *Cf.* F. CAFAGGI, « Introduction », *in* F. CAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 1 et s. et not. p. 12, parlant de « balance between harmonization and differentiation ».

[2093] En ce sens, G. DINWOODIE, « Remarks : 'One Size Fits All'. Consolidation and Difference in Intllectual Property Law », University of Oxford Legal Research Paper Series, may 2010, Paper No 45/2010, disponible sur SSRN: <ssrn.com/abstract=1601225> (aussi *in* KUR A., MIZARAS V., *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 3 et s. et not. p. 10 : « clearly one size does not fit all […] whether we are talking about a single intellectual property regime, whether we are talking about eradicating differences in the application of the rules within a single regime, or whether we are talking about the level of commonality to be imposed on nations by international law. » Comp M. STATHOPOULOS, « Des règles uniformes du droit privé au sein de l'Union européenne-Le rôle de la science juridique et du législateur », *in Mélanges Koumantos*, Sakkoulas, 2004, pp. 990 s., et not. p. 997.

[2094] M.-J. CAMPANA, « Vers un langage juridique commun en Europe ? », *ERPL*, 1/2000, pp. 33-50, p. 50, citant, M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.*, 1999, chron. 43 ; M. DELMAS-MARTY, *Towards a truly common law*, Cambridge University Press, 2002, préface, p. xvi.

[2095] Sur le concept de l'unité dans la diversité, v.. J.-M. FAVRET, « L'Union européenne : « l'unité dans la diversité ». Signification et pertinence d'une devise », *RTD. eur.*, 2003, p. 657 s. ; V. MAK, « A Shift in Focus : Systematisation in European Private Law through EU Law (November 23, 2009), *European Law Journal*, *Vol.* 17, No. 3, pp. 403-428, 2011, *Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper No. 2009/12*, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1511624>, p. 3 : « 'Unity in diversity' has become a well-known phrase capturing the spirit of the cooperation of European States in the European Union. Although the main aim is to work together (unity), this should not lead to the demise of local customs, culture, language, or other aspects associated with the national characteristics and values of the Member States (diversity). » ; G. LOW, J. HENDRY, « '*Unity in Diversity*' : Questions of (Legal) Culture in the European *Union* », *Journal of Comparative Law*, 3, 2008, pp. 289-294 ; Y. BOT, « La création de l'espace pénal européen : de l'unité dans la diversité? », *in* C. PUIGELIER (sous dir. de), *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 275 s. ; V. REDING, « The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers », Speech/11/411, Leuven, 3 juin 2011, disponible sur : <ec.europa.eu/commission_2010-2014/reding/pdf/speeches/speech_leuven_en.pdf>, *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 9 et s. et not. p. 20 : « « Unity in diversity » is the Europe's challenging motto. » ; Ch. Von BAR, B. HUGH, H. SCHULTE-NÖLKE (sous

414.- La recherche de l'unité dans la diversité (ou mieux, la coexistence de l'unité et de la diversité) en matière de contrats d'exploitation en Europe suscite plusieurs questions. Où trouve-t-on l'équilibre entre l'unité et la diversité en matière de contrats d'exploitation ? Quels sont les éléments qui pourraient légitimement recevoir un traitement homogène dans l'ensemble du droit de la propriété intellectuelle au niveau européen ? Pour quels éléments le traitement sectoriel divergent est justifié et pour lesquels constitue-t-il le résultat d'un accident ?[2096] Autrement dit, quel est le « degré » d'*unitas* susceptible d'être légitimement envisagé, tout en respectant la *diversitas* catégorielle et culturelle de la matière[2097] ? Compte tenu du besoin de respecter la diversité et d'assurer la compatibilité d'un droit commun avec l'ensemble des cultures juridiques nationales, l'*unitas* devrait être déduite de manière « naturelle », par le bas[2098], à partir d'une diversité réductible[2099]. C'est pourquoi elle devrait être fondée sur des dénominateurs communs, qui seraient dégagés parmi les différents pôles de diversité qui caractérisent la matière des contrats d'exploitation[2100].

415.- L'*unitas in diversitas* recherchée lors de la démarche de (re)construction proposée devrait présenter une double dimension, afin de faire face à la double diversité -culturelle et catégorielle-

---

dir. de), *Draft Common Frame of Reference (DCFR),* Full Edition, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Sellier, 2009, p. 16 : « Existing cultural diversity was respected by the participation on an equal footing of lawyers from all European legal cultures in the preparation of the DCFR and by the serious attempt to reflect as far as possible all legal systems of the EU Member States in the Notes. This resulted in unity out of diversity, at a soft law level. » *Adde* G. SCHULZE, *Droit privé européen : l'unité dans la* diversité-*Le procès civil modernisé en Europe*, Sellier, 2013. Par ailleurs, *unitas in diversitas* est le *slogan* official de l'UE, J. SMITS, « Convergence of Private Law in Europe : Towards a New Ius Commune », *in* E. ÖRÜCÜ, D. NELKEN (sous dir. de), *Comparative Law* : *A Handbook*, Hart Publishing, 2007, pp. 219-240 et not. p. 223.

[2096] Comp. A. OHLY, « The quest for Common Principles of European Intellectual Property Law- Useful, Futile, Dangerous ? » *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 3 et s. et not. p. 11 : « An intra-disciplinary comparison between the different intellectual property rights can highlight inconsistencies which may be the result of historical accident. At the same time, justified differences can be stressed. »

[2097] Comp. A. OTT, « The 'Principle' of Differentiation in an Enlarged European Union », *in* K. INGLIS, A. OTT, (sous dir. de), *The Constitution for Europe and an Enlarging Union: Unity in Diversity?*, Europa Law Publishing, 2005, p. 105 s. et not. p. 131, parlant de « how the gap between desired minimal unity and unavoidable diversity might be bridged or, in other words, how much diversity is desirable in unity. »

[2098] En ce sens, W. van GERVEN, « A common Framework of Reference *and* Teaching », 1, *European Journal of Legal Education*, 2004, p. 1 et s. et not. p. 10 : « Rather than to create unity form above in laws which must be applied to concrete situations later on, the bottom-up approach attempts to find convergence from below in solutions which have been applied to concrete situations, and from there on to explore the actual functioning of laws. » ; Ch. GEIGER, « The construction of intellectual property in the European Union » *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *Constructing European Intellectual Property. Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar, 2013, p. 5 s. et not. p. 22.

[2099] Comp. M. STATHOPOULOS, « Des règles uniformes du droit privé au sein de l'Union européenne-Le rôle de la science juridique et du législateur », *in Mélanges Koumantos*, Sakkoulas, 2004, pp. 990 s., et not. p. 1004 ; Ch. GALVADA, G. PARLEANI, « Droit communautaire des affaires », *JCP* E, n° 36, 5 septembre 2002, p. 1251, n° 12, se référant à la Directive n° 2001/29, 22 mai 2001 : « Après avoir renoncé à harmoniser « tout ce qui fâche » (droit moral, droits des salariés, contrats d'exploitation), on pouvait harmoniser ce sur quoi il n'y avait guère de discussion, à condition de demeurer prudent. »

[2100] Comp. le concept du « noyau commun » du droit européen privé, recherché par le groupe *The Trento Common Core Project*, M. BUSSANI, U. MATTEI, *The Trento Common Core Project*, manifesto delivered at the first general meeting on July 6 1995. Disponible sur : <www.common-core.org>, p. 2. A la différence de l'approche adoptée par ce groupe de recherche, nous ne présumons pas l'existence d'un tel noyau commun. Son existence devra être démontrée, v. *infra* n° 432 *sq*.

qui caractérise la matière des contrats d'exploitation. Par ailleurs, cette double dimension s'adapte mieux à l'européanisation horizontale envisagée par la proposition de (re)construction. Ceci dit, l'objectif de l'*unitas in diversitas* impose la recherche de dénominateurs communs[2101] entre les différents droits nationaux d'une part et d'autre part, la recherche de pôles fondamentaux transversaux[2102] parmi les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle[2103].

b.- Le défi de l'*unitas in diversitas* en matière de contrats d'exploitation : Une diversité irréductible ?

416.- La construction d'un droit européen transversal des contrats d'exploitation sur la base d'*unitas in diversitas* présuppose que la diversité, culturelle comme catégorielle, qui caractérise la matière au niveau européen soit réductible et que des dénominateurs communs puissent être détectés parmi les pôles de diversité. Or ceci ne va pas de soi.

Tout d'abord, pour certains, la diversité culturelle au niveau de l'Union européenne est insurmontable. Prof. Legrand[2104], comme d'autres professeurs[2105], défendent la position selon laquelle la dichotomie entre la tradition du droit civil et la tradition de la *common law* est

---

[2101] A. LUCAS, « Droit d'auteur et copyright : les limites d'une convergence » *in Mélanges Koumantos*, Sakkoulas, 2004, pp. 649-655 et not. p. 653 : « Rapprocher la législation des États membres c'est rechercher un plus grand commun dénominateur. » ; Ch. GEIGER, « The construction of intellectual property in the European Union » *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *Constructing European Intellectual Property. Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar, 2013, p. 5 et s. et not. p. 22.

[2102] *Cf.* J.-J. BARBIERI, « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », *RDC*, 01 avril 2006, n° 2, p. 261 : « La construction du régime juridique de l'obligation de sécurité démontre qu'il est possible de *déterminer des pôles fondamentaux* qui transcendent les distinctions artificielles ».

[2103] Pour ce faire, il faut transcender les différentes sections de la matière, à savoir, le droit d'auteur, le droit des brevets etc. en vue d'identifier les convergences au sein du droit de propriété intellectuelle. En ce sens A. PEUKERT, « Individual, multiple and collective ownership of intellectual property rights-which impact on exclusivity ? », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 195 et s. et not. p. 196 : « In order to reveal these conflicts and to identify general principles of IP law that may guide possible solutions, one has to take *a horizontal approach*. This means that one has to cut across the traditionally segmented areas of patent, *copyright*, trademark law, etc. The task is to explore whether a certain issue is specific to just one area of IP law or whether it is *a structural feature* that emerges in the context of several IP rights. This systematic approach is not only of help in addressing contradictions in the field of IP law, but may also be useful for teaching purposes. » ; J. RAYNARD, « Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », *in* Mélanges offerts à J.-J. Burst, Litec, 1997, p. 529 et s., not. p. 538 : « L'interprète se doit de rechercher et dissocier le générique qui fait l'identité de la propriété intellectuelle du spécifique qui différencie au sein de la même famille » ; G. KOUMANTOS, « Propriété intellectuelle », *Elldni*, n° 35, 1994, p. 1464 s. et not. p. 1465, parlant de « διαπίστωση της ύπαρξης ενός γένους » [affirmation de l'existence d'un genre]. *Adde* N. BINCTIN, « Les biens intellectuels - Contribution à l'étude des choses », *Communication Commerce Electronique*, juin 2006, Études 14, p. 8 et s. et not. p. 8 : « Il s'agit de renforcer la diversité des propriétés intellectuelles par une prise en compte de leurs éléments d'unité. »

[2104] V. par exemple, P. LEGRAND, « European Legal Systems are not Converging », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, janvier 1996, p. 52 et s. ; P. LEGRAND, « Sens et non-sens d'un code civil européen », *RIDC*, 4, 1996, p. 779 et s. ; P. LEGRAND, « Le primat de la culture, *in* P. De VAREILLES-SOMMIÈRES, *Le droit privé européen*, 1998, p. 1 s. ; « La leçon d'Apollinaire », *in* P. LEGRAND, *Fragments on Law-as-Culture*, Deventer, 1999, p. 117 s. ; P. LEGRAND, « Antivonbar » *Journal of Comparative Law*, 1/2006, p. 13 et s.

[2105] Voir E. DACORONIA, « Vers un Code civil européen », *KritE*, 2/2001, p. 135 et s., not. pp. 141-142 et les références y citées ; M. J. BONELL, « The need and possibilities of a codified European contract law », Actes de la conférence de Scheveningen du 28 février 1997 organisée par le ministère de la Justice néerlandais *in* RED privé (Kluwer) 1997, p. 505 s. ; les références citées par C. WITZ, « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *Rec. Dalloz*, 2000, p. 79 s. sous I A.

irréductible[2106]. Il en découle que l'intégration juridique européenne en matière de contrats ne pourrait être réalisée qu'à travers l'élimination totale de la diversité[2107], ce qui implique le choix d'une culture juridique nationale en tant que point de référence ou modèle[2108]. Des voix similaires ont pu être émises à propos de la diversité culturelle qui caractérise la matière du droit d'auteur[2109]. Suivant cette approche, il semble que la recherche d'*unitas in diversitas* en matière de contrats d'exploitation en Europe soit une démarche très ambitieuse[2110].

De manière similaire, la « tension » qui caractérise les branches du droit de la propriété intellectuelle et découle des différences d'ordre tant pragmatique que dogmatique, est susceptible d'entraver la mise en œuvre d'une approche transversale de la matière des contrats d'exploitation. Par ailleurs, le caractère transversal de la (re)construction du droit des contrats d'exploitation au niveau européen inclut le risque d'une uniformisation excessive des différents droits de propriété intellectuelle[2111].

De même, la recherche de dénominateurs communs parmi les pôles de diversité qui caractérisent la matière des contrats d'exploitation est une tâche particulièrement délicate. Plus précisément, cette

---

[2106] Rappr. B. SCHÄFER, Z. BANKOWSKI, « Mistaken Identities : The Integrative Force of Private Law », *in* M. Van HOECKE, F. ORT, *The Harmonisation of European Private Law*, Hart Publishing, 2000, p. 21 et s. et not. p. 21 : « How could one present a coherent argument which reflects the position of its authors and try to convince its audience that all is well with European legal integration? Trying to do so would indeed mean attempting the impossible. Firstly it would mean developing a shared vocabulary a shared set of meanings between its authors. Then, finding a suitable means to communicate this understanding to a more or less arbitrary selection of European lawyers at different stages of their professional formation. How can both overcome the differences in national, legal and occupational culture between them and their audience ? It is clearly not straightforward and the result reflects to some extent the difficulties. »

[2107] En ce sens, v. B. SCHÄFER, Z. BANKOWSKI, « Mistaken Identities : The Integrative Force of Private Law », *in* M. Van HOECKE, F. ORT, *The Harmonisation of European Private Law*, Hart Publishing, 2000, p. 21 et s. et not.p. 21, resumant LEGRAND : « Only in merging completely with a different culture in adopting a shared way of living can we also create shared meaning. » ; R. SEFTON-GREEN, « Cultural Diversity and the Idea of a European Civil Code », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 71 s. et not. p. 75 : « For if such a Code is to be meaningful, it must, to some extent, smooth over the differences and eradicate, or at least diminish, the cultural contrasts. »

[2108] Comp. les craintes de « germanisation » du droit européen des contrats sous l'influence du DCFR, sur ce point P. REMY-CORLAY, « Traité de Lisbonne et Projet de Cadre commun de référence en droit privé européen », *RTD Civ*., 2008, p. 258 s. Comp. aussi d'un point de vue international, S. Von LEWINSKI, « Américanisation de la propriété intellectuelle », *Propr. Intell.*, janvier 2004, n° 10, p. 482 s. ; M. FRIOCOURT, « Quelle culture choisir pour la propriété intellectuelle de demain ? », *JCP* G, n° 49, 5 décembre 2011, p. 1373. Rappr. A. ARNULL, « The Americanization of EU Law Scholarship », *in* A. ARNULL, P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS, *Continutiy and Change in EU Law*, Essays in Honour of Sir Francis Jacobs, Oxford University Press, 2008, p. 415 s.

[2109] V. sur ce point Ch. GEIGER e*t alii*, « Compte-rendu du colloque et clôture », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007 (point D), p. 571 s. et not. p. 611 s. : « Il suffit de penser à la Grande-Bretagne où il serait difficile d'imaginer un droit contractuel d'auteur à l'allemande, pour comprendre que convaincre le législateur européen de la nécessité d'un droit contractuel d'auteur européen serait un gaspillage d'énergie. »

[2110] En ce sens, voir par exemple K.-H. LADEUR, « Methodology and European Law-Can Methodology Change so as to Cope with the Multiplicity of the Law ? », *in* M. Van HOECKE, F. OST, L. WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 91 et s. et not. p. 97 : « [I]n the debate on the harmonisation of law in Europe, reference is made to the need to respect the 'cultural identity' of states and their law. This concept is often invoked against the European law, it is said that the law's cultural ties are so strong that more far reaching Europeanisation (in particular, the production of joint codifications say, for example, in civil law) *de facto* has narrow limits. »

[2111] Comp. Ch. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP, Cahiers de Droit de l'entreprise*, n°42, 2004, p. 3 et not. p. 5.

recherche nécessite de la prudence et à la circonspection. En vérité, il faut garder une approche objective face à l'état actuel de la diversité, sans sous-estimer l'importance et la dimension des diversités existantes. Car, « [q]u'il braque le projecteur sur les différences irréductibles, et le [le chercheur] voilà accusé de les exacerber au nom d'un dogmatisme hors de saison. Qu'il privilégie les points de rencontre, et on aura vite fait de lui reprocher (d'un côté ou de l'autre, c'est selon) de tomber dans le piège des consensus artificiels ou celui des lâches abandons. »[2112] Ceci impose que tous les pôles de diversité culturelle et catégorielle soient pris en compte à égalité[2113] et présuppose de cartographier le plus fidèlement possible l'unité et la diversité de la matière des contrats d'exploitation en Europe. De manière similaire, la question de la diversité ne peut pas être affrontée avec un esprit de simplicité. Plus précisément, il faudrait éviter toute approche manichéenne face à la diversité qui mènerait, par exemple, à l'opposition de la *common law* fragmentée à la tradition civiliste rationnelle et codifiée, du « gentil » droit d'auteur au « méchant » *copyright*, ou du droit d'auteur « paternaliste » au droit « utilitariste » de la propriété industrielle.

417.- Suivant ces propos, le défi de l'*unitas in diversitas* se résume au défi de la détection des dénominateurs communs d'importance déterminante, qui démontreront que la diversité en matière de contrats d'exploitation n'est pas irréductible. C'est uniquement sous cette condition qu'il sera possible de procéder à la (re)construction du droit des contrats d'exploitation dans une perspective européenne, tout en respectant la diversité culturelle et catégorielle qui caractérise la matière[2114].

[2112] A. LUCAS, « Droit d'auteur et copyright : les limites d'une convergence » *in Mélanges Koumantos*, Sakkoulas, 2004, pp. 649-655.

[2113] Car « [c]hacun d'entre eux ne pourra jamais intégrer une règle qui bouleverse le fondement même de sa construction législative sur le droit d'auteur. », M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 104, p. 109 ; W. Van GERVEN, « Changing Methodologies under the Influence of Europeanization and Internationalization », Saro Congress, 2004, résumé de la Conférence disponible sur : < http://www.nwo.nl/files.nsf/pages/NWOP_66ZL2E/$file/SaRO_abstract_Van_Gerven.pdf>, p. 4 : « If the community legislature and executive wish to prevent Community rules from being experienced by citizens as artificial constructs, these rules must have their roots in the Member States' legal system. »

[2114] En ce sens, G. DINWOODIE, « Remarks : 'One Size Fits All'. Consolidation and Difference in Intllectual Property Law », University of Oxford Legal Research Paper Series, may 2010, Paper No 45/2010, disponible sur SSRN: <ssrn.com/abstract=1601225> (aussi *in* KUR A., MIZARAS V., *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 3 et s. et not. p. 1 : « Are there sufficient commonalities among the component parts of our field that we could realistically construct a unitary body of intellectual property law? » ; Comp. G. KOUMANTOS, « Propriété intellectuelle », *Elldni*, n° 35, 1994, p. 1464 s. et not. p. 1465.

2°.- Le défi du respect de la diversité linguistique.

418.- Si le principe du multilinguisme est sans nul doute une réponse face au respect de la diversité linguistique au niveau de l'Union européenne, il n'est toutefois pas une solution *per se*[2115]. Tout d'abord, le principe du multilinguisme exige la mise en place d'un dispositif de traduction assez coûteux[2116] et pas toujours efficace[2117]. Ensuite, et plus essentiellement, l'étude de la linguistique juridique[2118] démontre que les termes utilisés en droit européen (au sein des différentes versions linguistiques) ne se prêtent pas à une lecture commune lorsqu'ils s'inscrivent dans un contexte juridique national[2119]. Pour ne reprendre qu'un exemple très simple, celui du terme « propriété »

[2115] F. CAFAGGI, « Introduction », *in* F. CAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 1 et s. et not. p. 21 : « Mutlilinguism is not in itself a solution, but *it is perhaps the beginning of response*. »

[2116] F. CAFAGGI, « Which Governance for European Private Law ? » (Octobre 2007), disponible sur : <ssrn.com/abstract=1024110> ou <dx.doi.org/10.2139/ssrn.1024110>, p. 2 : « Multilinguism, while enriching the available set of choices, may ultimately be very expensive. » ; O. MORETEAU, « Can English become the Common Legal Language in Europe ? », *in* R. SCHULZE, G. AJANI (sous dir. de), *Common Principles of European Private Law*, coll. Nomos, Europaeisches Privatrecht, n° 22, Nomos, 2003, p. 405 et s. et not. p. 413 s.

[2117] Voir sur ce point, à propos des problèmes d'interpretation des décisions de la CJUE en plusieurs langues. M. DERLÉN, « Multilingual interpretation of CJEU case law : rule and reality », *European Law Review*, 2014, 39(3), pp. 295-315.

[2118] G. CORNU, *Linguistique juridique*, 3e éd., Montchrestien, 2005.

[2119] Sur ce point v. P. ROSSI, « The Language of Law between the European Union and the Member States », *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 23 et s. et not. p. 25 et *ibid*. p. 36 : « The difficulties of implementing harmonization, however, also reside in the different understanding of the legal terms and related concepts in each national legal order, despite the different languages in which these terms are expressed.» et *ibid.* p. 41 : « The same linguistic token does not guarantee that the legal content is also the same. » ; F. CAFAGGI, « Introduction », *in* F. CAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 1 et s. et not. p. 21 : « The use of several language without the support of a strong comparative analysis of the impact of harmonized rules is question-begging » ; G. AJANI, M. EBERS, « Uniform Terminology for European Contract Law : Introduction » *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 11 et s. et not. p. 14 : « It is therefore quite common that concepts introduced or defined by the law in a single jurisdiction do not correspond to the concept elaborated in another system. Obvious examples of concepts *difficult to translate* are trust and estoppels. But the difficulty is more often present in concepts where the translation appears undisputable: contract is always translated as Vertrag in german or contrat in French: this does not mean however that the rules governing contracts in the UK Germany or France are fully exchangeable. » ; A. TENENBAUM, « Introduction : Objectifs et Méthode du Groupe Terminologie », *in* Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et Société de Législation Comparée, *Terminologie contractuelle commune* : *projet de cadre commun de référence*, Coll. Droit privé comparé et européen, vol. 6, 2008, p. 15 et s., utilisant le même exemple : « Par exemple le terme français « contrat » semble pouvoir être traduit en anglais par le terme "contract" ; pourtant ces termes ne renvoient pas nécessairement à un concept sous-jacent identique dans les deux systèmes considérés. » ; M. VIVANT, Ch. GEIGER, Chronique « Autre Regard… », *in Propr. Intell.*, n° 35, avril 2010, p. 747 s. et not. p. 750 et not. p. 752 et les références y citées. Certes, même par une transposition fidèle, les problèmes liés à la qualité et l'exactitude de la traduction ne peuvent pas être évités.

Par ailleurs, le langage juridique d'origine européenne est souvent différent par rapport au langage purement national. V. en ce sens, G. AJANI, « Le multilinguisme, les langues du droit et la recherche de cohérence du droit privé européen », *in* G. AJANI *et alii*, *The Multilanguage Complexity of European Law*, European Press Academic Publishing, 2007, p. 23 et s. et not. p. 29 : « on doit constater que, en ce qui concerne le droit de l'Union Européenne, il existe deux langues différentes du droit pour chaque langue nationale. Le droit de l'Union, lorsqu'il s'exprime en français par exemple, n'utilise pas toujours de manière cohérente la terminologie utilisée dans le droit national : il ne s'agit pas seulement des cas célèbres de divergence entre termes consolidés dans la tradition interne et externe qui

dans le vocable propriété intellectuelle, ce terme ne renvoie pas forcément en France à la même réalité que la notion de *property* en droit britannique ou celle d'*Eigentum* en droit allemand[2120]. Par ailleurs, le mécanisme de traduction trouve ses limites en présence d'un aspect culturel inhérent au langage juridique[2121]. Dès lors, il est légitime de s'interroger sur l'efficacité du principe du multilinguisme d'établir un droit traduit en plusieurs langues[2122].

---

formulent directives et règlements mais de manière plus générale, du recours aux synonymes ou aux expressions considérés comme identiques. » ; P. ROSSI, « The Language of Law between the European Union and the Member States », *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 23 et s. et not. p. 36 : « Following the EC intervention for legal harmonization, two legal languages (European and national) coexist in each legal order with different or partially similar terminologies ».

[2120] Sur ce point v. M. VIVANT, Ch. GEIGER, Chronique « Autre Regard… », *in Propr. Intell.*, n° 35, avril 2010, p. 747 s. et not. p. 750 et not. p. 753 ; Ch. GEIGER, « Intellectual « Property » after the Treaty of Lisbon : Towards a Different Approach in the New European Legal Order », *EIPR*, n° 6, 2010, p. 255 s. not. p. 255.

[2121] P. ROSSI, « The Language of Law between the European Union and the Member States », *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 23 et s. et not. p. 24 : « Accordingly, the present contribution suggests that any attempt at large-scale harmonization or even a codification should consider the legal culture embodied in the legal languages used at European and national levels. The focus here is on the link between language and law within EU where language is simultaneously empahsised as being both cultural element and a specific medium for communicating national culture. » ; et *ibid.* p. 25 : « EC law being expressed in twenty languages questions arise about its translation and interpretation in the différent linguistic and légal contexts of the Member states. » ; G. AJANI, « Le multilinguisme, les langues du droit et la recherche de cohérence du droit privé européen », *in* G. AJANI *et alii*, *The Multilanguage Complexity of European Law*, European Press Academic Publishing, 2007, p. 23 et s. et not. p. 29 : « La signification des termes au sens de leur valeur sémantique, est déterminée par la tradition et pas la jurisprudence, c'est-à-dire par la stratification des interprétations qui ont été reconnues par les juristes. » Comp. S. PRECHAL, B. Van ROERMUND, « Binding Unity in EU Legal Order : An Introduction », *in* S. PRECHAL, B. Van ROERMUND (sous dir. de), *The Search for Unity in Divergent Concepts*, Oxford University Press, 2008, p. 1 s. et not. p. 5 : « Multi-lingualism in EC legislation leads to incorrect, at times impossible, translations. »

[2122] N. URBAN, « One legal language and the maintenance of cultural and linguistic diversity ? », *ERPL*, 1/2000, pp. 51-57 et not. p. 53 : « can there really be one law and many languages ? » et les références citées. C'est ainsi que pour certains auteurs le principe d'égalité linguistique sur lequel se base le principe du multilinguisme au niveau de l'Union européenne « est de plus en plus une fiction ».

Conclusion de la Section 1.

419.- La matière des contrats d'exploitation se caractérise indubitablement par une diversité culturelle et catégorielle significative[2123]. La diversité en question ne peut pas être ignorée lors de la (re)construction souhaitable du droit des contrats d'exploitation. Le besoin de respecter la diversité se traduit par le besoin d'atteindre l'*unitas in diversitas* en matière de contrats d'exploitation en Europe. Ceci impose que la diversité, tant culturelle que catégorielle qui caractérise la matière des contrats d'exploitation en Europe soit réductible. De même, la diversité linguistique constitue un défi supplémentaire.

Nous allons maintenant examiner un autre défi important de notre proposition, à savoir, le défi d'ordre institutionnel (Section 2).

[2123] Comp. R. SEFTON-GREEN, « Cultural Diversity and the Idea of a European Civil Code », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 71 s. et not. p. 87 : « This just shows that cultural diversity is very much alive in the EU. »

Section 2.- Le défi institutionnel : La compétence limitée de l'Union européenne.

420.- Nous avons exposé plus haut[2124] les raisons pour lesquelles la (re)construction du droit des contrats d'exploitation était une démarche qui devait être menée au niveau de l'Union européen. Dans le cadre de cette analyse, nous avons déjà signalé[2125] que l'Union européenne était une entité de nature originale[2126]. Elle pourrait être mieux décrite comme un système à plusieurs niveaux et à plusieurs centres[2127], organisés de manière « hétérarchique »[2128]. La distribution des rôles[2129] et des compétences parmi les niveaux et les centres en question forme le cadre institutionnel pour la production du droit au niveau de l'Union européenne[2130]. Or, la distribution des compétences peut s'avérer délicate, ce qui a des répercussions sur la prise de décisions et, pour ce qui nous intéresse, la production du droit au niveau européen[2131]. L'adoption de mesures législatives (contraignantes) au niveau européen dans le cadre de la (re)construction du droit des contrats d'exploitation doit se

---

[2124] V. *supra* n° 330 *sq*.

[2125] Comp. *supra* 332 *sq.*, la réalité du système à plusieurs niveaux.

[2126] V. en ce sens, S, NADAUD, *Recherche sur le processus de codification européenne du droit civil*, th. Limoges, 2007, n° 28, p. 40 ; A. KASZOROWSKA, *European Union Law*, 2e éd., Routeledge, 2010, p. 105 : « [T]he EU is neither a federation nor a confederation. […] The EU is a new hybrid political and legal system […] ». Certains y voient le *prototype* de structure de gouvernement pour l'avenir. En ce sens G. AMATO, « Multilevel Europe and private law », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 1 et s. et not. p. 40.

[2127] M.-W. HESSELINK, « The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law », *Tulane Law Review*, 2010, vol. 83, p. 919 et s., not. p. 935 : « The system has multiple levels that comprise rules enacted applied and further developed on different levels, both vertically (national European and global (CISG) and horizontally (different member states, private law and public law, consumer and general contract law, and legislatures and the courts) » ; K. CSERES, « Governance design for European private law : lessons from the Europeanization of competition law in Central and Eastern Europe », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 138 et s. : « The future governance design for European private law takes place in a complex system, composed of various vertical and horizontal layers. »

[2128] Sur la présentation de la structure de l'Union européenne comme une « hétérarchie », voir Ch. JOERGES, « Europeanization as Process : Thoughts on the Europeanization of Pirvate Law », *European Public Law Journal*, n° 11, 2005, p. 63 ; Duke Law, CiCLOPs occasional papers, vol. 1, June 2009, disponible sur : <www.law.duke.edu/cicl/ciclops>, p. 37 : « […] Europe cannot form a hierarchical system […] it is a heterarchically structured multi-level system. » et p. 38 : « Europe is not a state, and is not on its way to statehood. » ; Ch. JOERGES, « On the legitimacy of Europeanising Europe's Private Law : Considerations on an Law of Justi(ce)-fication (*justum facere*) for the EU Multi-Level System, EUI Working Paper Law, n° 2003/3, disponible sur : <hdl.handle.net/1814/198>, p. 38 et p. 47 : « Europe will not become a hierarchically structured polity, but will remain heterarchical and plural. »

[2129] F. CAFAGGI, « Introduction », *in* F. CAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 1 et s. et not. p. 14 : « The institutional dimension of EPL is built around the different roles of European and national institutions ».

[2130] En ce sens, par exemple, P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD Civ.*, 2001, p. 749 s. n° 23.

[2131] Notons que l'exposé ne sera ni exhaustif ni systématique. Nous allons analyser la question dans la mesure nécessaire pour l'analyse de l'objet de notre problématique. De même, nous n'allons pas nous arrêter sur des questions procédurales. Pour une présentation synthétique v. M. STORME, « The Foundations of Private Law in a Multi-level Structure : Balancing, Distribution of Law-making Power and other Constitutional Issues », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 379 s. et not. p. 386-387.

conformer, bien entendu, aux impératifs d'ordre institutionnel qui déterminent la compétence[2132] de l'Union européenne[2133]. Plus précisément, une action (législative) pour la (re)construction du droit des contrats d'exploitation au niveau de l'Union européenne doit faire face au défi de la compétence limitée de l'Union européenne[2134]. Selon le cadre juridique institutionnel, l'UE jouit d'une compétence à la fois fonctionnelle (§1), exceptionnelle (§2) et conditionnée (§3).

§1.- Une compétence fonctionnelle.

421.- Le besoin de poursuivre les objectifs de l'Union. Toute action juridique au niveau européen doit poursuivre un ou plusieurs objectifs de l'Union européenne, tels qu'énumérés par les Traités[2135]. L'Union n'aura pas la compétence d'agir lorsqu'aucun de ces objectifs n'est concerné[2136]. De son côté, l'harmonisation, l'unification ou l'amélioration des droits nationaux (des contrats) ou même la création « d'une Union sans cesse plus étroite »[2137] et d'une identité

[2132] V. sur ce point A. KASZOROWSKA, *European Union Law*, 2e éd., Routeledge, 2010, p. 80 : « The term 'competence' refers to the responsibility for decision making in a particular policy area. »

[2133] En ce sens, H. COLLINS, « Governance implications for the European Union of the changing character of private law », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 269 et s. et not. p. 271 : « My starting-point is the assumption that any legal instrument concerning private law created at the European Union level of governance would have to function *within the broad structures of the present multilevel system of governance*. » Rappr. F. CAFAGGI, « Introduction », *in* F. CAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 1 et s. et not. p. 2 : « To avoid discussing the role of European and national institutions in the production of private law rules would therefore be a mistake when engaging in the design of new EPL rules, particularly those of the Common Frame of Reference related to contract law. » ; S. WEATHERILL, « Competence and European Private Law », *in* Ch. TWIGG-FLESNER (sous dir. de), *The Cambridge Companion to EuropeanUnion Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 58 s. et not. p. 65 : « '[C]ompetence sensitivity ; should be part of any appreciation of the possibilities and limitations of EU private law. » et *ibid*. p. 69 : « [P]roponents of a 'European private law' must unavoidably engage with the prevailing constitutional constraints. »

[2134] S. WEATHERILL, « Competence and European Private Law », *in* Ch. TWIGG-FLESNER (sous dir. de), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 58 s. et not. p. 66, à propos de l'élaboration d'un droit européen des contrats : « The debate is, therefore, to be conducted with respect for the 'problem of competence', but the Commission studiously places the question 'should we do this ?' much higher up the agenda than the question 'are we competent to do this ?'. » ; S. WEATHERILL, « Constitutional Issues-How Much is Best Left Unsaid ? », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 89 s. et not. p. 89 : « What has remained largely hidden in the debate about what the EC should do is the question of what is it is constitutionally competent to do [sic]. »

[2135] V. l'art. 3 TUE et les art. 3-6 TFUE. Comp. Ch. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law : current controversies in law*, Routeledge-Cavendish, 2008, p. 25, note n° 13 : « After the Lisbon Treaty becomes effective, the objectives now stated in Art 3 will be found in Arts 3-6 TFEU. » En ce sens, à propos du droit des contrats en général, v. Ch. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law : current controversies in law*, Routeledge-Cavendish, 2008, p. 25 : « Consequently, any legislation in this field will have to tie in with one (or more) of the EU's stated objectives. »

[2136] En ce sens, J. ZILLER, « The Legitimacy of the Codification of Contract Law in View of the Allocation of Competences between the European Union and its Member States », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 89 s. et not. p. 94 : « Article 2 on the contrary has a function of limitation of Community action whenever none of these objectives are clearly at stake. »

[2137] V. le Préambule du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

européenne[2138] n'est pas un but en soi pour l'Union européenne[2139]. En revanche, l'objectif pertinent[2140] de l'Union pour une action juridique européenne en matière de contrats d'exploitation est l'établissement et le bon fonctionnement du marché intérieur ou, autrement dit, l'atténuation des défaillances du marché intérieur[2141]. Ceci signifie que l'adoption de mesures juridiques au niveau européen en matière de contrats d'exploitation présentera un caractère fonctionnel[2142] et devra être

---

[2138] V. M. BEHAR-TOUCHAIS, M. CHAGNY (sous dir. de), *Livre Vert sur le droit européen des contrats. Les réponses du réseau TransEuropeExperts*, Société de Législation comparée, Collection Trans Europe Experts, vol. 1, 2011, p. 22.

[2139] *Cf. supra* n° 263 *sq.*

[2140] En ce sens, Comp. M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not. p. 12 ; Ch. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law : current controversies in law*, Routeledge-Cavendish, 2008, p. 25.

[2141] Pour la matière des contrats en général, v. à titre indicatif F. CAFAGGI, « The making of European Private Law : governance design », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 289 s. et not. p. 292 : « The first and perhaps more relevant specificity of EPL is its contribution to the creation of the internal market. » ; W. van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », *in* F. GAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 37 et s. et not. p. 46 ; W. Van GERVEN, « Codifying European private law ? Yes, if…! », *ELR*, n° 27, 2002, p. 156 et s. et not. p. 165. Pour la matière de propriété intellectuelle, v. S. von LEWINSKI, « Copyright in a Borderless Online Environment : EU Cross-Border Licensing of Rights », *in* J. AXHAM (sous dir. de), *Copyright in a borderless online environment*, The Institute for Legal Research, Norstedts Juridik, 2012, p. 101 s. et not. p. 108, à propos des mesures juridiques en matière de droit d'auteur : « EU competence in this field is still limited to measures for removing obstacles to trade and thus to establish or accomplish the internal market. »; à propos des contrats d'exploitation d'auteur, S. Von LEWINSKI, « Copyright Contracts », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 241 s. et not. p. 242 : « Under EU law there is no general competency of the EU to legislate in the field of authors' rights and related rights including contract law aspects, so that any single harmonisation measure regarding contract law rules must be justified by its relevance for the internal market. » ; M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not. p. 12 : « In addition to the lofty aim 'to promote peace, its values and the well-being of its peoples', the EU's objectives are still predominantly economic : to establish an internal market work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability and a highly competitive social market. » ; *ibid.* p. 23: « If one considers the preambles, it appears that the pre-eminent objective of copyright harmonization is the removal of barriers to trade in goods and to the provision of services, followed closely by the goal of ensuring competition in the internal market.» ; *ibid.* p. 20 : « Copyright will continue to be regulated under the heading of internal market […] ». D'un point de vue plus général, v. Ch. TWIGG-FLESNER, « Good-Bye Harmonization by Directives, Hello Cross-Border Only Regulation? - A Way Forward for EU Consumer Contract Law », *European Review of Contract Law*, Vol. 7, No. 2, 2011, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1786692>, p. 11 : « The driving force behind EU action is the desire to make the internal market work better for both consumers and traders-not least because of the legal basis available for adopting legislation. » ; F. CAFAGGI, « Which Governance for European Private Law ? » (Octobre 2007), disponible sur : <ssrn.com/abstract=1024110> ou <dx.doi.org/10.2139/ssrn.1024110>, p. 3 : « European law is characterized by a regulatory function aimed at correcting market failures and creating an internal market. »

[2142] Le caractère fonctionnel de l'intervention européenne se reflète également dans la logique pragmatique et *technocrate* qui caractérise la législation européenne. Sur ce point v. M.-W. HESSELINK, « The European Commission's Action Plan : Towards a More Coherent European Contract Law ? », *ERPL*, 4/2004, pp. 397-419 et not. p. 417 : « The technocratic approach, with its exclusive focus on coherence and the internal market, that the Commission has instead adopted sadly conceals the real issues and will inevitably lead to resentment. » ; M.-W. HESSELINK (sous dir. de), « A Technical 'CFR' or a Political Code ?- An Introduction », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 3. s. Comp. M.-W. HESSELINK, *The New European Private law*, Kluwer Law International, 2002, p. 37, parlant d' « instrumentalisation » du droit. Comp. V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », Recueil *Dalloz*, 2006 p. 2279, *in fine*, se référant à des niveaux différents de pragmatisme : national, régional et mondial.

C'est par ailleurs pour cette raison que le droit européen est moins formel que les droits nationaux. Sur ce point v. J. SMITS, « The Europeanisation of national legal systems : some consequences for legal thinking in civil law countries », *in* M. VAN HOECKE (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford (Hart Publishing) 2004, p. 229 s., disponible aussi sur : <arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=919>, p. 6 et s. : « Europeanisation of law also affects the idea of a legal system as it has existed for several hundreds of years. » En ce sens, Th. WILHELMSSON, « Private Law in the EU : Harmonized or Fragmented Européanisation ?, *ERPL*, 1/2002, pp. 77-94 et not. p. 79 : « It is

approchée sous le prisme économique des valeurs du marché[2143]. En vérité, le « fétichisme du marché »[2144] constitue depuis toujours le moteur de toute action juridique au niveau européen tant en matière de droit des contrats que de propriété intellectuelle[2145].

---

obvious that EC law is less systematic than national law. » ; M.-W. HESSELINK, *The New European Private Law*, Kluwer-Deventer, 2002, p. 65 et s. : « Actors in European private law seem to share a much more moderate belief in the powers of abstraction and of concepts. Moreover, they seem to be less concerned with system, and, on the whole, their approach to the law is less dogmatic and less deductive. Private law is regarded more as instrumental to political, economic, social, cultural and other aims, and there is a pervasive use of the functional approach. More generally, the approach to the law is pragmatic : there is more attention to the consequences of rules and legal decision. There is less belief in right answers and in the necessity and rationality of a given legal system, which is more considered as contingent and therefore also uncertain. »

La différence de logiques et d'approche entre la législation européenne et les législations nationales peut mener à l'apparition d'inconsistances et au développement d'antagonisme et de tensions entre celles-ci. V. par exemple, M.-W. HESSELINK, *The New European Private law*, Kluwer Law International, 2002, p. 42 : « The reason for this is that the new rules do not become purely national by their transposition They remain connected with the directives which are European law. » ; G. LARDEUX, « Le droit des contrats spéciaux hors le Code civil », *Les Petites Affiches*, 14 septembre 2005, n° 183, p. 3 : « Comme le souligne Yves Lequette, la codification civile [des directives] n'aurait pas pour effet d'effacer comme par magie leur origine bruxelloise qui n'est pas sans importance en ce qu'elle implique que leurs interprétation et application soient soumises, non à la logique du droit civil français mais à celle du droit économique communautaire. » ; K. RIEDL, « The work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint », *ERPL*, 1, 2000, pp. 71-83 et not. p. 75 : « The background-logic of these influences is strongly characterised by rationales of an economic and social nature : since the building of the European entity has been guided by strategies of market building, new institutional frameworks of economic and social regulation have been created. » ; G. AJANI, M. EBERS, « Uniform Terminology for European Contract Law: Introduction » *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 11 et s. et not. p. 12, se référant à la création d'un droit privé européen ; M.-W. HESSELINK, *The New European Private law*, Kluwer Law International, 2002, p. 43 : « In Europe we are faced with competing normative aspirations and logics. »

[2143] En ce sens, Ch. GEIGER, « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 2.

[2144] M.-W. HESSELINK, « The European Commission's Action Plan : Towards a More Coherent European Contract Law ? », *ERPL*, 4/2004, pp. 397-419 et not. p. 412 : « market fetishism ».

[2145] V. sur ce point, M. VIVANT, Ch. GEIGER, Chronique « Autre Regard… », *in Propr. Intell.*, n° 35, avril 2010, p. 747 s. et not. p. 750 et not. p. 751 : « […] l'objectif d'assurer le fonctionnement du marché intérieur, ultime guide de l'action du législateur de l'Union […] » ; Ch. GEIGER, « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 2 : « L'absence de compétence de l'Union […] a nécessité d'agir toujours sous le prisme « du fonctionnement du marché intérieur ». En ce sens, à propos des actions juridiques européennes en matière de droit d'auteur, M. Van EECHOUD *et alii*, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s., Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2012-07 ; Institute for Information Law Research Paper No. 2012-07, disponible aussi sur SSRN : <ssrn.com/abstract=2049935>, p. 11 : « As can be deducted from the short history described above, the harmonisation of *copyright* and related rights has traditionally been inspired by two principal objectives : the proper functioning of the internal market and the improvement of the competitiveness of the European economy, also in relation to the EU's trading partners. » ; *ibid.* p. 23 : « If one considers the preambles, it appears that the pre-eminent objective of *copyright* harmonisation is the removal of barriers to trade in goods and to the provision of services, followed closely by the goal of ensuring competition in the internal market. » Et, *a contrario* B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 154 : « In view of the fact that there seems to be no real indication that the functioning of the common market urgently requires the approximation of the laws of Member States in this area, it is therefore questionable whether an action from the European legislator towards the harmonisation of the rules on copyright contracts would be consistent with article 5 of the Treaty establishing the European Community » *Adde* Th. DREIER, « Rights Management Report », rapport présenté à la Conférence « European Copyright Revisited », Santiago de Compostella, 16-18 juin 2002, disponible sur : <www.zar.kit.edu/DATA/veroeffentlichungen/3_european_00efc3b.pdf>, sous 1, à propos des contrats d'auteur : « If we look at this area of law from an internal market perspective, as in any other area of copyright harmonization the prime goal of legislative activity by the EU legislator would be to avoid discrepancies which negatively affect the internal market as well as distortions of competition. In short : the aim is to create a *level playing field.* » *Adde* A. RAMALHO, « Conceptualising the European Union's Competence in Copyright : What Can the EU Do ? », *IIC*, 2014, p. 178 s. et not. pp. 197-198.

Par ailleurs, le même objectif est sous-jacent aux actions visant la protection des consommateurs. En ce sens, Ch. TWIGG-FLESNER, « Good-Bye Harmonization by Directives, Hello Cross-Border Only Regulation? - A Way Forward for EU Consumer Contract Law », (February 24, 2011), *European Review of Contract Law*, Vol. 7, No. 2, 2011, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1786692>, p. 3 : « Although art. 169 provides a legal basis for

Ainsi, l'Union européenne n'est compétente que lorsque le lien entre l'action juridique envisagée et l'établissement et le bon fonctionnement du marché intérieur, ou autrement dit, le lien entre l'élimination de la diversité des droits nationaux et le bon fonctionnement du marché intérieur, est établi[2146]. Ceci présuppose, bien entendu, de démontrer l'existence d'obstacles au bon fonctionnement du marché intérieur qui sont causés par la diversité des droits nationaux ou l'insuffisance de l'acquis existant dans la matière concernée[2147].

---

consumer law measures, this is limited to measures which support supplement and monitor the policy pursued by the member states. The main reason for adopting consumer law measures at the European level has therefore been in the context of the internal market a point emphasized in art. 169 2 a TFUE which refers to art. 114. » ; F. CAFAGGI, « The making of European Private Law : governance design », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 289 s. et not. p. 292 : « The European legislation on consumer protection for example has often been linked to the creation of an internal market by making express reference to article 95 at its legal basis ».

[2146] C. AUBERT DE VINCELLES, « Les options « contraignantes » du livre vert (options 5, 6 et 7) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 115 et s. et not. n° 15, p. 122 : « Il suffit pour cela à la Commission d'établir un lien entre le marché intérieur ou la protection des consommateurs et les règles contractuelles. C'est là l'explication des postulats sur lesquels elle se base pour justifier l'intervention de l'Union dans la réduction de la disparité des droits : sans ce lien, pas de compétence. » ; W. van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », *in* F. GAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 37 et s. et not. p. 75 : « Within the framework of EC law, such justification for uniformity consists mainly in the necessity to create and operate an internal market with as sufficiently level playing ground-which implies the elimination of *concrete* legal impediments in the Member state laws. » ; W. DORALT, « The Optional European Contract Law and why sucess or failure may dépend on scope rather than substance », *Max Plank Private Law Research Paper*, n° 11/9, disponible sur : <ssrn.com/abstract=1876451>, p. 15 : « The entire project is based on the EU competence for reducing barriers to the internal market. Only measures that adequately allow achieving this goal and which are proportionate can be justified. The objective is, as stated, to overcome fragmentation. » ; H. WAGNER, « Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty. The example of the European Union » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 27 et s. et not. p. 41 : « To justify unification or harmonization, the European Commission often argues that diverging legal rules create unequal conditions of competition within the Single Market, and that such differences should be minimized in order to create a 'level playing field' for industry. » Comp. Y. LEQUETTE, « Recodification civile et prolifération des sources internationales », *in Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 171 s. et not. p. 178 : « Afin de favoriser l'établissement d'un marché unique, il a été reconnu aux institutions communautaires le pouvoir d'harmoniser les différentes législations nationales, là où le besoin s'en faisait sentir. »

Voir très critique sur ce point Y. LEQUETTE, « Le Code européen est de retour », *RDC*, 01 juillet 2011, n° 3, p. 1028 et not. n° 17 : « De même que pour la nomenklatura soviétique les lendemains ne chantaient pas parce qu'il n'y avait pas assez de communisme, de même pour la nomenklatura bruxelloise, la situation se dégrade toujours plus en Europe, parce qu'il n'y a pas assez d'intégration. »

[2147] En ce sens, en matière de droit d'auteur, v. S. Von LEWINSKI, « Copyright in a Borderless Online Environment : EU Cross-Border Licensing of Rights », *in* J. AXHAM (sous dir. de), *Copyright in a borderless online environment*, The Institute for Legal Research, Norstedts Juridik, 2012, p. 101 s. et not. p. 108 : « In order to establish EU competence such trade obstacles resulting from different national laws would first have to be established » ; Ch. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law : current controversies in law*, Routeledge-Cavendish, 2008, p. 30 : « There is therefore a burden on the European legislator to identify obstacles to the functioning of the internal market before adopting harmonising legislation on the basis of Art. 95. »

§2.- Une compétence d'attribution**.**

422.- Le cadre institutionnel de l'Union européenne implique la répartition des compétences entre l'Union et les États-membres[2148]. Le régime de cette répartition est précisé surtout par le TUE et le TFUE[2149]. Le pouvoir des Institutions européennes à légiférer (au sens large) se détermine sur la base de cette répartition[2150]. La compétence de l'Union d'adopter des mesures législatives se fonde sur le principe d'attribution (art. 5§1 al. 1er TUE[2151]). Plus précisément, « en vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres » (article 5§2 TUE).

423.- Deux conséquences découlent de ces dispositions. D'une part, l'Union n'a pas de compétence générale à légiférer. En revanche, l'Union a la compétence- exclusive[2152] ou partagée[2153] avec les États membres- pour légiférer à propos des hypothèses limitativement énumérées par les dispositions du Traité et afin de réaliser les objectifs prévus[2154]. Ces dispositions constituent alors

---

[2148] Sur l'ensemble de la question v. à titre indicatif, M. BLANQUET, « Compétences de l'Union. Architecture générale. Délimitation », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 170.

[2149] V. les Versions consolidées du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 2012/C 326/01, Journal officiel n° C 326 du 26/10/2012, p. 0001 – 0390.

[2150] *Cf. a contrario* O. DESHAYES, « Les options « non contraignantes » du livre vert (options 1, 2 et 3) » *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 97 et s. et not. p. 98 : « à proprement parler d'ailleurs, l'option 1 ne confère aucune « nature » à l'instrument : diffuser n'est pas légiférer. » ; Th. GEORGOPOULOS, « The legal foundations of European Copyright Law », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 31 s. et not. p. 31 : « Thus the legal foundation of any public policy or law-making within the EU is not just a matter of legitimacy and political choice. It is, first and foremost, a question of legal practice and an expression of the sharing powers between the EU and its Member States. »

[2151] « Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. » V. aussi l'art 3§6 TUE : « L'Union poursuit ses objectifs par des moyens appropriés, en fonction des compétences qui lui sont attribuées dans les traités. »

[2152] V. les art. 2§1 et 3 TFUE.

[2153] Art. 2§2 TFUE : « Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé, l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne. » V. aussi art. 4 TFUE.

[2154] Comp. l'art. 3§6 TUE : « L'Union poursuit ses objectifs par des moyens appropriés, en fonction des compétences qui lui sont attribuées dans les traités. » Sur ce point v. S. ROLAND, « Livre vert de la Commission européenne « droit européen des contrats », Remarques sur quelques difficultés d'ordre institutionnel », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 69 et s. et not. p. 70 ; M.-W. HESSELINK, J. RUTGERS, T. De BOOYS, « The legal basis for an optional insturment on European contract law », Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series No. 2007/04, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1091119>, p. 10 ; S. WEATHERILL, « Competence and European Private Law », *in* Ch. TWIGG-FLESNER (sous dir. de), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 58 s. et not. p. 58 ; S. WEATHERILL, « Constitutional Issues-How Much is Best Left Unsaid ? », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing,

les bases juridiques (ou bases légales) qui attribuent à l'Union la compétence d'agir[2155]. D'autre part, la compétence des États membres reste intacte dans tous les domaines non couverts par les bases juridiques d'action européenne[2156]. Par conséquent, nous pouvons affirmer que, selon le cadre institutionnel actuel, la compétence de l'Union est exceptionnelle, alors que celle des États membres est de droit commun[2157]. Par ailleurs, dans les hypothèses de compétences partagées, « l'incompétence des États est, d'une certaine manière, le pendant de la compétence européenne

---

2006, p. 89 s. et not. p. 90 : «[The EC] has only the competence conferred on it by its Member States. » ; Ch. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law : current controversies in law*, Routeledge-Cavendish, 2008, p. 26 ; V. CONSTANTINESCO, « La « codification communautaire du droit privé, future Constitution civile de l'Europe ? » *in De code en code, Mélanges* en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, Dalloz, 2009, p. 111 s. et not. p. 120 ; Ch. GEIGER, « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 2 : « On sait en effet que l'Union européenne n'a qu'une compétence d'attribution : son intervention doit être fondée sur une disposition du Traité qui l'a autorisé à agir. » ; M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not. p. 12 : « The attribution or conferral principle of Article 5 EC Treaty (new Article 3b TEU) requires that the Community act only insofar as the Treaty confers it powers to do so and only to attain the EC's objectives. » ; L. GUIBAULT, S. Van GOMPEL, « Collective Management in the European Union », *in* D. GERVAIS (sous dir. de), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, Kluwer Law International, 2006, Chap. IV, pp. 117-152, disponible sur : <http://www.ivir.nl/publications/guibault/collective_management_in_the_european_union.pdf>, p. 21 : « The Community legislator, therefore, has no general power to act. It may act only (a) if and insofar as powers have been conferred upon it by the provisions of the EC Treaty, and (b) with a view to realize the EC objectives. » Pour les objectifs de l'Union v. l'art. 3 TUE.

Certes, sur ce point nous pourrions mentionner la théorie des *compétences implicites*, consacrée dès 1956 par la CJCE (29 nov. 1956, *Fédéchar*, aff. 8/55, ECR 245, 280). Sur ce point, v. Th. GEORGOPOULOS, « The legal foundations of European Copyright Law », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 31 s. et not. p. 32 : « This latter provision [art. 352 TFUE] institutionalises the theory of implied powers, allowing EU institutions to extend their fields of regulation through supranational rules beyond the frontiers fixed by the Treaties, and to exercise a wider competence, provided that the exercise of this competence is necessary for the pursuit of European objectives.» ; P. CRAIG, G. De BURCA, *EU Law, Text, Cases and materials*, 5e éd., Oxford University Press, 2011, p. 77 ; A. KASZOROWSKA, *European Union Law*, 2e éd., Routeledge, 2010, p. 83.

[2155] Notons sur ce point que, pour certains auteurs, le caractère fragmenté du droit européen (le caractère « *patchwork* »), est dû au principe d'attribution des compétences à l'Union (conjointement avec la mise en œuvre du principe de proportionnalité). Voir en ce sens, à titre indicatif, W.-H. ROTH, « Transposing Pointilist EC Guidelines into Systematic National Codes-Problems and Consequences », *ERPL*, 2002, pp. 761-776 ; W. van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », *in* F. GAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 37 et s. et not. p. 38 ; *idem* CFR and teaching p. 2-3, se référant au « droit communautaire » en général et *ibidem* p. 75 se référant au droit privé. Rappr. M.-W. HESSELINK, *The New European Private law*, Kluwer Law International, 2002, p. 37 parlant d'une approche « instrumental », « functional and impressionistic to the law» qui mène à l'effet « *patchwork* » de la législation d'origine européenne ; Y. LEQUETTE, « Recodification civile et prolifération des sources internationales », *in Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 171 s. et not. p. 181, parlant de la destructurante politique sectorielle d'hamonisation. Par ailleurs, l'effet destructurant des textes européens est dû également à leur autonomie sémantique, car ils se déclarent « seuls maîtres de ses définitions ainsi que de l'interprétation des dispositions qu'ils formulent », Y. LEQUETTE, « Recodification civile et prolifération des sources internationales », *in Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 171 s. et not. p. 177. Effectivement, selon la Cour Européenne, « les termes d'une disposition de droit communautaire qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États-membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute la communauté, en interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par le réglementation en cause. », Aff. C 357-98, Rec. 2000, p. I-9265, § 26.

[2156] V. l'art. 4§1 TUE : « Conformément à l'article 5, toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres. »

[2157] S. ROLAND, « Livre vert de la Commission européenne « droit européen des contrats », Remarques sur quelques difficultés d'ordre institutionnel », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 69 et s. et not. p. 70. Par ailleurs, le Traité de Lisbonne a restreint la compétence de l'Union au profit des États membres, v. en ce sens, A. BERRAMDANE, « Le Traité de Lisbonne et le retour des États », *JCP G*, 2008, I., p. 116.

exercée car ce n'est que « dans la mesure où » l'Union n'a pas exercé sa compétence que les États peuvent le faire et inversement, que « dans la mesure où » l'Union a cessé de l'exercer que les États peuvent à nouveau légiférer.»[2158]

424.- Sur cette base, l'adoption d'une mesure juridique visant la (re)construction du droit des contrats d'exploitation au niveau européen doit absolument être fondée sur une base légale pertinente prévue par le Traité, tout en respectant les conditions d'adoption et la procédure applicable afférentes[2159].

§3.- Une compétence conditionnée.

425.- Les principes de proportionnalité et de subsidiarité. Une fois la compétence (partagée) de l'Union établie, l'amplitude de son exercice doit se justifier au regard des principes de subsidiarité et de proportionnalité (art. 5§1 al. 2e TUE[2160]). Plus précisément, d'un côté, selon le principe de subsidiarité, « l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être *mieux*, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union.[2161] » Ceci dit, une mesure juridique au niveau

---

[2158] V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », *Rep. Communautaire*, Dalloz, juin 2011, n° 150.

[2159] Comp. aussi M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking, Wolters Kluwer Law&Business*, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not. p. 12 : « Article 296 TFEU requires that every measure with intended legal effect expressly refers to its legal basis in the EC treaty. The court further demands that the application of the legal basis involved be well founded on objective grounds in the statement of reasons, particularly in regard to the aim and content of the measure. » ; A. KASZOROWSKA, *European Union Law*, 2e éd., Routeledge, 2010, p. 82 : « The principle of conferral serves as both justification for an EU action and as its legal basis. » L'obligation d'indiquer une base juridique pertinente s'adresse en particulier à la Commission, car « la plupart du temps, c'est elle qui initiera, par sa proposition, la procédure décisionnelle conduisant à l'adoption d'un acte communautaire. », V. CONSTANTINESCO, « La « codification communautaire du droit privé, future Constitution civile de l'Europe ? » *in De code en code*, *Mélanges* en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, Dalloz, 2009, p. 111 s. et not. p. 120.

[2160] Voir aussi l'art. 5 du Protocole (no 2) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité : « Les projets d'actes législatifs sont motivés au regard des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Tout projet d'acte législatif devrait comporter une fiche contenant des éléments circonstanciés permettant d'apprécier le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Cette fiche devrait comporter des éléments permettant d'évaluer son impact financier et, lorsqu'il s'agit d'une directive, ses implications sur la réglementation à mettre en œuvre par les États membres, y compris, le cas échéant, la législation régionale. Les raisons permettant de conclure qu'un objectif de l'Union peut être mieux atteint au niveau de celle-ci s'appuient sur des indicateurs qualitatifs et, chaque fois que c'est possible, quantitatifs. Les projets d'actes législatifs tiennent compte de la nécessité de faire en sorte que toute charge, financière ou administrative, incombant à l'Union, aux gouvernements nationaux, aux autorités régionales ou locales, aux opérateurs économiques et aux citoyens soit la moins élevée possible et à la mesure de l'objectif à atteindre. »

[2161] TUE, art. 5§3 al. 1er. Sur ce point v. par exemple C. AUBERT DE VINCELLES, « Les options « contraignantes » du livre vert (options 5, 6 et 7) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 115 et s. et not. n° 16, p. 122 ; S. ROLAND, « Livre vert de la Commission européenne « droit européen des contrats », Remarques sur quelques difficultés d'ordre institutionnel », *in* O.

européen dans les domaines où la compétence est partagée entre l'Union et les États membres, peut être licitement adoptée si elle est *indispensable*[2162] et plus efficace par rapport à une mesure adoptée au niveau national ou régional[2163]. De même, le principe de subsidiarité appelle à l'adoption de mesures juridiques par l'Institution qui se trouve aussi proche que possible du citoyen[2164].

En même temps, selon le principe de proportionnalité, « le contenu et la forme de l'action de l'Union ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités »[2165]. Le principe de proportionnalité implique la recherche de la plus juste adéquation entre la fin (objectif) poursuivie par l'action de l'Union et les *moyens* utilisés[2166], y compris le contenu et la forme de ces

---

DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 69 et s. et not. p. 74. *Cf.* le deuxième alinéa du même article : « Les institutions de l'Union appliquent le principe de subsidiarité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les parlements nationaux veillent au respect du principe de subsidiarité conformément à la procédure prévue dans ce protocole. » ; S. WEATHERILL, « Competence and European Private Law », *in* Ch. TWIGG-FLESNER (sous dir. de), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 58 s. et not. p. 64 : « A competence that exists- Article 5§1 TEU- should not be exercised where that would violate the principle of subsidiarity contained in Article 5(3) TEU. » Au-delà des parlements nationaux, la CJ peut éventuellement contrôler le respect desdits principes, v. par exemple V. CONSTANTINESCO, « La « codification communautaire du droit privé, future Constitution civile de l'Europe ? » *in De code en code, Mélanges* en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, Dalloz, 2009, p. 111 s. et not. p. 131.

[2162] S. NADAUD, *Recherche sur le processus de codification européenne du droit civil*, th. Limoges, 2007, n° 30, p. 41.

[2163] V. en ce sens, M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not. p. 20 : « [T]he prinicple of subsidiarity prescribes that the Community acts only to the extent that the objectives of the proposed action, first, cannot be sufficiently achieved aby the individual Member States, and second, can be better achieved by the Community. » *Cf.* A. KASZOROWSKA, *European Union Law*, 2e éd., Routeledge, 2010 p. 91, parlant de « benefit criterion, that is, an action must bring added value over and above that which could be achieved by individuals or a Member State. »

[2164] En ce sens, S. ROLAND, « Livre vert de la Commission européenne « droit européen des contrats », Remarques sur quelques difficultés d'ordre institutionnel », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 69 et s. et not. p. 71 : « le principe de subsidiarité appelle également que soit prise en compte *l'exigence démocratique* qui tient à ceci que l'action menée doit toujours l'être au plus proche des citoyens. » Par ailleurs, après la mise en vigueur du Traité, le principe de subsidiarité « semble aller dans le sens d'une certaine « dé-juridicisation » au profit de sa politisation (avec l'entrée en scène des parlements nationaux), de sorte que ce principe comporte également des éléments d'opportunité politique que les États membres pourraient opposer à une action de l'Union. » *Cf.* J. SCOTT, D. TRUBEK, « Mind the gap : Law and new approaches to governance in the European Union », *ELJ*, n° 8, 2002, p. 1 et not. p. [8], parlant de « generic pressure on the Union to ensure that décision remain at national level when they can » ; S. WEATHERILL, « Competence and European Private Law », *in* Ch. TWIGG-FLESNER (sous dir. de), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 58 s. et not. p. 64 : « The Court has pushed the matter of subsidiarity towards the politcal debate and robbed it of much, if any, legal significance. » Comp. A. BERRAMDANE, « Le Traité de Lisbonne et le retour des États », *JCP G*, 2008, I., p. 116.

[2165] TUE, art. 5 par. 4. Selon le principe de proportionnalité, trois critères doivent être respectés lors d'une action de l'UE : le critère de nécessité, le critère de proportionnalité *stricto-sensu* et le critère d'adéquation. Voir sur ce point C. AUBERT DE VINCELLES, « Les options « contraignantes » du livre vert (options 5, 6 et 7) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 115 et s. et not. n° 17, p. 122. *Cf.* pour une lecture du principe de proportionnalité du point de vue du droit des contrats dans un contexte européen voir. C. CAUFFMAN, « The Principle of Proportionality and European Contract Law », *Maastricht European Private Law Institute*, Working Paper No 2013/5, disponible sur : <www.ssrn.com>.

[2166] S. ROLAND, « Livre vert de la Commission européenne « droit européen des contrats », Remarques sur quelques difficultés d'ordre institutionnel », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 69 et s. et not. p. 71.

derniers[2167]. Ceci implique le respect de trois règles : « la nécessité de la mesure prise au regard de l'objectif (critère de nécessité), le non-dépassement de ce qui est approprié (critère de proportionnalité *stricto sensu*), et le choix de la mesure la moins contraignante pour les administrés ou les opérateurs économiques (critère de l'adéquation) »[2168]. Sur cette base, l'adoption de la mesure la moins intrusive possible pour les ordres et (cultures) juridiques nationaux doit être préférable[2169].

426.- En conclusion, si le droit interne est subordonné au droit européen[2170], l'emprise de ce dernier sur le premier est contrebalancée par la mise en œuvre des principes de subsidiarité et de proportionnalité. En pratique, les principes de proportionnalité et de subsidiarité constituent « le curseur de la frontière séparant les compétences de l'Union et celles des États membres[2171] ». Chaque intervention juridique européenne basée sur une compétence partagée, doit justifier son *caractère indispensable et adéquat* à réaliser l'objectif de l'Union envisagé.

[2167] V. A. KASZOROWSKA, *European Union Law*, 2e éd., Routeledge, 2010, p. 96 : « Not only the content but also the form of Union action must comply with the requirement of proportionality. »

[2168] V. C. AUBERT DE VINCELLES, « Les options « contraignantes » du livre vert (options 5, 6 et 7) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 115 et s. et not. pp. 122-123 et l'arrêt y cité.

[2169] Sur ce point v. par exemple, M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not. p. 21. Comp. aussi art. 5 du Protocole n° 2 attaché au traités, sur l'application du principe de subsidiarité et de proportionnalité : « Les projets d'actes législatifs tiennent compte de la nécessité de faire en sorte que toute charge, financière ou administrative, incombant à l'Union, aux gouvernements nationaux, aux autorités régionales ou locales, aux opérateurs économiques et aux citoyens soit la moins élevée possible et à la mesure de l'objectif à atteindre. » ; W. DORALT, « The Optional European Contract Law and why sucess or failure may dépend on scope rather than substance », *Max Plank Private Law Research Paper*, n° 11/9, disponible sur : <ssrn.com/abstract=1876451>, p. 15 : « Picking the lesser evil for the national systems. »

[2170] V. par exemple J. HUET, « Les sources communautaires du droit des contrats », *in Le renouvellement des sources du droit des obligations*, coll. Assoc. H. Capitant, Lilli, LGDJ, 1996, pp. 11-27 et not. p. 14.

[2171] C. AUBERT DE VINCELLES, « Les options « contraignantes » du livre vert (options 5, 6 et 7) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 115 et s. et not. p. 122. Comp. aussi P. CRAIG, G. De BURCA, *EU Law, Text, Cases and materials*, 5e éd., Oxford University Press, 2011, p. 85, se référant au caractère générique du terme « compétence partagée ».

Conclusion de la Section 2.

427.- En somme, selon le cadre institutionnel actuel, la compétence de l'Union européenne est exceptionnelle, conditionnée et fonctionnelle[2172]. Le caractère limité de la compétence de l'Union européenne pose un défi d'ordre institutionnel[2173] à la (re)construction proposée[2174]. Plus précisément, une action de (re)construction du droit des contrats d'exploitation menée au niveau de l'UE doit être liée à l'objectif de l'établissement et de l'amélioration du marché intérieur[2175]. De même, elle présuppose l'existence d'une base légale concrète prévue par le Traité, sur laquelle l'Union pourrait fonder sa compétence. Enfin, au-delà de l'établissement de compétence de l'Union, l'action doit être indispensable et appropriée pour atteindre l'objectif de l'établissement et de l'amélioration du marché intérieur. Le chemin vers la construction d'un droit commun européen rénové et transversal des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle est alors assez difficile d'un point de vue institutionnel[2176].

[2172] Sur ce point, voir à titre indicatif H. COLLINS, « Governance implications for the European Union of the changing character of private law », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 269 et s. et not. p. 271 : « Unlike national states, the competence of the European Union *is partial***,** and its system of governance depends heavily on national governments and national legal institutions to perform its functions and for its effectiveness. In contrast, traditional civil codes are instruments of centralized sovereign governments. »

[2173] D'autres parlent du vice d'ordre institutionnel, v. Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, « réponse a la commission européenne : à propos de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », disponible sur : <ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/16_fr.pdf>, p. 2.

[2174] Comp. M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 9, « The last frontier : territoriality », p. 307 et s. et not. p. 317 : « Assuming that a Community *copyright* would indeed be beneficial to the creative economy of the EU, would the European Legislature have the power to enact it ? »

[2175] Comp. S. Von LEWINSKI, « Harmonisation of Copyright in Europe-Background, Principles and Problems », *in* Ch. ANTONS, M. BLANKENEY, Ch. HEATH, *Intellectual Property Harmonisation within ASEAN and APEC*, Kluwer Law International, 2004, p. 93 s. et not. p. 95 : « The internal market is not only the main motivation for and aim of harmonising *copyright* and neighbouring rights in Europe ; also the legal competence of the EC to harmonise these areas is based on the achievement of the internal market. »

[2176] *Cf.* V. ZENO-ZENCOVICH, N. VARDI, « The Consitutional Basis of a European Private Law », *in* A. HARTKAMP *et alii* (sous dir. de), *Towards a European Civil Code*, 3e éd., Kluwer Law International, 2004, p. 205 s. et not. p. 213, à propos de l'élaboration d'un Code civil européen : « Indeed, should the proposition-motivated by plausible arguments- be accepted, according to which the Union should only have the competences expressly enumerated, that these competences should be exercised subject to the principles of subsidiarity and proportionality, and that all the competences not assigned to the Union should remain with the Member States, it is easy to forecast that the path for a possible European civil code, or even only a European contract code, would be extremely difficult. » ; H.-W. MICKLITZ, « A 'Certain' Future for the Optional Instrument », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 181 et s. et not. p. 190, parlant de « shaky legal ground on which any piece of EU law in the field of private law stands if it is based on harmonisation default rules. » Ajoutons que le chemin devient encore plus difficile à partir du moment où le besoin d'étayer la légitimité institutionnelle d'une intervention juridique européenne est devenu plus pressant, surtout, après la décision *Tobacco Advertising* (préc.). En ce sens, v. S. WEATHERILL, « Constitutional Issues-How Much is Best Left Unsaid ? », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 89 s. et not. p. 96 : « [T]he general perception that justification for EC intervention must be found and carefully explained holds good. The mood is different from the relatively carefree attitude to competence taken in the consumer contract law Directives adopted in the 1980s. » et *ibid*. p. 100 : « False market-making harmonisation is in jeopardy. » Ajoutons aussi les risques potentiels liés à la mise en œuvre du mécanisme d'alerte précoce de la part des Parlements nationaux, concernant le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

Conclusion du Chapitre II.

428.- Le projet proposé de bâtir un droit commun européen rénové et transversal des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle est certainement ambitieux, comme l'atteste l'analyse précédente. En pratique, deux défis importants, celui de la diversité juridique et celui d'ordre institutionnel, sont susceptibles d'ébranler ses axes et, de manière subséquente, les fondements du projet de la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation dans son ensemble. Ces défis remettent en question la faisabilité du projet qui dépend de la réponse positive et cumulative[2177] aux questions préalables suivantes :

1) La diversité juridique, tant culturelle que catégorielle en matière de contrats d'exploitation en Europe peut-elle être réduite ?

2) L'Union européenne a-t-elle le pouvoir institutionnel de mener le projet de la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation ?

Ces questions vont faire l'objet d'un examen dans le Titre suivant (Titre II).

[2177] Comp. F. CAFAGGI, « Introduction », *in* F. CAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 1 et s. et not. p. 6 : « Multilevel law making is the dominant feature of EPL. It implies the necessity to deal with several competing sources. It is the result of a competence system that should combine the goal of harmonization with that of preserving the integrity and identity of each national system. »

Conclusion du Titre I.

429.- Selon l'analyse précédente, le projet de la construction d'un droit commun européen des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle, rénové et transversal devrait être considéré comme une démarche désirable[2178], afin de remédier à l'insuffisance globale qui caractérise le cadre juridique actuel en Europe. Suivant le cadre institutionnel en vigueur, ce droit ne pourrait qu'être véhiculé par une mesure juridique prise au niveau de l'Union européenne. Cependant, le projet de la construction d'un droit commun européen des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle rénové et transversal est certainement ambitieux, voire radical. Si l'européanisation des droits nationaux dans une perspective de (re)construction paraît désirable, « il convient cependant, avant tout, de ne pas sous-estimer, dans un élan d'enthousiasme, ses difficultés. [L'européanisation du droit des contrats d'exploitation] est une tâche extrêmement ardue, et l'enthousiasme ne saurait remplacer ni la science ni le travail »[2179]. Au-delà du fait que la proposition des projets ambitieux peut être critiquée dans son principe[2180], plusieurs défis et impératifs sont susceptibles de constituer autant d'obstacles à la réalisation du projet proposé. Nous avons essayé de les regrouper dans deux grandes catégories, à savoir, le défi de la diversité juridique et le défi institutionnel. Ces défis sont loin d'être insignifiants et constituent un frein au projet proposé.

Le projet de la construction d'un droit commun européen des contrats d'exploitation semble ainsi désirable mais ambitieux. Le simple désir d'élaborer un tel projet ne suffit pas à établir la légitimité de notre proposition. D'où le besoin d'examiner, par la suite, les perspectives d'un projet de construction d'un droit commun européen des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle rénové et transversal (Titre II).

[2178] Comp. R. SEFTON-GREEN, « Cultural Diversity and the Idea of a European Civil Code », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 71 s. et not. p. 75, « the desirability question ».

[2179] R. DAVID, « L'avenir des droits européens : unification ou harmonisation » *in Le droit comparé, Droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982, p. 295 s., spéc. p. 298.

[2180] Comp. R. DAVID, « L'avenir des droits européens : unification ou harmonisation » *in Le droit comparé, Droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982, p. 295 s., spéc. p. 298 : « Dans l'intérêt même de l'unification, nous devons considérer avec réserve les projets trop ambitieux qui pourraient être échafaudés, et préférer à ces grands projets des projets plus modestes mais qui permettront de réaliser des réels progrès. » Voir cependant A. LUCAS, « La longue route vers l'harmonisation du droit d'auteur. Analyse critique », *in* M.-C. JANSSENS (sous dir. de), *Harmonisation of European IP law : from European rules to Belgian law and practice. Contributions in honour of Frank Gotzen*, Bruylant-Larcier, 2012, pp. 17-27 et not. p. 28 : « Et l'on en revient à l'idée qu'il est sans doute nécessaire d'entreprendre aujourd'hui une démarche plus ambitieuse d'harmonisation. »

Titre II.- Le contenu et les perspectives de la proposition.

430.- Ainsi que démontré au Titre précèdent, le projet de la construction d'un droit commun européen rénové et transversal des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle est une proposition souhaitable mais très ambitieuse. Or, ce qui est désirable doit être vu ainsi sous le prisme de la faisabilité. En effet, la légitimité d'un tel projet dépend du caractère réaliste de la démarche. De leur côté, les difficultés liées à l'élaboration de ce projet remettent en question la faisabilité de ce dernier. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire d'examiner les perspectives du projet, afin d'affirmer le caractère réaliste de notre proposition de bâtir un droit commun européen rénové et transversal des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle. Il s'agit alors d'analyser la faisabilité[2181] de la proposition (Chapitre I) avant d'étudier sa mise en œuvre (Chapitre II).

[2181] Notons que nous examinons la faisabilité de la démarche dans les limites de notre compétence scientifique, à savoir, d'un point de vue purement juridique. Comp. W. Van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », 2005, disponible sur : <www.law.kuleuven.be/ccle/pdf/2005-01-18_WvG_.Impact_courts_on_private_law.pdf>, p. 29 : « Under such a global action plan, tasks are assigned to the participants, public and private within the jurisdiction of each participant for which each participant assumes the responsibility to carry out the task assigned to it through whatever means available within its scope of competence. » Certes, nous sommes conscients des reproches qui peuvent en être soulevées. « [R]efuser de prendre conscience de l'ouverture et de l'inachèvement du savoir juridique, de sa dimension profondément interdisciplinaire, croire possible de l'expliquer par lui-même, c'est s'exposer à ce que l'analyse stagne à la surface des choses. », J.-P. CHAZAL, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *Revue des contrats*, 01 décembre 2003, n° 1, p. 27 et s. et not. p. 27. Notre approche est donc théorique. Comp. B. EBERLEIN, D. KERWER, « New Governance in the European Union », *Journal of Common of Market Studies*, 2004, p. 121 et s. et not. pp. 122-123 : « We argue that programmatic pronouncements on the importance of new governance strategies like those expressed in the White paper on European governance are a rather poor guide to their actual usefulness or relevance. A growing body of empirical evidence on new modes of governance and the open method of coordination in particular does provide a much better starting point and basis for an assessment. However, at this early stage, empirical evidence is neither conclusive nor does it permit a full evaluation of the possible scope and success of new governance. In this situation an attractive alternative is a theoretical assessment of the potential of new modes of governance. » ; H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, « Introduction », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. viii et s. et not. p. ix : « This book takes a *middle range* theoretical perspective. […] The theoretical level is therefore middle range, focusing on the legitimacy of law-making through academics now and in the future and on *possible conceptual choices* in the future European private law. » Sur l'importance de l'analyse théorique en matière de droit privé européen, voir F. GOMEZ, « The empirical missing links in the Draft Common Frame of Reference », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 101 et s. et not. p. 102 : « The preceding statement does not imply that theoretical knowledge in its various forms-normative as to the desirable goals, historical as to the origin of existing arrangements, analytical in terms of how to craft the best framework to elucidate real world behavior- and so forth- plays no role in the exercise. On the contrary, without that theoretical knowledge it is difficult not only to understand but also to improve and operate social institutions as the legal system. »

CHAPITRE I.- LA FAISABILITÉ DE LA PROPOSITION.

431.- La construction d'un droit commun européen rénové et transversal des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle doit faire face à deux défis majeurs : le défi de la diversité juridique et le défi d'ordre institutionnel. À présent, il semble opportun de dissiper les objections liées à la faisabilité d'un tel projet[2182]. Le présent chapitre a effectivement pour objectif d'exposer les raisons pour lesquelles ces défis peuvent être relevés et de démontrer de cette façon l'opportunité et la faisabilité de notre proposition[2183].

L'examen de la faisabilité de notre proposition comprend deux volets. Nous essaierons de démontrer d'abord que la diversité juridique en matière de contrats d'exploitation en Europe peut être réduite compte tenu de l'existence des dénominateurs communs transversaux en matière des contrats d'exploitation en Europe (Section 1). Par la suite, nous essaierons de dissiper les objections liées au défi d'ordre institutionnel (Section 2).

[2182] Sur le besoin d'apaiser les craintes liées à la faisabilité des actions d'européanisation, v. Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, « Réponse à la Commission européenne : à propos de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », disponible sur : <ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/16_fr.pdf>, p. 2 : « On peut regretter, même si on ne partage pas nécessairement toutes ces craintes, que, depuis qu'elles ont été émises, la Commission européenne n'ait pas jugé opportun de les apaiser. Si l'on souhaite, en effet, que le droit européen des contrats ait une quelconque effectivité, *il convient que sa légitimité et son opportunité ne souffrent pas la moindre discussion*. Ce n'est manifestement et malheureusement toujours pas le cas. » ; Ch. GEIGER, « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 2, à propos des actions d'européanisation en droit de propriété intellectuelle : « [L]'action du législateur européen gagne en efficacité et légitimité lorsque ses initiatives sont assises sur des bases solides. » V. cependant S. WEATHERILL, « Constitutional Issues-How Much is Best Left Unsaid ? », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 89 s. et not. p. 103, pour qui « the constitutional questions cannot be ignored- for the EC is not competent to legislate unless its Treaty offers it authorisation and because they touch on wider questions of legitimacy-but they can be left pending while the Commission proceeds with its quest to draw all affected constituencies into the task of determining just what is needed of a European contract law. » ; Ch. Von BAR, « Le groupe d'études sur in Code civil européen », *RID comp*., 2001, p. 127 et s. et not. p. 133 : « Le Groupe d'études ne se fait que peu de souci sur la question, très discutée ailleurs, de savoir si, aujourd'hui, l'Union européenne possède la compétence nécessaire pour la création d'un Code civil européen. En effet, cela devrait relever de la *cura posterior* ; la question sera tranchée quand elle se posera. » Comp. A. LUCAS, « European Copyright Codification », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 373 s., à propos des objections liées à l'élaboration d'un Code européen du droit d'auteur.

[2183] En pratique, la faisabilité renvoie à la question de savoir si, malgré son caractère souhaitable, une action de modernisation est réalisable, ce qui pose aussi la question de son opportunité. Comp. sur ce point H. CLARET, « Les méthodes de la Commission européenne : à quoi sert-il de convaincre quand on a déjà contraint ? », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1981.

Section 1.- L'existence de dénominateurs communs transversaux du droit des contrats d'exploitation en Europe.

432.- La diversité juridique qui touche la matière des contrats d'exploitation en Europe n'est pas un obstacle insurmontable à la (re)construction proposée. Le caractère réductible de la diversité sera démontré principalement par l'identification des dénominateurs communs transversaux en matière de contrats d'exploitation au niveau européen. Précisons que ce qui importe le plus pour notre travail de recherche est de confirmer l'existence de principes communs généraux au sens de « pôles de convergence » ou de « noyau dur commun » parmi les régimes sectoriels des contrats d'exploitation propres aux différentes branches du droit de la propriété intellectuelle ainsi que parmi les différents droits nationaux des contrats d'exploitation en Europe[2184]. La découverte de tels principes démontrerait que la diversité juridique dans cette matière en Europe n'est pas irréductible. L'existence d'un noyau dur commun (*unitas*) du droit (spécial) européen des contrats d'exploitation légitimerait alors notre proposition.

Par la suite, nous allons démontrer le caractère réductible de la diversité catégorielle (§1), avant de démontrer le caractère réductible de la diversité culturelle (§2).

- ***Intermède : La méthode comparative employée.***

433.- Avant de procéder à la recherche de dénominateurs communs transversaux en matière de contrats d'exploitation au niveau européen, il convient de faire une précision d'ordre méthodologique. La recherche de dénominateurs communs transversaux en matière de contrats d'exploitation au niveau européen doit faire face à un double défi, d'une part, le défi de l'existence des dénominateurs communs parmi les différents régimes sectoriels des contrats d'exploitation et, d'autre part, le défi de l'existence des dénominateurs communs parmi les droits des contrats d'exploitation des différents États-membres[2185]. Ceci étant, l'analyse comparative de ces systèmes

---

[2184] Comp. en ce sens, M. LEISTNER, « Common Principles of Secondary Liability ? », *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 117 et s. et not. p. 142, parlant de « certain common elements of assessing secondary liability (in the sense of more general principles) […] ». Ici il n'est pas question d'identifier nécessairement des *règles* communes. *Cf.* S. DUSOLLIER, « Pruning the European intellectual property tree : in search of common principles and roots », *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *Constructing European Intellectual Property. Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar, 2013, p. 24 s. et not. p. 34.

[2185] Pour une approche similaire, v. M. LEISTNER, « Common Principles of Secondary Liability ? », *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 117 et s. et not. p. 141.

se fera en deux étapes successives[2186]. La première étape sera basée sur une comparaison horizontale[2187] des différents régimes sectoriels des contrats d'exploitation au sein de chaque droit spécial des contrats d'exploitation national retenu. La comparaison ira du spécial au général et aura pour objectif la détection des dénominateurs ou principes communs transversaux au sein des différents régimes de propriétés intellectuelles de chaque juridiction examinée. La deuxième étape comprendra la comparaison verticale des dénominateurs ou principes communs identifiés au sein de chaque droit national examiné. Cette comparaison aura pour objectif d'identifier les dénominateurs transversaux communs à tous les droits nationaux examinés[2188]. Ajoutons que l'identification des dénominateurs communs en question permettrait également de souligner les points pour lesquels il n'y a pas de « terrain d'entente », tant parmi les régimes sectoriels au sein de chaque système juridique examiné qu'au niveau supranational[2189]. Notons que la recherche des dénominateurs communs transversaux en matière de contrats d'exploitation au niveau européen se fera sur la base d'une analyse comparative qui se focalisera sur les quatre systèmes juridiques nationaux retenus et analysés au sein de la première partie de cette thèse[2190]. Il est peut-être utile de noter sur ce point

---

[2186] Sur la complexité de la démarche, *cf.* M. LEISTNER, « Common Principles of Secondary Liability ? », *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 117 et s. et not. p. 117 : « The resulting matrix of the quest for common rules or principles of secondary liability is obviously very complex. »

[2187] Pour une approche similaire, v. A. PEUKERT, « Individual, multiple and collective ownership of intellectual property rights-which impact on exclusivity ? », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 195 et s. et not. p. 196 : « In order to reveal these conflicts and to identify general principles of IP law that may guide possible solutions, one has to take *a horizontal approach*. This means that one has to cut across the traditionally segmented areas of patent, *copyright*, trademark law, etc. The task is to explore whether a certain issue is specific to just one area of IP law or whether it is *a structural feature* that emerges in the context of several IP rights. This systematic approach is not only of help in addressing contradictions in the field of IP law, but may also be useful for teaching purposes. »

[2188] Pour une analyse comparative similaire, voir E. DERCLAYE, M. LEISTNER, *Intellectual Property Overlaps, A European Perspective*, Hart, 2011, p. 287 et s., not. p. 287 : « Throughout this book, we have examined the overlaps horizontally : one by one, level by level, ie at international, regional and national levels. It is now time to compare them vertically, in other words, examine the rules established by the legislatures and courts on each specific overlap at each level to discover their similarities and differences. » *Cf.* M. LEISTNER, « Common Principles of Secondary Liability ? », *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 117 et s. et not. p. 141 : « The quest for common principles of secondary liability for the infringement of Intellectual Property rights in Europe *faces a double challenge*. First the question that has to be answered is whether there are common principles of secondary liability with regard to different kinds of IPRs. Secondly, the question that has to be answered whether identifiable common principles of secondary liability exist in the different Member States' Laws. »

[2189] *Cf.* les questions de recherche posées par l'Acquis group, Research Group on the existing EC Private Law, *Acquis Principles, Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services)*, Sellier, 2009, p. xlii : « (1) Can EC provisions on a particular topic which are dispersed over a variety of existing Directives be reformulated and simplified by revealing their common denominators ? (2) Can EC provisions on a particular topic which are equally dispersed over a variety of existing Directives be interpreted and reformulated as an expression of a more general principle ? (3) Can, on the contrary other EC provisions on a particular topic which are also dispersed over a variety of existing directives be understood as exceptions which when taken together reveal a more general principle ? (4) Can we follow from the imposition of certain rights or duties under EC law that their violation must be sanctioned under the doctrine of effet utile ? »

[2190] La recherche des dénominateurs communs aura lieu au sein d'un « laboratoire ». Un échantillon des systèmes juridiques nationaux constituera la base de l'essai. Comp. S. POILLOT-PERUZZETO, « Métalangage et architecture juridique internationale », *in* Mélanges Ph. Malaurie, Defrénois, 2005, p. 365 et s. et not. p. 371 : « Les différents laboratoires de métalangage montrent qu'il peut être imposé comme dans l'ordre communautaire, ou proposé, comme dans l'ordre international ».

que notre approche se caractérise par l'ambition de « pousser à rechercher ce qui unit plutôt qu'à insister sur ce qui divise »[2191] et de parvenir à dépasser la diversité[2192] en s'abstenant d'éliminer toute différence. Sur cette base, notre approche pourrait être qualifiée de fonctionnaliste[2193] et réaliste[2194].

§1.- Une diversité catégorielle réductible : L'existence de dénominateurs communs transversaux du droit des contrats d'exploitation au niveau national.

434.- Au sein du présent paragraphe, nous allons vérifier[2195] si effectivement la (re)construction transversale du droit (spécial) des contrats d'exploitation dans une perspective européenne pourrait être réalisée tout en relevant le défi de l'*unitas in diversitas*, tel que décrit plus haut, au moins en ce qui concerne la diversité catégorielle qui caractérise les différentes branches du droit des contrats

---

[2191] D. TALLON, « Droit uniforme, américain, code civil européen, quels rapports ? » *in Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Société de législation comparé, 2003, p. 67. Comp. W. Van GERVEN, « Codifying European Private Law », *in* M. Van HOECKE, F. OST, L.WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 137 et s. et not. pp. 163-164, citant Lord Bingham of Cornhill : « We are right to continue to worry away at the unnecessary divergences which continue to divide us. But the things which unite us are greater than the things which divide us. […] »

[2192] N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64 et not. p. 62.

[2193] J.-F. RIFFARD, « La mutation de la norme : l'avènement d'un droit nivelé ? Ou retour sur quelques aspects de l'unification et la globalisation des droits », *in* N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS (sous dir. de), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2012, p. 93 s., et not. p. 113 s.

[2194] C. ZOLYNSKI, « Questions de légistique soulevées par la construction de la norme à l'aune du renouvellement des sources de droit », *in* N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS (sous dir. de), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2012, p. 51 s.

[2195] Comp. N. ROOS, « NICE Dreams and Realities of European Private Law », *in* M. Van HOECKE, F. OST, L. WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 197 et s. et not. p. 219 : « Unlike the other two projects, however, commonality is tested rather than presumed. » *Cf.* M. Van HOECKE, « Deep Level Comparative Law », *in* M. Van HOECKE, F. OST, L. WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 165 et s. et not. p. 172 : « determining the possibilities and desirability's for harmonizing two or more legal systems ». En fait, pour certains auteurs (et groups de recherche) l'existence des éléments communs se présume. Voir Ch. Von BAR, « Comparative Law of Obligations : Methodology and Epistemology » *in* M. Van HOECKE, F. OST, L. WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 123 et s. et not. p 131 : « The main idea of establishing such a new discipline is that we in Europe should try to overcome the artificial territorial boundaries introduced into our private law in the nineteenth and the twentieth century. […] Jurisdictions that have always been so closely connected with one other, like the European jurisdictions have been, can and should be understood as variations of the same subject theme. The boarders are not between territories or nations, they are between groups of individuals and their thoughts transcend all territorial borders. From this it follows that we should try as far as possible to conceive of Europe as a whole again. We should go one decisive step further than traditional comparative law dared to go. » Critique sur ce point, K.-H. LADEUR, « Methodology and European Law-Can Methodology Change so as to Cope with the Multiplicity of the Law ? », *in* M. Van HOECKE, F. OST, L. WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 91 et s. et not. p. 97 : « Many authors take the opposite view, namely that there is *an unwritten implicit common core of European legal culture* which would allow the taking of further steps towards a pan European positive law. »

d'exploitation. À cette fin, nous allons identifier les principes transversaux du droit spécial des contrats d'exploitation au sein des droits nationaux retenus[2196].

A.- En Grèce.

435.- L'examen comparatif des régimes des contrats d'exploitation propres à chaque branche du droit grec de la propriété intellectuelle[2197] a permis de déduire certains principes transversaux du droit des contrats d'exploitation grec.

- ***Le principe de la possibilité de conclusion des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle.***

436.- Le droit grec reconnaît expressément la possibilité de conclure des contrats d'exploitation dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle. Le fondement de la possibilité de conclusion des contrats d'exploitation en droit grec est la reconnaissance du caractère aliénable tant des droits de propriété industrielle[2198] que des prérogatives patrimoniales du droit d'auteur[2199]. La conclusion des contrats d'exploitation dans toutes les branches du droit de propriété intellectuelle implique la transmission de la maîtrise juridique sur les droits. La transmission peut être basée sur différentes techniques et prendre la forme d'un transfert de jouissance ou la forme d'un transfert de droit, selon une approche admise en doctrine et en jurisprudence[2200]. L'existence des prérogatives morales en matière de droit d'auteur, malgré son impact potentiel sur les contrats d'exploitation d'auteur[2201], n'empêche pas l'affirmation du principe général de la possibilité d'exploitation contractuelle (indirecte) des droits de propriété intellectuelle en droit grec[2202].

[2196] Certes, des principes transversaux en matière des contrats d'exploitation pourraient être identifiés au sein d'autres systèmes juridiques nationaux. V. par exemple en droit belge, M. BUYDENS, *La valorisation et la protection des actifs de propriété intellectuelle*, Larcier, 2010.

[2197] Voir *supra* n°[os] 17-27, 62-67 et 92-100.

[2198] V. art. 12 loi 1733/1987 en matière des brevètes et art. 131 loi 4072/2012 en matière des marques.

[2199] V. art. 12 par. 1 de la loi 2121/1993.

[2200] Sur la thèse du caractère *in rem* des contrats d'exploitation et des licences-surtout exclusifs et la controverse y afférente en droit grec v. *supra* n° 180.

[2201] V. *supra* n° 306 et 397.

[2202] Expressément dans ce sens, Th. LIAKOPOULOS, *Intellectual Property law in Greece*, Kluwer/Sakkoulas, 1999, p. 35 et s. et not. pp. 36-39 ; D. ANASTASOPOULOS, G. MICHAILOPOULOS, *Contrats du commerce moderne*, Sakkoulas, 2011 p. 4 et *ibid.* p. 7. Comp. M.-Th. MARINOS, « Le contrat d'exploitation des biens immatériels » *in* École Nationale de Magistrature, *Problèmes contemporains et opinions jurisprudentiels sur le nouveaux types des contrats du droit de la concurrence et du consommateur*, Nomiki Vivliothiki, 2011, p. 55 et s. et not. p. 55, parlant de « contrats d'exploitation des biens immatériels » (alors que le développement qui suit ne touche que les contrats en matière de droit d'auteur » ; M.-Th. MARINOS, « La délimitation contractuelle des prérogatives en droit des marques-en même temps quelques remarques sur l'interprétation de la licence d'utilisation d'une marque », *DEE*, 6/2005, p. 660 et s. et not. p. 660.

- ***Le principe de catégorisation des contrats d'exploitation par la législation spéciale du droit de la propriété intellectuelle.***

437.- Le droit grec des contrats d'exploitation se caractérise par le principe commun minimal de la catégorisation des contrats d'exploitation par les différentes lois spéciales du droit de la propriété intellectuelle[2203]. De même, le type contractuel de licence est, au moins typiquement[2204], une catégorie de contrat d'exploitation présente à tous les régimes sectoriels du droit contractuel de la propriété intellectuelle[2205]. Le contenu commun minimal de toute licence en droit grec est l'autorisation d'un tiers de réaliser des actes couverts par le monopole d'exploitation et qui à défaut d'autorisation, constitueraient des actes de contrefaçon[2206]. Cette autorisation se fonde sur une transmission de maîtrise juridique par le concédant au licencié. Cependant, aucun principe transversal ne peut être dégagé à propos de la nature de la transmission, étant donné que la question est controversée dans tous les régimes du droit grec des contrats d'exploitation[2207]. De même, une obligation de garantie incombe au concédant pour cette transmission juridique[2208]. Ajoutons que toutes les lois spéciales prévoient plusieurs sous-catégories de contrats d'exploitation consacrés, en fonction notamment, du caractère total ou partiel de la transmission et du caractère exclusif ou non exclusif du contrat d'exploitation[2209]. Autrement dit, le droit hellénique prévoit un système de catégorisation des contrats d'exploitation dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle.

- ***Le principe de divisibilité du droit par contrat.***

438.- La divisibilité du droit par contrat constitue un élément structurel et transversal du droit des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle (art. 15§1 loi 2121/1993, 132 §§ 1 et 2 loi 4072/2012)[2210]. En pratique, la licence[2211] constitue l'instrument principal de divisibilité du droit

---

[2203] V. *supra* n° 17, n° 62 et n° 92.

[2204] Malgré une certaine disparité qui caractérise ses contours en droit d'auteur (absence d'obligation d'exploitation par définition légale) et en droit de propriété industrielle.

[2205] Droit d'auteur : art. 13 par. 2 loi 2121/1993 (licence d'exploitation) ; droit des brevets : art. 12 par. 3 al. 1er, loi 1733/1987 (licence d'exploitation) ; droit des marques : art. 132 par. 1 loi 4072/2012 (licence d'utilisation). Voir en ce sens, M.-Th. MARINOS, « Quelques remarques autour de la nature juridique de la licence exclusive de marque », *EllDni*, 2006, p. 327 et s. et not. p. 327.

[2206] M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 518, p. 240-241.

[2207] V. *supra* n° 217 *sq*. Par ailleurs, en matière des marques, la loi semble opter pour la nature réelle du droit du licencié, ce qui n'est pas le cas pour les autres droits de propriété intellectuelle, v. *supra* n° 93.

[2208] L'existence d'une obligation de garantie découle de la double qualification civiliste des contrats d'exploitation dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle grec. Le régime applicable à cette obligation dépend de la qualification civiliste adoptée. Comme nous l'avons vu, la controverse qui caractérise la question rend le régime applicable incertain. V. *supra* n° 216 *sq.*

[2209] V. ci-après.

[2210] V. en ce sens, Th. LIAKOPOULOS, *Intellectual Property law in Greece*, Kluwer/Sakkoulas, 1999, n° 40, p. 40 ; M.-Th. MARINOS, « La délimitation contractuelle des prérogatives en droit des marques- en même temps quelques remarques sur l'interprétation de la licence d'utilisation d'une marque », *DEE*, 6/2005, p. 660 et s. et not. p. 661 ; M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 523, p. 243 et *ibid*, n° 530, p. 244.

de propriété intellectuelle[2212]. De même, les types de limitations envisageables sont les mêmes dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle. Il est unanimement admis que la licence d'un droit de propriété intellectuelle peut être limitée quant au contenu des droits transmis[2213] ainsi qu'à la durée et au lieu de l'exploitation autorisée[2214], même si les limitations à l'égard du contenu du droit transmis prennent une forme légèrement différente en matière de marques. En pratique, la limitation à l'égard du contenu généralement admise concerne plutôt les produits ou services couverts par la marque enregistrée que les prérogatives du droit exclusif, à l'instar des autres types des propriétés intellectuelles[2215]. Ces limitations ont un caractère absolu car elles portent sur le contenu du droit exclusif[2216]. De même, la division des droits n'est pas illimitée. En revanche, les limitations prévues par les parties doivent correspondre à un droit autonome d'un point de vue technique et économique[2217].

- ***L'option entre licence exclusive et licence non exclusive.***

439.- Toutes les lois spéciales du droit hellénique de la propriété intellectuelle prévoient expressément la distinction entre licence exclusive ou non exclusive[2218]. Sur cette base, les parties ont la possibilité de choisir librement entre la conclusion d'une licence exclusive et non exclusive.

[2211] Ainsi que le contrat d'exploitation en droit d'auteur.

[2212] M.-Th. MARINOS, « La délimitation contractuelle des prérogatives en droit des marques- en même temps quelques remarques sur l'interprétation de la licence d'utilisation d'une marque », *DEE*, 6/2005, p. 660 et s. et not. pp. 660-661. Comp. G. MINTSIS, « La cession du droit du brevet d'invention », *Ep. epith. Armenopoulos*, 1995, n° 16, p. 77 et s. et not. p. 83.

[2213] Droit d'auteur : art. 15 par. 1 loi 2121/1993 ; droit des brevets : v. *supra* n° 188 pour la position de la doctrine ; droit des marques : art. 132 par. 1 loi 4072/2012.

[2214] Droit d'auteur : art. 15 par. 1 loi 2121/1993 ; droit des brevets : v. *supra* n° 188 pour la position de la doctrine ; droit des marques : art. 132 par. 1 loi 4072/2012.

[2215] Comp. M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 530, p. 244. Voir toutefois M.-Th. MARINOS, « La délimitation contractuelle des prérogatives en droit des marques- en même temps quelques remarques sur l'interprétation de la licence d'utilisation d'une marque », *DEE*, 6/2005, p. 660 et s. et not. p. 660. Cet auteur reste le seul à proposer l'admission de ce type de divisibilité du droit des marques.

[2216] C'est pourquoi le droit de la propriété intellectuelle se caractérise par l'absence de *numerus clausus*. Sur ce point, v. M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, p. 251, n° 546 ; M.-Th. MARINOS, « Le principe numerus clausus en droit des biens immatériels- influence sur la nature juridique de la licence d'utilisation de marque », *in* Anniversaire Ap. Georgiadis, Tom. II, Sakkoulas, 2006, p. 1575 et s. Par ailleurs, des limitations simples, qui touchent à des aspects qui ne sont pas couverts par le monopole du titulaire, sont également envisageables dans toute concession du droit de propriété intellectuelle. Sur ce point, voir A. DESPOTIDOU, *Nature et fonctionnement du contrat d'édition*, Sakkoulas, 2003, p. 57 ; M. MINOUDIS, *Licence d'exploitation de brevet d'invention*, 1987, p. 90 ; V. ANTONOPOULOS, *Droit de propriété industrielle*, Sakkoulas, 2002, n° 953, p. 842. *Adde* pour une approche transversale de la question, M.-Th. MARINOS, *Droit du brevet*, Sakkoulas, 2013, p. 191, note n° 63.

[2217] M.-Th. MARINOS, « La délimitation contractuelle des prérogatives en droit des marques- en même temps quelques remarques sur l'interprétation de la licence d'utilisation d'une marque », *DEE*, 6/2005, p. 660 et s. et not. p. 663 ; M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 530, p. 244-245.

[2218] Droit d'auteur : art. 13 par. 1 al. 1er loi 2121/1993 (la distinction s'applique également aux contrats d'exploitation) ; droit des brevets : art. 12 par. 4, loi 1733/1987 ; droit des marques : art. 132 par. 1 loi 4072/2012. En ce sens, M.-Th. MARINOS, *Droit d'auteur*, Sakkoulas, 2004, n° 490, p. 220 ; A. DESPOTIDOU, « Article 13 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 342 et s. et not. n° 8, p. 348 ; M.-Th. MARINOS, « Quelques remarques autour de la nature juridique de la licence exclusive de marque », *EllDni*, 2006, p. 327 et s. et not. p. 327. Comp. M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 546, p. 251.

- ***L'option entre le caractère onéreux ou gratuit du contrat d'exploitation.***

440.- Malgré l'absence de solution législative claire sur ce point[2219], il semble que le choix entre gratuité ou onérosité soit laissé à la volonté des parties dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle. Lorsque les parties optent pour le caractère onéreux d'un contrat d'exploitation d'auteur primaire, elles sont toutefois tenues de respecter les modalités imposées par les règles impératives de la loi (art. 32 et s. loi 2121/1993).

- ***L'option entre l'existence ou l'absence de charge d'exploitation à l'encontre du cocontractant.***

441.- Les parties ont la possibilité de choisir librement entre un contrat d'exploitation simplement permissif et un contrat avec charge d'exploitation. En matière de droit d'auteur, les parties peuvent choisir entre la conclusion d'un contrat ou d'une licence d'exploitation[2220]. En matière de propriété industrielle, les parties peuvent préciser expressément la question dans le contrat de licence.

- ***Le principe du caractère intuitu personae des contrats d'exploitation.***

442.- Dans toutes les lois spéciales, le législateur consacre le caractère personnel des contrats et licences d'exploitation et protège l'intérêt du concédant à contrôler la circulation ultérieure de son droit en consacrant des limitations concernant soit la rétrocession du droit du cocontractant[2221] soit la concession des sous-licences[2222].

- ***La reconnaissance de la possibilité pour le licencié d'agir en contrefaçon ex jure proprio.***

443.- La question du droit d'agir du licencié en droit grec a été utilisée plus haut en tant qu'illustration de traitement divergent de la même question par les lois sectorielles du domaine de la propriété intellectuelle[2223]. Malgré les disparités des différentes dispositions, un principe commun minimal peut être dégagé selon lequel les lois spéciales reconnaissent la possibilité, tant pour le licencié exclusif que non exclusif, d'agir en contrefaçon à titre autonome[2224]. Le fait qu'en droit des

---

[2219] V. *supra* n° 198 sur la question de savoir si l'obligation de paiement d'un prix est un élément essentiel des contrats d'exploitation en droit grec.

[2220] Avec la réserve de la disposition de l'art. 15§5 loi 2121/1993 concernant les licences exclusives. V. *supra* n° 196.

[2221] Droit d'auteur : art. 13 par. 6 loi 2121/1993, au moins au niveau primaire ; droit des brevets : art. 12 par. 4 loi 1733/1987.

[2222] Droit des marques : art. 132§3 loi 4072/2012.

[2223] V. *supra* n° 360.

[2224] Droit d'auteur : art. 13 par. 3 al. 3^{e} loi 2121/1993 ; droit des brevets : art. 17 par. 3 al. 1er et art. 17ΣT loi 1733/1987 ; droit des marques : art. 132 par. 4 loi 4072/2012. Sur la *ratio* de ce choix, voir Th. LIAKOPOULOS, « Évolutions et perspectives du droit de la propriété industrielle », *in Questions du droit des affaires*, Ed. Sakkoulas, vol. III, 1996, p. 15.

marques cette possibilité soit soumise à certaines conditions[2225] n'influence pas la validité du principe.

- ***Le principe de l'application complémentaire du droit commun des contrats.***

444.- Le droit spécial des contrats d'exploitation, dans toutes les branches du droit de propriété intellectuelle, est alimenté - directement ou par analogie- par le « thesaurus » gardé par le droit commun des contrats[2226]. Sur cette base, l'application complémentaire du droit commun des contrats constitue un principe général du droit des contrats d'exploitation hellénique dans son ensemble. Il en découle que les principes du droit commun constituent également des principes transversaux du droit des contrats d'exploitation. C'est sur cette base que plusieurs principes, tels que le principe de la liberté contractuelle ou celui de bonne foi, s'appliquent également en matière de contrats d'exploitation[2227]. Notons que la liberté contractuelle est « surveillée » en matière de contrats d'auteur primaires, où des règles impératives limitent le pouvoir des parties à déterminer le contenu de leur contrat. De même, la liberté contractuelle des parties est limitée dans l'hypothèse de contrats d'exploitation partiels, car la divisibilité du droit n'a pas un caractère illimité[2228]. Par ailleurs, le droit de la concurrence est également susceptible de limiter la liberté contractuelle des parties[2229].

445.- ***Bilan : Les principes transversaux du droit des contrats d'exploitation grec.***

En somme, les points de rencontre des différents régimes sectoriels des contrats d'exploitation sont les suivants :

- ***Le principe de la possibilité de conclusion de contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle.***

- ***Le principe de catégorisation des contrats d'exploitation par la législation spéciale du droit de la propriété intellectuelle. En particulier, la licence est typiquement une catégorie***

[2225] La loi prévoit un traitement plus privilégié en faveur du licencié de marque exclusif. Pour une explication du traitement spécial du licencié exclusif, voir, en matière de droit d'auteur, A. DESPOTIDOU, « Article 13 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 342 et s. et not. n° 12 et 13, pp. 350-351. Comp. aussi Th. LIAKOPOULOS, « Évolutions et perspectives du droit de la propriété industrielle », *in Questions du droit des affaires*, Ed. Sakkoulas, vol. III, 1996, p. 15.

[2226] V. *supra* n° 208.

[2227] V. *supra* n° 206 et 208.

[2228] Sur ce point v. M.-Th. MARINOS, « La délimitation contractuelle des prérogatives en droit des marques- en même temps quelques remarques sur l'interprétation de la licence d'utilisation d'une marque », *DEE*, 6/2005, p. 660 et s. et not. p. 663.

[2229] V. par exemple, M.-Th. MARINOS, « La délimitation contractuelle des prérogatives en droit des marques- en même temps quelques remarques sur l'interprétation de la licence d'utilisation d'une marque », *DEE*, 6/2005, p. 660 et s. et not. p. 661, se référant au droit grec de la concurrence.

contractuelle de contrat d'exploitation à portée transversale, dont le contenu minimal comprend la transmission juridique du droit par le concédant à un tiers et l'existence d'une obligation de garantie à sa charge.

- ***Le principe de divisibilité du droit par contrat. Les limitations quant au contenu des droits transmis, la durée et le lieu de l'exploitation autorisée sont admises dans toutes les branches de propriété intellectuelle.***
- ***L'existence d'une option entre licence exclusive et licence non exclusive.***
- ***L'existence d'une option entre le caractère onéreux ou gratuit du contrat d'exploitation.***
- ***L'existence d'une option entre l'existence ou l'absence de charge d'exploitation à l'encontre du cocontractant.***
- ***Le caractère intuitu personae des contrats d'exploitation.***
- ***La reconnaissance de la possibilité pour le licencié d'agir en contrefaçon ex jure proprio.***
- ***Le principe de l'application complémentaire du droit commun des contrats.***

446.- En revanche, les points de divergence entre les différents régimes sectoriels des contrats d'exploitation se focalisent notamment sur les règles de forme et surtout l'existence de la formalité d'enregistrement en droit des marques, l'existence de contraintes à la liberté contractuelle par le régime d'ordre public de protection en matière de droit d'auteur et l'interférence potentielle des prérogatives du droit moral sur les contrats d'exploitation d'auteur. Ces derniers points de divergence reflètent la différence entre la logique et les finalités de la protection légale octroyée pour chaque droit de propriété intellectuelle.

B.- En France.

447.- L'examen comparatif des régimes des contrats d'exploitation propres à chaque branche du droit français de la propriété intellectuelle[2230] a permis la déduction de certains principes généraux transversaux.

- ***Le principe de la possibilité de conclusion de contrats d'exploitation de droits de propriété intellectuelle.***

[2230] Voir *supra* n°s 28-39, 68-75 et 101-108.

448.- Le droit français reconnaît expressément la possibilité de conclusion des contrats d'exploitation dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle. Le fondement de la possibilité de conclure des contrats d'exploitation en droit français est le caractère aliénable des droits de propriété industrielle[2231] et des prérogatives patrimoniales du droit d'auteur[2232]. Cependant, la transmission contractuelle de la maîtrise juridique sur les propriétés intellectuelles peut prendre diverses formes dans les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle. Ainsi, en droit de propriété industrielle, la technique de transmission utilisée est celle du transfert de jouissance, alors qu'en droit d'auteur, la transmission peut correspondre à un transfert de droit, à un démembrement ou un transfert de jouissance, selon l'approche adoptée[2233]. L'existence de prérogatives morales en matière de droit d'auteur, malgré son impact potentiel sur les contrats d'exploitation d'auteur, n'empêche pas l'affirmation du principe général de la possibilité d'exploitation contractuelle (indirecte) des droits de propriété intellectuelle en droit français[2234].

- ***Le principe de catégorisation des contrats d'exploitation par la législation spéciale du droit de la propriété intellectuelle.***

449.- En droit français, comme nous l'avons vu[2235], les dénominations et les contours des catégories contractuelles consacrées par le Code de la propriété intellectuelle ne sont pas homogènes dans tous les régimes spéciaux du droit de propriété intellectuelle[2236]. Cependant, un principe commun minimal pourrait être dégagé, à savoir, celui de la catégorisation des contrats d'exploitation par les différentes lois spéciales du droit de la propriété intellectuelle. De même, des éléments communs

---

[2231] V. en droit des brevets, l'art. L. 613-8, al. 1er CPI ; en matière de marques, art. L. 714-1, al. 1er CPI.

[2232] V. art. L. 122-7 et L. 131-3 al. 1er CPI « transmission des droits ».

[2233] V. *supra* n° 189 sur la controverse relative à la nature de la cession du droit d'auteur.

[2234] En ce sens J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, n° 11112, p. 63 : « La transmission des droits intellectuels. Tout comme les autres biens incorporels, les droits intellectuels peuvent être transmis à autrui […] » ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 905, p. 639 : « L'unité de la propriété intellectuelle se manifeste fortement au stade des actes d'exploitation des biens intellectuels. » ; J.-M. BRUGUIERE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, 2011, n° 167, p. 130 : « Le second, commun à l'ensemble des droits de la propriété intellectuelle, touche aux contrats. »

[2235] V. *supra* n° 356 *sq*.

[2236] À vrai dire, le contrat de licence est considéré comme un type de contrat d'exploitation à portée transversale uniquement pour une partie de la doctrine. En ce sens, v. not. A. BOISSON, *La licence de droit d'auteur*, Lexis Nexis, 2013 ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 959, p. 675, pour qui « le contrat de concession ou contrat de licence constitue la convention phare de la propriété intellectuelle » ; J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, n° 11109 *sq*., p. 61 et s. et n° 21125 *sq*., p. 696 et s. ; B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, n° 438 *sq*., p. 199 et s. ; Ch. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP, Cahiers de Droit de l'entreprise*, n° 42, 2004, p. 3, not, p. 4, d'un point de vue du droit des biens : « Force est de constater que la « jouissance » de l'article 544 s'applique incontestablement aux meubles incorporels, dont une des finalités principales réside dans l'exploitation. Il en est de même pour le pouvoir de disposer : les différents biens immatériels du Code de la propriété intellectuelle sont tous susceptibles d'être cédés. » ; J.-M. BRUGUIERE, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, 2011, p. 125 et s. ; Ch. CARON, « Quelques observations sur les montages contractuels en droit de la propriété intellectuelle », *RDC*, 2007, p. 1001 et s. ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2e éd., Economica, 2010, n° 56, p. 30 : « les contrats d'exploitation prennent la forme de cessions ou de licences dans les différents secteurs de la Propriété intellectuelle […] » ; A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008.

peuvent être dégagés parmi les différentes catégories des contrats d'exploitation. Plus précisément, tout contrat d'exploitation, indépendamment de la catégorie spéciale à laquelle il appartient (cession, autorisation, concession, licence), implique la transmission de la maîtrise juridique (transfert de droit ou transfert de jouissance) sur un droit de propriété intellectuelle et met à la charge du transmettant, en principe, une obligation de garantie à l'encontre de son cocontractant[2237]. Ajoutons que le Code de la propriété intellectuelle français prévoit dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle des sous-catégories de contrats d'exploitation qui sont consacrés, notamment selon le caractère total ou partiel de la transmission ou le caractère exclusif ou non exclusif du contrat d'exploitation. Autrement dit, le droit français prévoit un système de catégorisation des contrats d'exploitation dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle.

- ***Le principe de divisibilité du droit par contrat.***

450.- La divisibilité du droit par contrat est un principe transversal du droit français des contrats d'exploitation[2238]. En pratique, la loi prévoit expressément la possibilité pour les parties d'un contrat d'exploitation de « ciseler » à volonté le droit transmis tant en matière de droit d'auteur (cession totale et partielle, a fortiori, autorisation et concession totales et partielles)[2239] qu'en droit de propriété industrielle (licence totale et partielle)[2240]. De même, les types de limitations envisageables sont les mêmes dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle. Un contrat d'exploitation peut être limité, de manière alternative ou cumulative[2241], quant au

---

[2237] Voir N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 915, p. 646 : « L'appréhension des garanties des biens intellectuels suppose d'écarter avant tout autre développement une idée : le contrat d'exploitation d'un bien intellectuel serait un contrat aléatoire. […] La convention ayant pour objet l'exploitation d'un bien intellectuel est commutative, sauf à établir volontairement un contrat aléatoire. » L'existence d'une obligation de garantie découle de la double qualification civiliste des contrats d'exploitation, pratique exercée dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle français. Le régime de cette obligation peut varier selon la qualification choisie (vente, louage…). ; Civ. 1re , 7 avr. 1998, *Bull. civ.* I, n° 145 : « La formule doit être étendue car ce principe général ne vaut pas seulement pour les contrats translatifs. […] Une telle analyse impose le jeu de la garantie d'éviction dans tous les contrats d'exploitation du droit d'auteur en ce que ces conventions, qu'elles constituent des cessions ou des concessions, ont pour objet de conférer à autrui la jouissance d'un ou plusieurs des droits d'exploitation afférents à une œuvre de l'esprit. »

L'obligation de garantie (d'éviction) pourrait également découler du principe de l'exécution de bonne foi du contrat (art. 1134 3e al. Code civil français), v. Cass 1re civ., 27 mai 1986, *Recueil Dalloz Sirey*, 1987, p. 209 s., note P.-Y. Gautier et not. p. 212.

[2238] En ce sens, indirectement, G. HENRY, *L'évaluation en droit d'auteur*, Litec, coll. IRPI n° 30, 2007, p. 31 ; P. SIRINELLI, B. WARUSFEL, S. DURRANDE, *Code de la Propriété Intellectuelle commenté*, 7e éd., *Dalloz*, 2009, commentaire art. 122-7 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 631, p. 560 ; A. MAFFRE-BAUGE, « Droit d'auteur. Exploitation des droits. – Dispositions générales », *JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique*, Fasc. 1310, n° 2. En ce sens aussi, d'un point de vue transversal, à propos des licences, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 961, p. 676 : « À l'image de la cession, la concession peut avoir pour objet le bien intellectuel dans son entier ou simplement une ou plusieurs utilités du bien. »

[2239] V. l'art. L. 131-3 al 1er et L. 131-4 al. 1er CPI.

[2240] Droit des brevets : art. L. 613-8 al. 2e CPI ; droit des marques : art. L. 714-1 al. 2e CPI.

[2241] Comp. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 961, p. 676 : « On peut de la sorte décliner toutes les variables applicables aux biens intellectuels. »

contenu[2242], la durée[2243] et le lieu[2244]. Les subdivisions contractuelles précitées ont un effet absolu, dès lors qu'elles se réfèrent au contenu du monopole d'exploitation du titulaire.

- ***L'option entre contrat d'exploitation exclusif et non exclusif.***

451.- La distinction entre un contrat exclusif et non exclusif est un trait commun de l'exploitation contractuelle dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle[2245]. En pratique, cette distinction est reconnue expressément aussi bien pour les contrats spéciaux du droit d'auteur[2246] qu'à propos des licences des droits de la propriété industrielle[2247]. Ceci étant, les parties, suivant le principe de la liberté contractuelle, sont toujours libres d'opter en faveur de l'un ou l'autre type de contrat d'exploitation[2248].

- ***L'option entre le caractère onéreux ou gratuit du contrat d'exploitation.***

452.- Les contrats d'exploitation peuvent être soit onéreux, soit gratuits dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle. En droit d'auteur, cette possibilité se fonde sur le texte du Code de la propriété intellectuelle[2249]. En droit de propriété industrielle cette solution peut être dégagée du principe de liberté contractuelle. Ceci dit, les parties ont la possibilité de choisir entre le caractère gratuit ou onéreux de leur contrat d'exploitation[2250]. Cependant, lorsque les parties optent

---

[2242] Comp. Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique (2° droits des exploitants) », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz 2007, n° 21, p. 6, parlant de subdivisions universelles qui portent au contenu du droit. Un type particulier des limitations portant sur le contenu du droit transmis sont les limitations quantitatives. Voir sur ce point, Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd., Litec, 2012, n° 409 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 642, p. 568 ; J. FOYER, M. VIVANT, *Le droit des brevets*, Presses Universitaires de France, 1991, p. 443 ; E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *in JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 63.

[2243] En général, la durée d'exploitation ne peut pas excéder la durée du droit exclusif, exception faite en matière de marques ou la durée pourrait être indéterminée. Sur ce point, v. expressément E. TARDIEU-GUIGUES, « Transmission du droit sur la marque », *in JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400, n° 62 ; implicitement J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4e éd., 2007, n° 664, p. 286 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle*, Montchrestien, 1999, n° 1339, p. 627.

[2244] N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 961, p. 676.

[2245] V. en ce sens, à propos des licences, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 963, p. 677.

[2246] V. les art. L. 132-8 al. 1er et L. 132-19 al. 2e CPI. Nous répétons ici le caractère problématique d'une cession non exclusive à l'égard du droit commun.

[2247] V. les art. L. 613-8 al. 2 et L. 714-1 al. 2e CPI.

[2248] Rappr. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 963, p. 677, à propos des licences : « Le premier enjeu de la concession est de déterminer son caractère exclusif. »

[2249] Art. L. 122-7 et L. 122-7-1 CPI.

[2250] Comp. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 914, p. 646 : « L'article L. 122-7 C. propr. intell. laisse le propriétaire libre d'arrêter les conditions économiques de la cession d'un bien intellectuel approprié par un droit d'auteur, il peut le transférer à titre gratuit ou onéreux, il peut le mettre gratuitement à la disposition du public […] » et *ibid.* n° 964, p. 678 : « À l'image du prix de la cession, la mise à disposition du bien intellectuel suppose l'exécution d'une contrepartie par le licencié, sous réserve d'une licence gracieuse. » Certes, la jurisprudence française a posé la règle selon laquelle la gratuité des cessions doit être basée sur un consentement éclairé de l'auteur.

pour le caractère onéreux d'un contrat d'exploitation d'auteur primaire[2251], elles sont obligées de respecter les modalités imposées par les règles impératives de la loi (art. 131-4 CPI).

- ***L'obligation d'exploitation, charge impérativement ou potentiellement présente dans les contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle.***

453.- La question de l'obligation d'exploitation, « originalité majeure » du droit de la propriété intellectuelle[2252], et plus précisément du caractère essentiel et impératif de cette obligation est un sujet assez controversé en droit français des contrats d'exploitation. Dès lors, il n'est pas facile d'affirmer qu'un principe transversal d'acception générale relatif à cette obligation existe. Selon une approche, l'obligation d'exploitation devrait être considérée comme un élément essentiel des contrats d'exploitation dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle[2253]. De même, il a pu être soutenu que l'obligation d'exploitation peut faire l'objet d'aménagements contractuels dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle[2254] et ceci, indépendamment de son caractère essentiel ou accidentel. Ainsi, suivant cette dernière approche, les parties ont le choix entre l'existence ou l'absence d'une obligation d'exploitation à l'encontre du cocontractant dans leur contrat. En tout état de cause, il est possible d'affirmer que l'obligation d'exploitation est un élément qui caractérise- impérativement ou potentiellement- les contrats d'exploitation dans toutes les branches du droit français de la propriété intellectuelle.

- ***Le principe du caractère intuitu personae du contrat d'exploitation.***

454.- En dépit de l'absence de dispositions légales de portée générale, il est généralement admis que les contrats d'exploitation en droit français sont marqués par un caractère *intuitus personae*[2255]. Sur cette base, la conclusion des sous-contrats et le transfert du contrat sont soumis à des restrictions et nécessitent, *a priori*, l'accord préalable du cédant ou concédant selon le cas[2256].

- ***Le principe de la reconnaissance d'un droit d'agir du cocontractant qui jouit d'une exclusivité (légale ou contractuelle).***

455.- Le Code de la propriété intellectuelle reconnaît tant au cessionnaire du droit d'auteur qu'aux licenciés exclusifs d'un brevet ou d'une marque, le droit d'agir en principe[2257] en contrefaçon *ex*

[2251] V. aussi *supra* n° 184 sur la proposition d'extension du régime protecteur aux contrats d'auteur secondaires.
[2252] N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 975, p. 686.
[2253] V. *supra* n° 197.
[2254] V. *supra* 197 *sq.*
[2255] V. *supra* n° 222. *Adde* J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, p. 151, note n° 600 : « On observe pourtant que la jurisprudence affecte largement d'*intuitus personnae* les contrats intéressant les droits de propriété intellectuelle. »
[2256] V. *supra* n° 222 et 227.
[2257] « Sauf stipulation contraire », art. L. 615-2 al. 2e et L. 716-5 al. 1er CPI.

jure proprio[2258]. Dans la dernière hypothèse, le droit est accordé à condition que le titulaire du droit reste inactif après mise en demeure de la part du licencié[2259]. Il est possible sur ce fondement d'affirmer qu'existe un principe transversal en droit français des contrats d'exploitation selon lequel la loi reconnaît la possibilité au cocontractant d'un droit de propriété intellectuelle qui jouit d'une exclusivité légale (cessionnaire) ou contractuelle (licencié exclusif), d'agir *ex jure proprio* en contrefaçon.

- ***Le principe de l'application complémentaire du droit commun des contrats.***

456.- Le droit spécial des contrats d'exploitation, dans toutes les branches du droit de propriété intellectuelle, est alimenté- directement ou par analogie- par le « thesaurus » gardé par le droit commun des contrats[2260]. De même, la double qualification civiliste des contrats d'exploitation et l'application à ces derniers des dispositions propres aux catégories contractuelles du droit civil, est un trait commun à toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle. Sur cette base, l'application complémentaire du droit commun des contrats constitue un principe général du droit des contrats d'exploitation français dans son ensemble. Il en découle que les principes du droit commun constituent également des principes transversaux du droit des contrats d'exploitation. C'est sur cette base que plusieurs principes, tels que le principe de la liberté contractuelle ou le principe de bonne foi, s'appliquent également en matière de contrats d'exploitation[2261]. Notons que la liberté contractuelle est « surveillée » en matière de contrats d'auteur primaires, où des règles impératives limitent le pouvoir des parties à déterminer le contenu de leur contrat[2262]. Le droit de la concurrence est également susceptible de limiter la liberté contractuelle des parties dans toutes les branches du droit français des contrats d'exploitation[2263].

457.- *Bilan : Les principes transversaux du droit des contrats d'exploitation français.*

En somme, les principes transversaux du droit spécial des contrats d'exploitation sont les suivants :

[2258] Droit d'auteur : article art. L. 331-1 CPI ; Droit des brevets : L. 615-2 al. 2e CPI ; droit des marques : L. 716-5 al. 1er CPI.

[2259] Pour certains, la même solution devrait être appliquée également à propos des licenciés exclusifs en matière de droit d'auteur. V. en ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la Propriété Industrielle,* 2e éd., Economica, 2010, n° 1613, p. 937. Pour une présentation transversale de la question voir A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle,* LGDJ, 2008, n° 370 *sq*. p. 184 s.

[2260] V. *supra* n° 208.

[2261] V. *supra* n° 206 et les références y citées.

[2262] V. *supra* n° 206. *Adde* N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle,* 2e éd. LGDJ, 2012, n° 931, p. 657 : « La première caractéristique des dispositions générales des contrats du droit d'auteur est une limitation de la liberté contractuelle accordée à l'auteur. »

[2263] En ce sens, v. notamment, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle,* 2e éd. LGDJ, 2012, n° 904, p. 639 : « [Le droit de la concurrence] encadre la liberté contractuelle afin de protéger le marché contre une utilisation abusive de celle-ci combinée à la propriété. » ; d'un point de vue du droit d'auteur, v. A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique,* 4ème éd., Litec, 2012, n° 654, p. 679 s.

- ***Le principe de la possibilité de conclure des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle.***
- ***Le principe de catégorisation des contrats d'exploitation par la législation spéciale du droit de la propriété intellectuelle. Le contenu minimal de toute catégorie contractuelle est la transmission de maîtrise juridique sur un droit de propriété intellectuelle et l'obligation de garantie due au cocontractant.***
- ***Le principe de divisibilité du droit par contrat. Les limitations quant au contenu des droits transmis, la durée et le lieu de l'exploitation autorisée sont admises dans toutes les branches de propriété intellectuelle.***
- ***L'existence d'une option entre contrat d'exploitation exclusif et non exclusif.***
- ***L'existence d'une option entre le caractère onéreux ou gratuit du contrat d'exploitation.***
- ***L'obligation d'exploitation, en tant que charge impérativement ou potentiellement présente aux contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle.***
- ***Le principe du caractère intuitu personae du contrat d'exploitation.***
- ***Le principe de la reconnaissance d'un droit d'agir du cocontractant qui jouit d'une exclusivité (légale ou contractuelle).***
- ***Le principe de l'application complémentaire du droit commun des contrats.***

458.- En revanche, les points de divergence principaux entre les différents régimes sectoriels des contrats d'exploitation se focalisent notamment sur les dénominations et les contours des catégories contractuelles, les règles de forme et surtout l'existence de la formalité d'enregistrement en droit des brevets, l'existence de contraintes à la liberté contractuelle à cause de l'existence d'un régime d'ordre public de protection en matière de droit d'auteur et l'interférence potentielle des prérogatives du droit moral sur les contrats d'exploitation d'auteur. Ces deux derniers points de divergence reflètent la différence entre la logique et les finalités de la protection légale octroyée par chaque droit de propriété intellectuelle.

C.- En Allemagne.

459.- L'examen comparatif des régimes des contrats d'exploitation propres à chaque branche du droit allemand de la propriété intellectuelle[2264] a permis de déduire certains principes transversaux du droit des contrats d'exploitation allemand.

- ***Le principe de la possibilité de conclusion des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle.***

460.- Le droit allemand reconnait expressément la possibilité de conclusion de contrats d'exploitation dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle[2265]. Cependant, les fondements de la possibilité d'exploitation contractuelle sont différents selon la branche de propriété intellectuelle en question. Plus précisément, la possibilité de conclure des contrats d'exploitation en matière de propriété industrielle se base sur la reconnaissance du caractère aliénable des droits de propriété industrielle[2266]. Compte tenu toutefois du caractère inaliénable du droit d'auteur dans son ensemble[2267], la loi fonde la possibilité de transmission contractuelle des prérogatives patrimoniales du droit d'auteur (au moins au niveau d'exploitation primaire) sur la technique de concession des droits d'usage. Cette indéniable différence conceptuelle qui caractérise les techniques de transmission de la maitrise juridique dans les différentes branches du droit allemand de la propriété intellectuelle ne devrait pas, cependant, conduire à déprécier la convergence substantielle qui définit l'exploitation contractuelle des différents droits de propriété intellectuelle[2268]. Si le caractère inaliénable des prérogatives patrimoniales du droit d'auteur a une signification dogmatique et théorique, il ne semble pas toutefois avoir un impact important dans la pratique de l'exploitation contractuelle du droit d'auteur[2269]. En pratique, l'utilisation de la

---

[2264] Voir *supra* n°s 40-51bis, 76-82 et 109-115.

[2265] Droit d'auteur : art. 29 §2 et 31 § 1 al. 1er UrhG ; droit des brevets : art. 15§2 al. 1er PatG ; droit des marques : art. 30 MarkenG.

[2266] C'est à partir de ce caractère que la théorie de la nature *in rem* de licences exclusives a été développée en doctrine et en jurisprudence allemandes.

[2267] V. *supra* n° 41.

[2268] En ce sens, J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 158, p. 144 : « les indéniables différences conceptuelles ne doivent pas conduire à déprécier les convergences concernant le principe même, sinon les conséquences pratiques, du transfert et qui, à leur tour, traduisent l'analogie des techniques d'exploitation-et de transfert- du droit. » et *ibid*. n° 163, p. 158.

[2269] A. FRANÇON, « Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit d'auteur européen », *CCE*, n° 9, 2000, p. 9-11 et not. p. 10 : « C'est ainsi que dans l'arrêt Musik Vetrib du 20 janvier 1981, on peut lire que l'exploitation commerciale du droit d'auteur soulève les mêmes problèmes que celle d'un autre droit de propriété industrielle et commerciale. » ; Comp. M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit*

technique de transmission du droit d'auteur par concession des droits d'utilisation n'aboutit pas à des résultats très différents par rapport à une transmission fondée sur le caractère aliénable du droit[2270]. De manière similaire, l'existence de prérogatives morales en matière de droit d'auteur, malgré son impact potentiel sur les contrats d'exploitation d'auteur, n'empêche pas l'affirmation du principe général de la possibilité d'exploitation contractuelle (indirecte) à travers la transmission de la maîtrise juridique des droits de propriété intellectuelle en droit allemand[2271].

- ***Le principe de catégorisation des contrats d'exploitation par la législation spéciale du droit de la propriété intellectuelle.***

461.- En droit allemand, les contrats d'exploitation font l'objet d'un encadrement légal par les différentes lois spécifiques dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle. Comme nous l'avons vu[2272], les catégories contractuelles consacrées par la loi ne sont pas homogènes dans tous les régimes spéciaux du droit de propriété intellectuelle. Une analogie pourrait être faite entre les concessions des droits d'utilisation du droit d'auteur et les contrats de licence en matière de droit des brevets et des marques[2273]. En fait, tout contrat d'exploitation, indépendamment de la catégorie

---

international privé, GSN Joly, 1995, n° 59, p. 65 (se référant à la comparaison entre la conception allemande de la non-transferabilité du droit d'auteur et la conception française) : « [La divergence entre la conception française et allemande du contrat d'exploitation] apparaît beaucoup plus sensible dans la doctrine que dans la pratique. » ; S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 13, (à propos de la comparaison entre la conception allemande de la non-transferabilité du droit d'auteur et la conception anglaise) : « Nevertheless, much as German lawyers (and on this occasion, law makers, too) revel in sophisticated conceptual constructs, the practical results are not too far apart. »

[2270] En ce sens, J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 163, p. 150 : « Semblablement, le même auteur considère qu'une concession exclusive et illimitée dans l'étendue matérielle et temporelle du droit ainsi que dans l'espace s'apparenterait fortement à une cession intégrale du droit d'auteur, sans pouvoir cependant s'identifier à celle-ci en raison de la possibilité conservée par l'auteur de pouvoir exercer la décence de ses intérêts intellectuels et moraux. » Comp. A. DIETZ, *Analyse comparative des législations nationales relatives au droit d'auteur face aux dispositions du traité instituant la Communauté économique européenne*, Étude réalisée à la demande de la Commission des Communautés européennes, 1976, p. 218 (cité par M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 57, p. 64), comparant la concession d'un droit d'utilisation exclusif et illimité du droit allemand et la cession intégrale du droit français : « [Cette] concession s'apparente fortement à une cession intégrale du droit d'auteur ». ; M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 57 *sq*., p. 64 et not. n° 58, p. 65 : « [L]a concession exclusive et sans restriction d'un droit d'utilisation a les mêmes effets que la cession du droit d'auteur en droit français. » Déjà, G. METAXAS-MARANGHIDIS (sous dir. de), *Intellectual Property Laws of Europe*, John Wiley & Sons, 1995, Germany, n° 8.1.10 : « Although a transfer of copyright is impossible, the grant of exclusive worldwide rights for all kinds of uses and for the whole period of protection comes very close to a total assignment. »

[2271] Compo. M. JOSSELIN-GALL *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 59, p. 66, se référant à la convergence entre le droit français et le droit allemand en matière de la notion de contrat d'exploitation du droit d'auteur. Il est aussi significatif que la question de l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles est intégrée au sein de la partie générale de la loi modèle sur la propriété intellectuelle qui a vu récemment le jour. V. H.-J. AHRENS, M.-R. McGUIRE, *Model Law on Intellectual Property*. *A proposal for German Law Reform- Abbreviated English version*, Sellier, 2013, p. 19 et 37.

[2272] V. *supra* n° 355.

[2273] A. DIETZ, « Germany-Federal Republic » *in* M. B. NIMMER, P. E. GELLER, *International copyright law and practice*, Matthew Bender Ed., 1989, p. 47, note n° 137, cité par, M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 56, p. 62 : « La concession de ces droits a pu être rapprochée du concept de la licence par M. Dietz. Il se réfère à la licence telle qu'elle est connue

spéciale à laquelle appartient (transfert de droit d'utilisation, licence), implique la transmission de la maîtrise juridique sur un droit de propriété intellectuelle et met à la charge du transmettant, en principe, une obligation de garantie à l'encontre de son cocontractant[2274]. De même, les aménagements contractuels envisageables dans chaque branche de propriété intellectuelle sont similaires (sinon identiques), comme nous le verrons ci-après. Par ailleurs, il a été signalé plus haut que la dénomination de licence (*Lizenzvertrag*) n'est pas inconnue en pratique du droit d'auteur allemand[2275]. C'est pourquoi le contrat de licence est traité de manière transversale par la doctrine allemande[2276].

Ajoutons que toutes les lois spéciales du droit de la propriété intellectuelle prévoient plusieurs sous-catégories pour chaque type de contrat d'exploitation consacré, en fonction notamment du caractère total ou partiel de la transmission et du caractère exclusif ou non exclusif du contrat d'exploitation. Autrement dit, le droit allemand prévoit un système de catégorisation des contrats d'exploitation dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle.

---

dans d'autres secteurs du droit, notamment le droit des brevets. » ; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur,* thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 163, p. 150, citant également A. DIETZ, *Le droit d'auteur dans la Communauté européenne. Analyse comparative des législations nationales relatives au droit d'auteur face aux dispositions du traité instituant la Communauté économique européenne, Étude réalisée à la demande de la Commission des Communautés européennes*, 1978, n° 522, p. 166 : « la réglementation des tels droits [Nutzungsrechte] se rapproche sensiblement des conceptions relatives à la signification qu'il y a lieu d'accorder à des licences simples et exclusives inhérentes à d'autres secteurs du droit, notamment le droit des brevets. » ; B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, à plusieurs reprises, par exemple, p. 30 : « In view of the fact that the authors' rights are not assignable, authors must then be given the possibility to license their rights […] » ; references sous S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », in A. KUR, V. MIZARAS, The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 8, note 32 et ibid. p. 33, pour qui « the rights to exploit the work, granted by the author, are akin to licenses in all but name. » Comp. M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 58, p. 65, le tableau d'équivalence entre licence simple du droit français et concession de droit d'usage simple.

[2274] V. pour la reconnaissance de l'existence de cette obligation en matière des contrats d'exploitation d'auteur, M. MARKELLOU, *Les contrats d'exploitation de droit d'auteur en droit comparé (Allemagne, France, Grèce)*, thèse Montpellier III, 2009, n° 526 s., p. 324 s. ; en matière des licences des marques, J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 16-04, p. 390.

[2275] V. *supra* n° 173.

[2276] V. par exemple, M. NAUTA, *Consideration in Intellectual Property Licences*, Lang, 2014 ; M.-R. McGUIRE, *Die Lizenz*, Mohr Siebeck, 2012 ; L. PAHLOW, *Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des geistigen* Eigentums, Mohr Siebeck, 2006 ; D. BEIER, S. ABEL, *Lizenzverträge*, Heymann, 2008 ; R.-M. HILTY, *Lizenzvertragsrecht*, Stämpfli, 2001. Comp. aussi les art. 111 s. du *Modellgesetz* (préc.) relatifs aux contrats de licence. *Cf.* S. DUSOLLIER, C. KER, M. IGLESIAS, Y. SMITS, *Contractual arrangements applicable to creators : law and practice of selected Member States*, European Parliament – Directorate General for International Policies – Policy Department C : Citizens' Rights and Constitutional Affairs – Legal Affairs, 2014, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/RegData/.../IPOL-JURI_ET(2014)493041_EN.pdf>, p. 127 : « The term "*Nutzungsrecht*" (use right) in s. 29 Abs. 2 UrhG is unique in German law and mostly comparable to the term "licence" as a permission to use someone else's work. »

- ***Le principe de l'absence de formalisme ad validitatem pour la conclusion des contrats d'exploitation.***

462.- Le droit des contrats d'exploitation allemand se caractérise par l'absence générale[2277] de formalisme ad validitatem dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle et à tous les niveaux d'exploitation (primaire-secondaire).

- ***Le principe de divisibilité du droit par contrat.***

463.- La divisibilité du droit par contrat est un principe transversal du droit allemand des contrats d'exploitation. En effet, la loi prévoit expressément la possibilité pour les parties d'un contrat d'exploitation de « ciseler » à volonté le droit transmis tant en matière de droit d'auteur (concession limitée d'un droit d'utilisation)[2278] qu'en droit de propriété industrielle (licence totale et partielle)[2279]. De même, les types de limitations envisageables sont les mêmes dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle. Plus précisément, en premier lieu, toutes les lois spéciales reconnaissent la conclusion de contrats de licences limitées quant au contenu, à la portée territoriale et la durée de l'exploitation accordée[2280]. Ajoutons que pour une partie de la doctrine, la règle d'interprétation spéciale consacrée par l'article 31§5 de la UrhG forme l'expression législative d'un principe général du droit allemand de la propriété intellectuelle selon lequel l'interprétation de la volonté des parties déterminera la portée des droits transmis au cocontractant[2281].

- ***Le principe de l'option entre contrat d'exploitation exclusif et non exclusif.***

464.- Toutes les lois allemandes relatives aux droits de propriété intellectuelle reconnaissent la distinction entre les contrats d'exploitation exclusifs et non exclusifs. Cette distinction est reconnue en pratique expressément par l'ensemble des lois spéciales allemandes du droit de la propriété

[2277] V. *supra* n° 44 sur l'exigence d'un écrit dans certaines hypothèses exceptionnelles en matière de droit d'auteur. V. sur ce point aussi J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 166, p. 150 et note n° 594.

[2278] V. l'art. 31§1 UrhG.

[2279] Droit des brevets : art. 15§2 PatG ; droit des marques : art. 30§1 MarkenG.

[2280] En ce sens, S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 8 : « The provision of 31§1 2nd sentence (Nutzungsrechte may be granted on an exclusive or non exclusive basis, they may be restricted as to their territory, duration and content) reveals the to be akin to licenses over other types of intellectual property. »

[2281] En ce sens, S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 5 : « In doubt it will be assumed that the patent proprietor ceded only as few of his rights as necessary », a general principle of German intellectual property law that has found legislative expression in §31(5) UrhG. »

intellectuelle[2282]. Les parties sont toutefois toujours libres d'opter en faveur de l'un ou l'autre type de contrat d'exploitation en fonction du principe de la liberté contractuelle.

- ***L'option entre le caractère onéreux ou gratuit du contrat d'exploitation.***

465.- Dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle en droit allemand[2283], les contrats d'exploitation peuvent être soit onéreux soit gratuits. En droit d'auteur, cette possibilité se base sur le texte de la UrhG. Cependant, lorsque le contrat d'exploitation d'auteur est onéreux, les règles impératives de la UrhG seront appliquées[2284]. En droit de propriété industrielle, en l'absence de disposition particulière au sein de la PatentG ou de la MarkenG, la question peut être librement déterminée par les parties[2285].

- ***L'obligation d'exploitation, charge impérativement ou potentiellement présente dans les contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle.***

466.- Au premier regard, la question du droit de l'obligation d'exploitation est traitée de manière non homogène au sein des différentes branches du droit allemand de la propriété intellectuelle. Plus précisément, comme nous l'avons vu, la loi prévoit une obligation d'exploitation à toute concession exclusive de droit d'utilisation en droit d'auteur[2286]. Dans tous les autres cas en revanche (concessions non exclusives primaires et concessions secondaires), les parties sont libres d'opter pour la présence ou l'absence d'une obligation d'exploitation à la charge du concessionnaire. La même possibilité existe également en matière de licences, de brevets et de marques, conformément au principe de la liberté contractuelle[2287]. Des contrats d'exploitation avec ou sans charge d'exploitation sont toutefois concevables dans toutes les branches du droit de propriété intellectuelle. Sur cette base, il est possible d'affirmer l'existence du principe selon lequel l'obligation d'exploitation est impérativement ou potentiellement présente dans les contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle.

[2282] Droit d'auteur : art. 31§1 al. 1er Ur hg ; Droit des brevets : art. 15§2 al. 1er PatG ; droit des marques : art. 30§1 MarkenG.

[2283] Art. 32§3 al. 3e UrhG. Pour une analyse transversale sur la contrepartie des contrats des licences en droit allemand v. M. NAUTA, *Considération in Intellectual Property Licences*, Lang, 2014, p. 67 s.

[2284] V. *supra* n° 206.

[2285] V. sur ce point à propos des licences des marques, J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 16-14, p. 398.

[2286] V. l'art. 41 UrhG.

[2287] Comp. en matière des licences des marques, J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 16-14, p. 398 : « Pursuant to the principle of freedom of contract, it is first and foremost up to the parties to the licence agreement to negotiate the obligations of the licensor and the licensee. »

- ***L'effet erga omnes des contrats d'exploitation.***

467.- Par consécration légale, les contrats d'exploitation dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle ont un effet *erga omnes*. Plus précisément, le contrat d'exploitation est opposable tant aux ayants droit du titulaire qu'à tout tiers cocontractant ultérieur[2288].

- ***Le principe de la reconnaissance d'un droit d'agir au profit du cocontractant exclusif.***

468.- Il est généralement admis, en dépit du silence de la loi, que le titulaire d'un droit d'utilisation exclusif en droit d'auteur et le licencié exclusif de brevet ont le droit d'agir en contrefaçon[2289]. En revanche, en matière de marques, l'article 30§3 de la MarkenG reconnaît à tout licencié le droit d'agir *ex jure proprio* à condition d'avoir obtenu au préalable le consentement du titulaire de la marque. Dès lors, le droit d'agir *ex jure proprio* est reconnu à tout concessionnaire et licencié exclusifs en droit allemand des contrats d'exploitation, avec la réserve qu'en matière de marques, le consentement préalable du titulaire est exigé[2290].

- ***Le principe de l'application complémentaire du droit commun des contrats.***

469.- Le droit spécial des contrats d'exploitation, dans toutes les branches du droit de propriété intellectuelle, est alimenté - directement ou par analogie- par le « thesaurus » gardé par le droit commun des contrats[2291]. Sur cette base, l'application complémentaire du droit commun des contrats constitue un principe général du droit des contrats d'exploitation allemand dans son ensemble. Il en découle que les principes du droit commun constituent également des principes transversaux du droit des contrats d'exploitation. C'est sur ce fondement que plusieurs principes, notamment le principe de la liberté contractuelle[2292] ou le principe de bonne foi s'appliquent également en matière de contrats d'exploitation. Notons que la liberté contractuelle est « surveillée » en matière de contrats d'auteur primaires, où des règles impératives limitent le pouvoir des parties de déterminer le contenu de leur contrat[2293]. De même, le droit de la

---

[2288] Droit d'auteur : art. 33 UrhG ; droit des brevets : art. 15§3 PatG ; droit des marques : art. 30§5 MarkenG. Sur ce dernier, v. J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 16-01, p. 388.

[2289] V. *supra* n° 227.

[2290] Répétons ici cependant que selon une opinion doctrinale également représentée en jurisprudence, une licence de marque exclusive confère par défaut au licencié le droit d'agir en contrefaçon S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 18 : « The *Bundesgerischtshof* recognises the possibility to grant such licence, and cites with apparent approval the prevailing opinion to the effect that exclusive licences are *dinglich* in that sense. »

[2291] V. *supra* n° 208.

[2292] V. *supra* n° 206 et les références y cités.

[2293] V. *supra* n° 206.

concurrence, notamment européen, est susceptible de limiter la liberté contractuelle des parties dans toutes les branches du droit allemand des contrats d'exploitation[2294].

470.- ***Bilan : Les principes transversaux du droit des contrats d'exploitation allemand.***

En somme, les principes transversaux du droit spécial des contrats d'exploitation sont les suivants :

- ***Le principe de la possibilité de conclure des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle.***
- ***Le principe de catégorisation des contrats d'exploitation par la législation spéciale du droit de la propriété intellectuelle.***
- ***Le principe de l'absence de formalisme ad validitatem pour la conclusion des contrats d'exploitation.***
- ***Le principe de divisibilité du droit par contrat. Les limitations quant au contenu des droits transmis, la durée et le lieu de l'exploitation autorisée sont admises dans toutes les branches de propriété intellectuelle.***
- ***Le principe de l'option entre contrat d'exploitation exclusif et non exclusif.***
- ***L'existence d'une option entre le caractère onéreux ou gratuit du contrat d'exploitation.***
- ***L'obligation d'exploitation, charge impérativement ou potentiellement présente dans les contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle.***
- ***L'effet erga omnes des contrats d'exploitation.***
- ***Le principe de la reconnaissance d'un droit d'agir du cocontractant exclusif.***
- ***Le principe de l'application complémentaire du droit commun des contrats.***

471.- En revanche, les points de divergence principaux entre les différents régimes sectoriels des contrats d'exploitation se focalisent notamment sur l'existence de la formalité d'enregistrement en droit des brevets, la différence des techniques de transmission utilisées, l'existence de contraintes à la liberté contractuelle prescrites par le régime d'ordre public de protection en matière de droit d'auteur et l'interférence potentielle des prérogatives du droit moral sur les contrats d'exploitation d'auteur. Les derniers points de divergence reflètent la différence entre la logique et les finalités de la protection légale octroyée par chaque droit de propriété intellectuelle.

[2294] En ce sens, à propos du droit des contrats d'exploitation des marques, J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 16-04, p. 390.

D.- Au Royaume-Uni.

472.- L'examen comparatif des régimes des contrats d'exploitation propres à chaque branche du droit britannique de la propriété intellectuelle[2295] a permis de déduire certains principes transversaux du droit des contrats d'exploitation anglais.

- ***Le principe de la possibilité de conclure des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle.***

473.- Le droit britannique reconnaît expressément la possibilité de conclure des contrats d'exploitation, et donc, de l'exploitation contractuelle (indirecte) des droits dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle[2296]. Le fondement de cette possibilité est la reconnaissance du caractère aliénable de tous les droits de propriété intellectuelle[2297]. Ajoutons qu'il n'y a aucune différence concernant la technique de transmission envisageable parmi les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle.

- ***Le principe de catégorisation des contrats d'exploitation par la législation spéciale du droit de la propriété intellectuelle.***

474.- En droit britannique les contrats d'exploitation font l'objet d'un encadrement légal par le Code de la propriété intellectuelle dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle. Plus précisément, le contrat de licence est le type contractuel transversal du droit des contrats d'exploitation britannique[2298]. La licence est considérée comme un contrat non translatif[2299], par lequel le licencié est autorisé à réaliser des actes qui seraient autrement réservés au titulaire du droit de la propriété intellectuelle, sans encourir le risque d'être poursuivi en contrefaçon par le titulaire

---

[2295] Voir *supra* n°s 52-59, 83-91, 116-124.

[2296] Droit d'auteur : art. 90 CDPA ; droit des brevets : art. 30§4 PA ; droit des marques : 25§2 (b) et 28§1 TMA.

[2297] En droit britannique, les droits de propriété intellectuelle sont considérés, sans discrimination, comme des « biens meubles » (*personal properties*). Voir en droit d'auteur, art. 1§1 et 90§1 CDPA ; en droit des brevets, art. 30§1 PA ; en droit des marques art. 22 TMA. En Écosse, ils sont considérés comme « propriétés mobilières intangibles (*incorporeal moveable properties*) ». Voir en droit d'auteur, art. 90§1 CDPA ; en droit des brevets, art. 31§2 PA ; en droit des marques 22 et 24§1 TMA. *Cf.* S. BALGANESH, « Alienability and copyright law », *in* H. HOWE, J. GRIFFITHS (sous dir. de), *Concepts of Property in Intellectual Property Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 161 et s. et not. p. 162.

[2298] Droit d'auteur : art. 90 CDPA ; droit des brevets : art. 30§4 PA ; droit des marques : 25§2 (b) et 28§1 TMA. Comp. H. McQUEEN, C. WAELDE, L. GRAEME, A. BROWN, *Intellectual Property Law and Policy*, 2e éd., Oxford University Press, 2011, n° 21.7, p. 930 : « Licensing is a central feature of the exploitation of intellectual property. »

[2299] En ce sens, d'un point de vue translatif, C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-02, p. 27 : « The grant of permission (or licence) does not require any transmission of ownership in the relevant intellectual property. »

du droit[2300]. Le concédant sera chargé d'une obligation de garantie, surtout[2301] lorsque les parties l'ont expressément prévu dans le contrat, suivant le principe de la liberté contractuelle[2302]. Ajoutons que toutes les lois spéciales prévoient plusieurs sous-catégories de licences, en fonction notamment du caractère total ou partiel de la transmission et du caractère exclusif ou non exclusif du contrat d'exploitation. Autrement dit, le droit britannique prévoit un système de catégorisation des contrats d'exploitation dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle.

- ***Le principe de divisibilité du droit par contrat.***

475.- La divisibilité du droit par contrat est un principe transversal du droit britannique des contrats d'exploitation[2303]. Certes, la loi prévoit expressément la possibilité pour les parties d'un contrat d'exploitation de « ciseler » à volonté le droit transmis uniquement en matière de droit d'auteur et de marques[2304]. Toutefois, en matière de brevets d'invention, les licences limitées sont, ainsi qu'examiné précédemment, généralement admises et fréquentes, même en l'absence de visa explicite au sein de la PA[2305]. De manière générale, les limitations quant au contenu du droit[2306], la

---

[2300] En ce sens, d'un point de vue transversal, C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-02, p. 27: « [A] licence of intellectual property is in essence a grant of permission by the licensor to the licensee to undertake certain otherwise prohibited acts. » et *ibid.* n° 2-26, p. 43 : « In granting a licence to use intellectual property rights, the licensor is giving the licensee permission to do something which would otherwise amount to infringement of those rights. » ; D. MARCHESE, *Licensing Agreements*, Longman, 1994, p. 6. Rappr. N. WILKOF, « Trademark licensing : the once and future narrative », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 196 s. et not. p. 222 : « Like other forms of licensing of intellectual property rights, trademark licensing can be approached as a set of commerciall arrangments by which one side grants to the other the right to use its trademarks in exchange for the payment of a royalty and other commitments. »

[2301] L'obligation de garantie existe parfois implicitement. Par exemple, il existe une obligation implicite pour le concédant de ne pas agir en contrefaçon contre le licencié, en vertu du mécanisme d'*estoppel*. V. sur ce point, G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 192. Rappr. *ibidem* : « La garantie de possession paisible résulte finalement d'un fort pouvoir de négociation de la part du licencié et, en général, l'obligation du concédant de la garantie de la possession paisible n'est pas implicitement due. Cependant, cette solution est contestable car le licencié a eu confiance en l'exploitation paisible du droit concédé. En outre, l'absence de garantie de la possession paisible crée une certaine asymétrie entre les parties, contraire à l'esprit de collaboration que postule la licence en cette matière. »

[2302] V. en ce sens, G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 184, à propos du vice juridique en matière des licences de propriété industrielle : « l'obligation de garantie implicite du concédant est très limitée en droit anglais. Il n'existe généralement pas de garantie implicite de la validité du droit de la propriété intellectuelle. » ; *ibid*. p. 185 : « En présence de clause, au contraire, le concédant doit garantir la validité du droit. » ; *ibid*. p. 191 : « En absence de clause, il n'existe pas de garantie implicite du titre de propriété. » Comp. C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-20, p. 38 : « [L]icensees often seek a warranty as to ownership in respect of registered and unregistered rights. » Comp. D. MARCHESE, *Licensing Agreements*, Longman, 1994, p. 9 : « [A] business licensing agreement will contain general provisions concerning (1) any warranties or indemnities to be given by either the licensor or the licensee and any agreed restrictions on the liability of either party. » ; *ibid*. p. 12.

[2303] D'un point de vue transversal, v. C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-26, p. 43.

[2304] Droit d'auteur : art. 90§2 CDPA ; droit des marques : art. 28§1 TMA.

[2305] Voir *supra* n° 188.

[2306] V. C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-30, p. 47 et *ibid.* n° 2-32, p. 48. *Cf.* H. McQUEEN, C. WAELDE, L. GRAEME, A. BROWN, *Intellectual Property Law and Policy*, 2e éd., Oxford University Press, 2011, n° 21.8, p. 931, pour qui, licences for some intellectual property rights, notably *copyright*, tend to cover some, but not all of the rights pertaining to a particular work. »

durée[2307] et le territoire[2308] couvert par la licence sont envisageables dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle, même si la loi ne les prévoit pas toujours explicitement[2309].

- ***Le principe de l'option entre licence exclusive, non exclusive et sole licence.***

476.- Il est un lieu commun pour toutes les lois britanniques spéciales du droit de propriété intellectuelle de reconnaître la distinction entre les licences exclusives et non exclusives[2310]. La licence exclusive est définie par la loi de manière identique dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle[2311]. Suivant la définition légale, la licence exclusive est la licence permettant au licencié d'exercer le droit concédé de la manière autorisée, à l'exclusion de toute autre personne, y compris le donneur de licence[2312]. De manière subséquente, le concept de la licence non-exclusive présente un contenu identique dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle[2313]. Par ailleurs, même si la loi ne le prévoit pas, il est admis que toutes les propriétés intellectuelles peuvent faire l'objet d'une *sole licence*[2314]. Les parties, suivant le principe de la liberté contractuelle, sont toujours libres d'opter en faveur de l'un ou l'autre type de licence[2315]. Il est ainsi un principe général du droit anglais des contrats d'exploitation que les parties ont la possibilité de choisir entre les catégories homogènes de la licence exclusive, non exclusive ou *sole licence*[2316].

[2307] V. C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-34, p. 50.

[2308] V. C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-33, p. 49.

[2309] Limitations quant au contenu : droit d'auteur : art. 90§2 a CDPA ; droit des marques : art. 28§1 a TMA. Limitations temporelles : droit d'auteur : art. 90§2 a CDPA. Limitations territoriales : droit d'auteur : art. 90§2 a CDPA ; droit des marques : art. 28§1 a TMA.

[2310] Droit d'auteur art. 90 et 92 CDPA ; droit des brevets : art. 30§3, 30§7 et 130 Pal droit des marques : art. 29 TMA. En fait, le plus souvent, la licence exclusive est expressément prévue et définie par la loi et la consécration et la définition implicite de la licence non exclusive en résulte *a contrario*.

[2311] Droit d'auteur : 92§1 CDPA ; droit des brevets : art. 130 PA ; droit des marques : art. 29§1 TMA.

[2312] D'un point de vue transversal, v. H. McQUEEN, C. WAELDE, L. GRAEME, A. BROWN, *Intellectual Property Law and Policy*, 2e éd., Oxford University Press, 2011, n° 21.7, p. 930 ; C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-31, p. 48 : « The licensor may not exercise the rights granted to the licensee or license third parties to exercise them. »

[2313] Voir sur ce point, d'un point de vue transversal, H. McQUEEN, C. WAELDE, L. GRAEME, A. BROWN, *Intellectual Property Law and Policy*, 2e éd., Oxford University Press, 2011, n° 21.7, p. 930 : « A non-exclusive licence permits the owner to licence as many other people as he wishes to carry out the same act. » ; C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-31, p. 48 : « The licensor may exercise the rights granted to the licensee and license third parties to exercise them. »

[2314] Voir sur ce point, d'un point de vue transversal, H. McQUEEN, C. WAELDE, L. GRAEME, A. BROWN, *Intellectual Property Law and Policy*, 2e éd., Oxford University Press, 2011, n° 21.7, p. 930 : « A sole licence permits the owner of the IPR to exploit the right as well as the person to whom he has licensed the work. » ; C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-31, p. 48 : « The licensor may exercise the rights granted to the licensee but may not license third parties to exercise them. »

[2315] Comp. C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-31, p. 47 : « [T]he parties to a licence must agree whether the licence is to be non-exclusive, exclusive or sole. »

[2316] En ce sens, d'un point de vue transversal, v. C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-31, p. 47 s. ; D. MARCHESE, *Licensing Agreements*, Longman, 1994, p. 7.

- ***L'option entre le caractère onéreux ou gratuit du contrat d'exploitation.***

477.- En l'absence de règles particulières relatives à la question de l'obligation de paiement d'un prix par le licencié[2317] et suite à l'application du principe de la liberté contractuelle, les parties sont libres de déterminer le caractère gratuit ou onéreux de la licence. Ainsi, des licences conclues à titre onéreux ou gratuit sont, *a priori*[2318], envisageables dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle[2319] et les parties ont, en principe, la possibilité d'opter pour le caractère onéreux ou gratuit du contrat.

- ***L'option entre l'existence ou l'absence d'une obligation d'exploitation à la charge du licencié.***

478.- En l'absence de règles particulières et suite à l'application du principe de la liberté contractuelle, les parties sont libres de stipuler une obligation d'exploitation à la charge du licencié dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle[2320]. Sur cette base, des licences avec ou sans charge d'exploitation à l'encontre du licencié sont généralement envisageables en droit britannique des contrats d'exploitation et les parties ont, en principe, la possibilité d'opter pour l'un ou l'autre type de licence[2321].

- ***Le principe de reconnaissance d'un droit d'agir au profit du licencié exclusif.***

479.- La question du droit d'agir du licencié en droit britannique a été examinée plus haut en tant qu'illustration du traitement divergent de la même question par les lois sectorielles du domaine de la propriété intellectuelle[2322]. Malgré les disparités qui caractérisent les différentes dispositions, un

---

[2317] V. en ce sens, à propos des licences du droit d'auteur, B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 131 : « Neither the CDPA nor the Irish […] contain any provision regulating the amount of remuneration to be paid to authors or performers. »

[2318] Comp. G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 195 : « On en déduit qu'il existe une obligation implicite de paiement du prix pour le licencié. Les juges ont d'ailleurs rendu une décision en ce sens, indiquant qu'en l'absence de clause de redevances, le paiement d'un prix raisonnable était implicitement dû. » et *ibid.* p. 195, note 1356 : « Il en va différemment dans le contrat à titre gratuit. »

[2319] *Cf.* W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, *Intellectual property*, 6e éd., Sweet & Maxwell, 2007, n° 7-24, p. 285 ; W.- R. CORNISH, D. LLEWELYN, T. APLIN, *Intellectual property*, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010, n° 7-25, p. 307 : « Unless for some reason the licence is to be free… ». Comp. L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 572, se référant aux « open licences, allowing subsequent researchers to use patented material on condition that they apply similar terms to any improvements. »

[2320] V. sur ce point C. DEMETRIADES (sous dir. de), *Intellectual Property Issues in Commercial Transactions*, Sweet & Maxwell, 2008, n° 2-40, p. 53 : « The licensor may also wish to establish minimum sales levels by way of performance obligations. »

[2321] Comp. D. MARCHESE, *Licensing Agreements*, Longman, 1994, p. 9 : « In general, the obligations imposed upon the licensee will include […] (2) provisions relating to the effort required for success in exploiting the licensed rights, by way of best endeavours, minimum sales, minimum royalties or otherwise. »

[2322] V. *supra* n° 361.

principe commun minimal peut être dégagé, selon lequel le licencié exclusif a (par défaut[2323] ou lorsque ceci est prévu dans le contrat[2324]) le droit d'agir *ex jure proprio* et de prétendre aux mêmes réparations pour des actes de contrefaçon survenant après la conclusion du contrat. De même, le titulaire du droit de la propriété intellectuelle devra, en principe, joindre le licencié exclusif au procès initié par ce dernier[2325]. Sur cette base, le droit britannique se caractérise par le principe de la reconnaissance au profit du licencié exclusif de la possibilité d'agir *ex jure proprio* en contrefaçon. De même, le licencié exclusif bénéficie d'un traitement privilégié par rapport au licencié non exclusif, quant à son droit d'agir en contrefaçon, dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle.

- ***Le principe de l'application complémentaire du droit commun des contrats.***

480.- Le droit spécial des contrats d'exploitation dans toutes les branches du droit de propriété intellectuelle, est alimenté- directement ou par analogie- par le « thesaurus » gardé par le droit commun des contrats[2326]. Sur ce fondement, l'application complémentaire du droit commun des contrats constitue un principe général du droit des contrats d'exploitation britannique dans son ensemble. C'est sur cette base que plusieurs concepts de portée générale du *Law of contracts*, tels que le principe de la liberté contractuelle[2327] ou la théorie des *implied terms* s'appliquent également en matière de contrats d'exploitation[2328]. Notons que le principe de la liberté contractuelle s'applique pleinement à tous les régimes sectoriels des contrats d'exploitation[2329]. En l'absence de règles d'ordre public de protection de la propriété littéraire et artistique, seul le droit de la concurrence, notamment européen, est susceptible de limiter la liberté contractuelle des parties à déterminer le contenu de la licence dans toutes les branches du droit britannique des contrats d'exploitation.

481.- ***Bilan : Les principes transversaux du droit des contrats d'exploitation britannique.***

Pour résumer, les principes transversaux du droit spécial des contrats d'exploitation britannique sont les suivants :

[2323] Droit d'auteur : art. 101§1 CDPA : « un licencié exclusif a [shall have] le même droit…, » ; droit des brevets : art. 67§1 PA : « Un licencié exclusif a [has] les mêmes droits… ».

[2324] Droit des marques : art. 31§1 TMA.

[2325] Droit d'auteur : art. 102§1 CDPA ; droit des brevets : art. 67 PA ; droit des marques : art. 31§4 TMA.

[2326] V. *supra* n° 206.

[2327] V. *supra* n° 206 et les références y citées.

[2328] Comp. les licences implicites (*implied licences*) qui sont assez répandues en droit des contrats d'exploitation britannique. Sur ce point v. *supra* n° 86, 118 et 206. *Adde* T. PIHALAJARINNE, « Setting the Limits for the Implied License in Copyright and Linking Discourse-The European Perspective », *IIC*, 2012, p. 700 s., not. p. 700 : « Implied license construction is largely based on Anglo-American law. »

[2329] V. *supra* n° 206 et les références y citées.

- ***Le principe de la possibilité de conclure des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle.***
- ***Le principe de catégorisation des contrats d'exploitation par la législation spéciale du droit de la propriété intellectuelle.***
- ***Le principe de divisibilité du droit par contrat. Les limitations quant au contenu des droits transmis, la durée et le lieu de l'exploitation autorisée sont admises dans toutes les branches de propriété intellectuelle.***
- ***Le principe de l'option entre licence exclusive, non exclusive et sole licence.***
- ***L'existence d'une option entre le caractère onéreux ou gratuit du contrat d'exploitation.***
- ***L'existence d'une option entre l'existence ou l'absence d'une obligation d'exploitation à la charge du licencié.***
- ***Le principe de reconnaissance d'un droit d'agir au profit du licencié exclusif.***
- ***Le principe de l'application complémentaire du droit commun des contrats.***

482.- En revanche, les points de divergence principaux entre les différents régimes sectoriels des contrats d'exploitation se focalisent notamment sur les règles de forme et l'existence de formalités d'enregistrement en droit de propriété industrielle.

483.- En conclusion, l'analyse précédente a démontré qu'il était possible d'identifier plusieurs points de rencontre parmi les différents régimes sectoriels des contrats d'exploitation au sein des tous les droit nationaux retenus[2330]. Certes, nous ne pouvons pas méconnaître l'existence des points de divergence. Ils reflètent les différences quant à la logique et aux finalités qui caractérisent les différents droits de propriété intellectuelle, au moins en Europe continentale, ainsi que des différences au niveau de la réglementation prévue au sein des différentes lois spéciales. Cependant, les principes communs identifiés sont assez significatifs, tant d'un point de vue qualitatif que quantitatif.

Sur cette base, il est possible d'affirmer que :

[2330] Par ailleurs, il est souligné qu'une *de facto* convergence des différents droits nationaux est réalisée en pratique des contrats d'exploitation transfrontiers. En ce sens, A. STROWEL, « European copyright : beyond the additions made by the European Court of Justice, some pieces are still missing » *in* M.-C. JANSSENS (sous dir. de), *Harmonisation of European IP law : from European rules to Belgian law and practice. Contributions in honour of Frank Gotzen*, Bruylant-Larcier, 2012, p. 73 s. et not. p. 92 : « Thus, the practice of copyright licensing has *de facto* brought some cross-border harmonisation. »

- ***L'exploitation contractuelle est un élément commun de toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle dans tous les droits nationaux examinés.***
- ***La diversité catégorielle entre les régimes sectoriels au sein des droits nationaux examinés n'est pas irréductible.***

§2.- Une diversité culturelle réductible.

A.- Une diversité relativisée.

484.- À l'heure actuelle, la puissance de deux grands pôles de diversité culturelle en matière de contrats d'exploitation en Europe est largement relativisée. En pratique, nous constatons que, tant la tradition civiliste et la tradition de la *common law* (A) que la tradition du droit d'auteur et du *copyright* (B) se sont rapprochées, sous le poids de la globalisation (juridique).

1°.- Le rapprochement entre la tradition civiliste et la tradition de la *common law*.

485.- Les différences entre la tradition de la *common law* et la tradition civiliste n'ont plus une nature emblématique[2331]. Les divisions fondamentales entre les deux traditions sont largement relativisées sous le poids d'une double convergence[2332]. Sans vouloir réaliser une confrontation exhaustive entre les caractéristiques des deux systèmes[2333], nous pouvons mentionner certains points significatifs.

486.- Plus précisément, la question de la systématisation du droit des contrats dans les deux systèmes constitue une belle illustration compte tenu de son importance pour déterminer l'architecture d'un droit européen transversal des contrats d'exploitation. En pratique, l'approche

---

[2331] M. Van HOECKE, « The Harmonization of Private Law in Europe : Some Misunderstandings », *in* M. Van M. HOECKE, F. ORT, *The Harmonization of European Private Law*, Hart Publishing, 2000, p. 1 et s. et not. p. 20 : « Divergences between the European legal systems are not anymore of a pradigmatical nature. »

[2332] En ce sens, Ph. JOUGLEUX, « The Plurality of Legal Systems in Copyright Law : An Obstacle to a European Codification ? », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 55 s. et not. p. 57, pour qui « the fundamental divisions between *common law* and civil law are beginning to fade, through a double action of convergence ».

[2333] Pour des développements plus amples, voir par exemple M. Van HOECKE, « The Harmonization of Private Law in Europe : Some Misunderstandings », *in* M. Van M. HOECKE, F. ORT, *The Harmonization of European Private Law*, Hart Publishing, 2000, p. 1 et s., *passim*.

systématique du droit n'est pas inconnue à la tradition de la *common law*[2334]. Au contraire, il a pu être soutenu que la *common law* devenait de plus en plus systématique[2335]. Concernant la matière des contrats spéciaux, l'encadrement des catégories contractuelles et leur arrangement organisé, ne sont pas non plus absents[2336]. Ce qui est toutefois spécifique à la *common law*, c'est que la catégorisation des contrats n'est pas imposée par le haut du fait de la consécration d'un code[2337]. En effet, pour des raisons historiques l'approche systématique en droit privé n'a jamais quitté l'Europe et a subsisté, à un degré moindre par rapport aux systèmes juridiques, dans les pays européens qui suivent la tradition de la *common law*[2338]. Il est significatif que les systèmes juridiques représentatifs de la *common law* en Europe, comme le droit britannique, sont plus proches de l'Europe continentale que du système de la *common law* américaine. En vérité, le système juridique britannique est beaucoup plus formaliste que le système juridique américain qui est extrêmement substantiel[2339]. Ainsi, il semble que les différents systèmes juridiques existant au sein de l'Union européenne présentent une image d'unité plus forte que celle qui caractérise les différents systèmes de la tradition de la *common law* entre eux[2340]. Par ailleurs, il ne faut pas surestimer le caractère

---

[2334] Ph. JOUGLEUX, « The Plurality of Legal Systems in Copyright Law : An Obstacle to a European Codification ? », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 55 s. et not. p. 56 : « However, this does not mean that the principle of codification itself, in other words, the systematic transposition of the rules of law, and their chronological or thematic classification, is absent from the *common law* tradition. »

[2335] M. Van HOECKE, « The Harmonization of Private Law in Europe : Some Misunderstandings », *in* M. Van M. HOECKE, F. ORT, *The Harmonization of European Private Law*, Hart Publishing, 2000, p. 1 et s. et not. p. 19 : « If the *common law* may be weakly systematized, it is nowadays constantly being more and more systematized. » Comp. aussi Ph. JOUGLEUX, « The Plurality of Legal Systems in Copyright Law : An Obstacle to a European Codification ? », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 55 s. et not. p. 57, pour qui « the advantages of codification […] are winning in popularity, not only in Cyprus, but also in some countries of *common law* tradition in Northern Europe. » ; B. FAUVARQUE-COSSON, « The Need for Codified Guiding Principles and Model Rules in European Contract Law », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 73 s. et not. p. 75, se référant aux travaux de la Law Commission britannique ainsi qu'au constat que certaines *statutes* ont une fonction similaire à une codification. Comp. aussi O. LANDO, « Final remarks », *in* R. CABRILLAC, D. MAZEAUD, A. PRÜM, *« Le contrat en Europe aujourd'hui et demain »*, Colloque du 22 juin 2007, Société de législation comparée, 2008, p. 177 s. et not. p. 188 : « Even in the national laws that have developed in the casuistic way, as has the *Common law*, lawyers have strived to establish a system of coordinated rules in order to avoid unpredictability and disorder. »

[2336] Tel est le cas aussi de la matière des contrats d'exploitation, sans doute.

[2337] G. SAMUEL, « Classification of contracts : A view from a common lawyer », *in* F. JAVIER ANDRES SANTOS, Ch. BALDUS, H. DEDEK (sous dir. de), *Vertragstypen in Europa*, Sellier, 2011, p. 117 et s. et not. p. 150 : « However what is special about *common law* is that it has not had imposed on it from above, by the legislator, formal categories of contract in the form of a code. »

[2338] La révolution du réalisme juridique n'a pas jamais été victorieuse en Europe. Sur ce point, M.-W. HESSELINK, *The New European Private Law*, Kluwer-Deventer, 2002, pp. 28-29 : « The realism was never victorious in Europe. […] In Europe the dogmatic-systematic approach to the law was not set aside by a realist revolution. The desire for change was rather internalized within the system and into the prevailing method. […] The legal scholars did not step out of the system into reality […] No, they faithfully remained inside the system *but open windows towards reality*, thus creating an *open system* which communicated which society and which adapted to its changes.[nous soulignons] »

[2339] P. S. ATIYAH, R. S. SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law ; A comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*, 1987, cité par M.-W. HESSELINK, *The New European Private Law*, Kluwer-Deventer, 2002, p. 21.

[2340] M.-W. HESSELINK, *The New European Legal Culture*, Kluwer-Deventer, 2001, M.-W. HESSELINK, *The New European Legal Culture*, Kluwer-Deventer, 2001, disponible sur :

systématique des droits relevant de la tradition civiliste[2341]. De même, la consécration des textes législatifs dans les pays de la *common law* est de moins en moins exceptionnelle[2342]. Ceci est dû certainement à l'impulsion du droit européen qui suit le modèle du droit écrit et dont l'insertion au sein des systèmes juridiques de la *common law*, tel que, par exemple, le droit britannique, se fait à travers l'adoption de *statutes*[2343]. Par ailleurs, le droit de la propriété intellectuelle constitue un bon exemple d'intervention législative extensive au sein des pays de la *common law*, car la matière est principalement[2344] régie par des règles abstraites contenues dans des *statutes*[2345].

487.- La tradition civiliste se caractérise aussi par des mutations qui la rapprochent des systèmes de la *common law*. En effet, le rôle de la jurisprudence au sein des droits de la tradition civiliste s'est renforcé[2346], ce qui démontre également une tendance à développer davantage le droit à partir de cas pratiques qu'à partir de règles abstraites[2347]. Par ailleurs, la *common law* a constitué le modèle pour

---

<papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1029573>, p. 22 : « To put it differently, the unity of European legal culture may be stronger than the unity of the *common law*. » ainsi que la référence citée.

[2341] M. Van HOECKE, « The Harmonization of Private Law in Europe : Some Misunderstandings », *in* M. Van M. HOECKE, F. ORT, *The Harmonization of European Private Law*, Hart Publishing, 2000, p. 1 et s. et not. p. 15 : « One should not overestimate the systematization of private law on the continent. »

[2342] En ce sens, Ph. JOUGLEUX, « The Plurality of Legal Systems in Copyright Law : An Obstacle to a European Codification ? », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 55 s. et not. p. 57 : « legislative pressure, as everywhere, is continuing to rise ». Comp. M.-W. HESSELINK, *The New European Private Law*, Kluwer-Deventer, 2002, p. 12, se référant au droit britannique : « More generally, in England the legislator is very active in private law, with the help of the Law commission, issuing a variety of statutory reforms of the *common law*. » ; E. DACORONIA, « Vers un Code civil européen », *KritE*, 2/2001, p. 135 et s. et not. p. 142.

[2343] Comp. W. van GERVEN, « A common Framework of Reference *and* Teaching », 1, *European Journal of Legal Education*, 2004, p. 1 et s. et not. p. 13 : « In all of the above instances, drafting and defining concepts is the *prevailing paradigm*. That does not mean however that the case-oriented approach, inherent in the English tradition, is entirely absent in the Commission's Communication. »

[2344] *Cf.* Ch. ANTONS, « Legal Culture and its Impact on Regional Harmonisation », *in* Ch. ANTONS, M. BLACKNEY, Ch. HEATH, *Intellectual Property Harmonisation within ASEAN and APEC*, Kluwer Law International, 2004, p. 29 s.

[2345] V. en ce sens, Ph. JOUGLEUX, « The Plurality of Legal Systems in Copyright Law : An Obstacle to a European Codification ? », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 55 s. et not. p. 57 : « [T]he extensive intervention of the legislator in this area of the law leads, in practice, to the loss of a sense of distinction between different legal systems. Henceforth, abstract rules of law regulate the matters of copyright law and restrain the impact of concrete case law in *common law* countries. »

[2346] V. Ph. JOUGLEUX, « The Plurality of Legal Systems in Copyright Law : An Obstacle to a European Codification ? », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 55 s. et not. p. 57 : « in civil law, a long time has passed since the time of the exegesis and jurisprudence plays a central role in the legal system. » Rappr. F. TERRE, « Le Code civil français et le projet de code civil européen », *in* CEDROMA, *Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques*, Colloque de Beyrouth des 3, 4 et 5 mai 2004, Bruylant 2008, p. 385 s. et not. 389 : « le monde de la *common law* a pris progressivement une place grandissante au sein de l'Europe continentale. » D'un point de vue français, M. MOREAU, « Le droit qui passe… », *in* C. PUIGELIER (sous dir. de), *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 1071 s. et not. p. 1079 s. ; E. DACORONIA, « Vers un Code civil européen », *KritE*, 2/2001, p. 135 et s., et not. p. 142.

[2347] *Cf.* en ce sens, Th. WILHELMSSON, « Private Law in the EU : Harmonized or Fragmented Européanisation ?, *ERPL*, 1/2002, pp. 77-94 et not. p. 94 : « I believe that the Continent will to an increasing degree be seeing a development of law based on facts expressed in practical cases rather than on the classifications of the legal system. »

l'encadrement d'une série des contrats de l'économie « moderne », comme l'atteste l'utilisation de leur dénomination anglaise[2348].

2°.- Le rapprochement entre la tradition du droit d'auteur et la tradition du *copyright.*

488.- Une confrontation générale détaillée entre la tradition de droit d'auteur et la tradition du *copyright* excéderait certainement les limites de notre étude[2349]. Cependant, une tendance de convergence entre les deux systèmes[2350] est généralement admise. Plus précisément, la tension entre la logique industrielle du *copyright* et la logique humaniste du droit d'auteur est relativisée[2351]. Ceci est démontré par le fait qu'il y a du « *copyright* » dans les régimes de droit d'auteur[2352] comme il y a du « droit d'auteur » dans les régimes de *copyright*[2353]- surtout continentaux[2354]. Par exemple, « il serait inexact d'exposer d'une part une exploitation paisible du *copyright* dans les pays anglo-saxons, qui ne serait troublée par aucune interférence du droit moral et d'autre part les systèmes juridiques accordant à l'auteur un tel droit, privilège exorbitant lui permettant d'intervenir intempestivement dans le commerce juridique du droit d'auteur. »[2355] Il est également à noter que

---

[2348] E. DACORONIA, « Vers un Code civil européen », *KritE*, 2/2001, p. 135 et s., et not. p. 142.

[2349] Pour une telle confrontation, v. not. A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, LGDJ, 1993 ; G. DAVIES, « The Convergence of *Copyright* and Authors' Rights- Reality or Chimera ? », *IIC*, 1995, p. 964 s. ; F. BENHAMOU, J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, La découverte, 2007 ; A. FRANÇON, « Le droit d'auteur au-delà des frontières : une comparaison des conceptions civiliste et de *common law* », *RIDA*, n° 149, juillet 1991, p. 3.

[2350] L. MOSCATI, « Le Code civil et le destin de la propriété intellectuelle en Europe », *Droits*, n° 47, 2008, p. 149 et s., not. p. 168 : « Depuis une cinquantaine d'années, en effet, les deux systèmes tendent à se rapprocher […] ». Pour une vue d'ensemble, voir notamment, A. LUCAS, « Droit d'auteur et copyright : les limites d'une convergence » *in Mélanges Koumantos*, Sakkoulas, 2004, pp. 649-655 et not. *passim* ; D. VAVER, « The Copyright Mixture in a Mixed Legal System : Fit for Human Consumption?, vol 5.2, Electronic Journal of Comparative Law », Mai 2001, disponible sur : <www.ejcl.org/52/art52-3.html>. Comp. M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 204, p. 191, pour qui « la dérive du bloc des pays de tradition romano-germanique vers ceux de *copyright* est plus importante que la réciproque. »

[2351] A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, LGDJ, 1993, p. 10.

[2352] Par exemple, le régime de l'œuvre collective en droit français n'est pas axé autour de la personne de l'auteur. Il en va de même pour la réglementation concernant les logiciels. En ce sens, M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 204, p. 192 pour qui il y a une « tendance des pays de « tradition droit d'auteur » à légiférer en abandonnant leurs principes traditionnels. »

[2353] En ce sens, G. DAVIES, « The Convergence of Copyright and Authors' Rights- Reality or Chimera ? », *IIC*, 1995, p. 964 s. et not. p. 987. À propos de l'intégration du droit moral au sein des systèmes juridiques du *copyright*. V. F. BENHAMOU, J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, La découverte, 2007, p. 26 s. ; A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, LGDJ, 1993, n° 24, pp. 30-31.

[2354] Il faut noter sur ce point que le *copyright* européen pourrait être dissocié du *copyright* américain. En ce sens, Ph. JOUGLEUX, « The Plurality of Legal Systems in Copyright Law : An Obstacle to a European Codification ? », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 55 s. et not. p. 57 s. : « Also, European *common law* must be clearly distinguished form American *common law*, as regards *copyright* law. » Comp. L. MOSCATI, « Le Code civil et le destin de la propriété intellectuelle en Europe », *Droits*, n° 47, 2008, p. 149 et s., p. 168 : « Le droit d'auteur français, avec l'héritage laissé par le XIX[e] siècle reste à la base de toutes les constructions européo-continentales, en s'opposant longtemps au droit anglo-américain qui arrive à s'en inspirer dans une tentative de parcours commun. »

[2355] M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 204, p. 191.

les règles d'ordre public de protection des pays continentaux ne s'appliquent qu'aux contrats d'auteur primaires[2356]. En dépit de différences (terminologiques[2357], juridiques ou philosophiques) de principe qui existent certainement, les solutions auxquelles les deux traditions aboutissent sont très proches[2358]. Par ailleurs, la proximité des deux systèmes découle du fait qu'un juriste d'origine civiliste sera beaucoup plus familiarisé avec le *copyright* britannique qu'avec le droit commun des biens de ce pays[2359]. L'interpénétration de ces systèmes juridiques s'explique par l'internationalisation tant des échanges[2360] que du cadre juridique de la propriété littéraire et artistique[2361].

489.- Selon l'analyse précédente, la dichotomie entre droit d'auteur et *copyright* semble, au moins en partie, artificielle[2362] et s'avère de plus en plus dépassée[2363]. Par ailleurs, il semble que la

---

[2356] V. *supra* n° 19, 32, 43.

[2357] Sur ce point, voir J.-C. GÉMAR, « Le dictionnaire de droit comparé et le langage des droits. Quand le droit d'auteur dialogue avec le *copyright* », *in* Y. GENDREAU, A. DRASSINOWER (Sous dir. de), *Langues et droit d'auteur. Language and Copyright*, Bruylant – Carswell, 2009, p. 1 et s. ; J. de WERRA, « Langues et droit d'auteur : perspectives de Suisse », *in* Y. GENDREAU, A. DRASSINOWER (Sous dir. de), *Langues et droit d'auteur. Language and Copyright*, Bruylant – Carswell, 2009, p. 95 et s.

[2358] En ce sens, par exemple, Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 56-57 : « Tout ceci montre bien qu'à partir de règles très différentes mais confrontés à des enjeux similaires, le droit d'auteur et le *copyright* tendent de la sorte à se rapprocher dans la pratique, c'est-à-dire aboutissent souvent à des solutions très proches. » ; A. LUCAS, « Droit d'auteur et copyright : les limites d'une convergence » *in Mélanges Koumantos*, Sakkoulas, 2004, pp. 649-655 et not. p. 652 : « D'autre part, les principes régissant la titularité des droits ont beau être différents, la situation des exploitants ne change pas du tout au tout. » La même affirmation pourrait être émise à propos de la distinction entre les systèmes monistes et dualistes. En ce sens, V. MELAS, « Autour du problème de la nature du droit d'auteur », *EEmpD*, 1994, p. 501 et s. et not. p. 516.

[2359] D. VAVER, « The Copyright Mixture in a Mixed Legal System: Fit for Human Consumption?, vol 5.2, Electronic Journal of Comparative Law », Mai 2001, disponible sur : <www.ejcl.org/52/art52-3.html> : « The civilianising process has become even more evident and entrenched, now that *TRIPs* has incorporated the bulk of Berne and other Conventions negotiated in Berne's shadow. A civil lawyer today has certainly less trouble following and understanding the UK copyright law, than he or she has making head or tail of the general law of property in the UK (whether north or south of the border). »

[2360] En ce sens, Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, pp. 56-57 : « Une tendance à la convergence entre le droit d'auteur et le *copyright*, face à l'internationalisation des échanges. » ; M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 102, p. 108 : « On a pu remarquer, du fait de la circulation internationale croissante d'objets donnant prise au droit d'auteur, une relative interpénétration des systèmes. » ; Ph. JOUGLEUX, « The Plurality of Legal Systems in *Copyright* Law : An Obstacle to a European Codification? », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 55 s. et not. p. 57, parlant de « contemporary reasons, through the effect of the development of a new global level environment.

[2361] D. VAVER, « The Copyright Mixture in a Mixed Legal System : Fit for Human Consumption?, vol 5.2, Electronic Journal of Comparative Law », Mai 2001, disponible sur : <www.ejcl.org/52/art52-3.html> : « But the modern convergence of the two traditions has deeper and longer roots than this. The source lies in the international framework in which *copyright* laws have been set since the early 20th century. » ; L. MOSCATI, « Le Code civil et le destin de la propriété intellectuelle en Europe », *Droits*, n° 47, 2008, p. 149 et s., p. 168 : « Depuis une cinquantaine d'années, en effet, les deux systèmes tendent à se rapprocher […] » et aujourd'hui encore davantage parce que les États Unis ont fini par adhérer en 1989 à la convention de Berne. Le système américain est donc aligné sur les lois européennes. »

[2362] En ce sens, F. BENHAMOU, J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, La découverte, 2007, p. 26.

[2363] En ce sens, A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, LGDJ, 1993, p. 10. Comp. G. DAVIES, « The Convergence of Copyright and Authors' Rights- Reality or Chimera ? », *IIC*, 1995, p. 964 s. et not. p. 988 : « Indeed, there exists today a far greater homogeneity in national legislation in the field of *copyright*, authors' rights and related rights […] than could have been envisaged twenty years ago. Thus, in practical terms, there has been considerable

tendance de convergence des deux traditions va continuer à s'accentuer dans l'avenir[2364]. Ainsi, la diversité culturelle, telle qu'exprimée par les binômes d'opposition « *civil law* vs. *common law* » et « droit d'auteur vs. *copyright* » en droit des contrats et en droit de propriété littéraire et artistique respectivement, ne devrait pas être exagérée[2365]. En revanche, à « l'heure de la fusion des systèmes juridiques »[2366], la diversité culturelle qui touche à la matière des contrats d'exploitation en Europe semble être largement relativisée. D'une part, l'interpénétration des systèmes juridiques nationaux démontre que les divisions précitées peuvent être, au moins repensées, surtout si nous prenons en considération le fait que les cultures juridiques ne sont pas immobiles[2367]. D'autre part, « l'important est de voir que ce conflit, inhérent à la matière, ne peut être confondu avec la prétendue irréductibilité des systèmes »[2368], surtout lorsque un « mouvement sourd mais puissant de convergence » des différents systèmes juridiques est à relever aujourd'hui[2369]. Par ailleurs, l'expérience récente de l'élaboration des principes communs d'origine doctrinale, en droit des contrats[2370] comme en droit de la propriété intellectuelle[2371], prouve que la diversité culturelle est

---

convergence in the protection afforded under the *common law* and civil law systems. To this extent convergence is a reality. »

[2364] En ce sens, A. LUCAS, « Droit d'auteur et copyright : les limites d'une convergence » *in Mélanges Koumantos*, Sakkoulas, 2004, pp. 649-655 et not. p. 653 : « Nul besoin d'être devin pour prévoir que le mouvement de convergence entre droit d'auteur et *copyright* est appelé à s'accentuer dans les années à venir. »

[2365] Comp. Ph. JOUGLEUX, « The Plurality of Legal Systems in Copyright Law : An Obstacle to a European Codification ? », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 55 s. et not. p. 60, à propos de la distinction entre tradition civiliste et tradition de la *common law* : « We could conclude on the point that differences in the philosophy, history and practical techniques of interpretation of the law have in the past been greatly exaggerated, since for a long time they served rival interests. »

[2366] Ch. CARON, « Gatsby le Magnifique au pays des auteurs et des éditeurs », *Communication Commerce Électronique*, 1/3/2011, n° 3, p. 1.

[2367] En ce sens, voir not. M. Van HOECKE, « The Harmonization of Private Law in Europe : Some Misunderstandings », *in* M. Van M. HOECKE, F. ORT, *The Harmonization of European Private Law*, Hart Publishing, 2000, p. 1 et s. et not. p. 20 : « Legrand's criticism shows that there is still a long way to how, if one thinks of unification or harmonisation of private law in Europe. » et *ibid.* p. 20 : « Traditions, including legal traditions, may change and are changing. There will remain and probably for a very long time, local cultural differences which affect legal thinking, legal methodology, legal language and the like. But there is no reason to think that some common core of European private law could not develop. »

[2368] A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, LGDJ, 1993, p. 10 ; G. DAVIES, « The Convergence of Copyright and Authors' Rights- Reality or Chimera ? », *IIC*, 1995, p. 964 s. et not. p. 987 : « [T]he differences in copyright theory and practice as may now exist should not be regarded as precluding future convergence of the two systems. »

[2369] En ce sens, J.-F. RIFFARD, « La mutation de la norme : l'avènement d'un droit nivelé ? Ou retour sur quelques aspects de l'unification et la globalisation des droits », *in* N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS (sous dir. de), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2012, p. 93 s., not. p. 113 s.

[2370] Voir *infra* n° 532, pour une présentation des travaux doctrinaux en matière du droit européen des contrats.

[2371] Voir le Projet Wittem pour un Code européen du droit d'auteur, avril 2010, disponible sur <www.*copyright*code.eu> ; European Copyright Code, *EIPR*, 2/2011, p. 76 s. ; B. HUGENHOLTZ, « The WITTEM Group's European *Copyright* Code », T.-E. *in* SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 339 s. ; Th. DREIER, « The Wittem Project of a European Copyright Code » *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *Constructing European Intellectual Property. Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar, 2013, p. 292 s. Comp. J. GINSBURG, « European Copyright Code-Back to first principles (with some additional detail) », *Auteurs&Media*, 2011/1, p. 5 s. et not. p. 5 : « Any endeavor to melt civilian and *common law* approaches to copyright may inevitably dissatisfy all sides at least sometimes, and the drafters therefore deserve applause for preserving in an attempt some might consider quixotic and others (from both ends of the property rights/users' rights spectrum) might view with some suspicion. » Pour une approche critique sur ce Code européen de

réductible et que l'intégration juridique est possible à travers la collaboration au niveau européen[2372]. Sur cette base, il n'y a pas d'incompatibilité insurmontable entre les cultures des droits nationaux[2373] qui seraient susceptibles de constituer un « véto » pour l'édification d'un droit européen des contrats d'exploitation. En effet, force est de constater que les différents systèmes juridiques européens se sont progressivement rapprochés[2374].

B.- L'existence de principes communs transversaux du droit des contrats d'exploitation au niveau européen.

490.- Suita à l'analyse comparative « verticale » entre les différents régimes de propriété au sein des juridictions nationales retenues, il est nécessaire de procéder à une comparaison « horizontale » des résultats issus de cette dernière. Cette synthèse des principes transversaux des droits des contrats d'exploitation nationaux permettra de vérifier l'existence de principes communs transversaux du

---

droit d'auteur, v. M. FICSOR, « An Imaginary « European Copyright Code » and EU copyright policy », 20th Annual Intellectual Property Law & Policy Conference, Fordham University School of Law, 12-13 avril 2012, disponible sur : < http://fordhamipconference.com/wp-content/uploads/2010/08/Ficsor.EUCopyCode.pdf>.

[2372] Ph. JOUGLEUX, « The Plurality of Legal Systems in Copyright Law : An Obstacle to a European Codification ? », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 55 s. et not. p. 60 : « The experiences of creation of general legal principles in the EU on civil law, on unjust enrichment and on the law of contract could constitute proof in their own right that the difference in legal system is not so wide that any collaboration can be considered. » ; B. HUGENHOLTZ, « Harmonisation or Unification of EU Copyright Law », *in* J. AXHAMN (sous dir. de), *Copyright in a borderless online environment*, Nodstedts Juridik, 2012, p. 189 s. et not. p. 204, à propos du Projet Wittem relatif à un Code européen du droit d'auteur : « Interestingly, the Group was comprised of scholars from both the continental-European author's right tradition and the British copyright tradition, demonstrating that a European Copyright Law that assimilates both traditions can actually be realized.» ; T. COOK, E. DERCLAYE, « An EU Copyright Code : What and How, if Ever ? », *Intellectual Property Quarterly*, n° 3, 2011, p. 259 s. et not. p. 266 : « Nevertheless, as we shall see below when examining the Wittem Code, some points, e.g. moral rights, cultural diversity cans be preserved in a common context, bridging the gap between the two traditions » et *ibid.* p. 269 : « The Wittem Code shows that agreement even on the thorny questions is possible and that the gap between the common and civil law traditions can be bridged elegantly and respectfully » ; B. HUGENHOLTZ, « The WITTEM Group's European Copyright Code », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 339 s. et not. p. 354 : « If the Wittem Project has demonstrated anything at all, it is that a unified European *Copyright* Law that assimilates the two great legal traditions of copyright-author's rights and copyright proper- can actually be realized. » Comp. M.-W. HESSELINK, *The New European Private Law*, Kluwer-Deventer, 2002, p. 49 : « The first results of this international project show that the substantive differences in Europe are not as great as is frequently thought. This is especially true for the much emphasized difference between *common law* and civil law systems. »

[2373] En ce sens, à propos de la diversité en matière de propriété littéraire et artistique, N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64 et not. p. 55 : « Il faut une ambition forte, et pas uniquement politique. Le travail des spécialistes du droit d'auteur, en premier lieu des universitaires, devrait permettre de dégager un consensus technique sur les exceptions au droit de propriété qu'il suffirait ensuite de porter dans un mouvement commun vers les autorités politiques. […] Il n'y a pas d'incompatibilité insurmontable entre les régimes de propriété littéraire et artistique des États membres ; il y a au pire quelques *réticences dogmatiques* à surmonter et naturellement quelques *évolutions* pour chacun à *accepter*. » Déjà, à propos de la diversité en droit des contrats, W. van GERVEN, « Codifying European private law ? Yes, if…! », *ELR*, n° 27, 2002, p. 156 et s., not. p.162 : « Indeed, the opinion held by some that « epistemological » difficulties constitute unsurmountable obstacles to promote convergence between the legal systems of the *common law* and those of the civil law, is continuously contradicted by experience to the contrary of practitioners and down-to-earth academics working in European or international surroundings. »

[2374] A. LUCAS, « European Copyright Codification », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 373 s. et not. p. 375 : « Nevertheless, substantial progress has been made towards bringing the legal systems closer together. »

droit des contrats d'exploitation parmi les différents droits nationaux[2375]. L'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation devra également être pris en considération dans le cadre de cette synthèse[2376].

- ***Le principe de la possibilité de conclure des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle.***

491.- La possibilité de conclure des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle constitue un point de rencontre des droits des contrats d'exploitation nationaux examinés. En pratique, tous les types de droits de propriété intellectuelle peuvent faire l'objet d'une exploitation contractuelle (indirecte) au sein de l'ensemble des droits nationaux examinés[2377]. L'exploitation contractuelle se fonde sur la transmission de la maîtrise juridique effective d'un droit de propriété intellectuelle[2378]. Par ailleurs, la convergence des différents droits nationaux sur ce point se justifie également par des raisons pragmatiques[2379]. Il n'y a toutefois pas de convergence sur la question des techniques de transmission envisageables. La différence majeure consiste dans l'impossibilité de la cession du droit d'auteur en droit allemand[2380].

[2375] Comp. M. LEISTNER, « Common Principles of Secondary Liability ? », *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 117 et s. et not. p. 141 : « As a matter of course, the answer to that fist question, as well as the availability and conditions of actions concerning joint and contributory liability, may differ in the laws of the different member states. Therefore the question that has to be answered whether common identifiable principles of secondary liability exist in the different Member states' laws. »

[2376] Rappr. M. LEISTNER, « Common Principles of Secondary Liability ? », *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 117 et s. et not. p. 141 : « The answer to this second question is obviously influenced by the framework of secondary Community law in the field which must therefore also be taken into account. »

[2377] Voir sur ce point, en matière de droit d'auteur, J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 165, p. 150 : « Plus fondamentalement, alors, l'ensemble des systèmes nationaux admet et organise l'exploitation du droit par un tiers. La valeur économique associée à l'objet du droit rend compte à nouveau de sa circulation qui met en cause le caractère personnel initial prêté au droit d'auteur français ou allemand. Et tout spécialement, les exigences formelles, moindres et banales, exigées à ce propos s'inscrivent dans le sens de cette analyse. » Selon cet auteur, « cette convergence de principe avait paru devoir aller de soi dans la logique de l'affirmation d'un droit exclusif. », J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 169, p. 153. *Adde* J. FARCHY, « L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : une approche réductrice pourtant indispensable », *Propriétés Intellectuelles*, n° 21, Octobre 2006, p. 388 s. et not. p. 390 : « L'aspect patrimonial du droit d'auteur se justifie selon une logique économique assez identique à celle du *copyright* et point n'est besoin *pour l'économiste* de distinguer les deux, dans ce contexte. »

[2378] Voir sur ce point, à propos du droit contractuel d'auteur, M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 59, p. 66 : « Possibilité théorique d'octroyer par contrat à un tiers les moyens juridiques d'acquisition de la maîtrise de l'exploitation de l'œuvre. »

[2379] Voir sur ce point, M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 99, p. 103 : « De même, la réalité économique est en notre matière relativement uniforme : le créateur ne dispose presque jamais de la surface financière suffisante pour diffuser et exploiter commercialement le fruit de son travail. Il est ainsi obligé de s'associer le concours d'un professionnel. […] Par ce processus, qui s'inscrit dans le cadre contractuel, l'auteur va perdre la maîtrise effective de son œuvre, en contrepartie d'une rémunération. » ; X. GREFFE, *Économie de la propriété artistique*, Economica 2005, p. 31 : « D'un point de vue strictement économique il y a peu de différences entre la tradition française et la tradition anglo-saxonne, laquelle réapparaît fondamentalement sous l'angle moral, car cela conduit alors à voir que le dépositaire du droit n'est plus le même. »

[2380] Voir toutefois l'article 1 par. 1, g du Règlement (UE) n°1217/2010 de la Commission 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement qui fait référence expresse à la « *cession de droits de propriété*

492.- L'absence d'homogénéité sur ce point au niveau européen[2381] fait certainement écho à la diversité des approches concernant la nature du droit d'auteur au sein des différents systèmes juridiques[2382]. De même, les controverses doctrinales et les décisions judiciaires contradictoires sur la nature d'une transmission réalisée par un contrat d'exploitation qui caractérise les droits continentaux[2383] ont certainement renforcé la complexité de la question[2384]. Certes, nous ne pouvons que constater que le débat sur la divergence des techniques de transmission est stérile[2385]. En effet, malgré leur diversité apparente, toutes les techniques de transmission peuvent aboutir à des résultats analogues en pratique[2386] par des voies différentes[2387]. Ainsi, malgré la diversité de ses fondements,

---

intellectuelle » ; S. ENCHELMAIER, « Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 226-268 et disponible sur : <www.atrip.tf.vu.lt/docs/Paper_Enchelmaier.pdf>, p. 5 et s., sous « B. Intellectual Property is transferable in principle ». *Cf.* également l'article 2.3 (2) du « Wittem Copyright Code » : « Subject to the restrictions of article 2.4, the economic rights in a work may be assigned […] ». Comp. aussi, au niveau international, le modèle de contrat de propriété intellectuelle, qui consacre la cession (*assignment*) des droits de propriété intellectuelle et la définit dans l'article 2 comme « a contract that conveys an ownership interest in intellectual property, whether outright or conditional, or whole or partial. »

[2381] Comme par ailleurs au niveau du droit des contrats d'exploitation allemand.

[2382] En ce sens, M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 59, p. 65. *Cf.* M.-Th. MARINOS, *Droit des marques*, Sakkoulas, 2007, n° 521, p. 242. Comp. J. MELLOR, D. LLEWELYN, T. MOODY-STUART, D. KEELING, I. BERKLEY, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011, n° 13-011, p. 412, pour la relation entre la nature du droit et l'exploitation contractuelle à propos des marques communautaires et nationales : « Underlying the harmonised EU law of trade marks is the assumption that a registered trade mark (and an application) is an object of property. Although there is no specific provision in the TM Directive, art. 16 of the CMTMR refers to a CTM as an object of property in circumstances which assume that national marks have the same status. »

[2383] V. *supra* n° 180 et 189 pour la controverse relative à la cession du droit d'auteur français, la controverse concernant le caractère *in rem* des contrats d'exploitation en droit grec.

[2384] Comp. J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 169, p. 153 : « La disparité des formules utilisées pour assurer le transfert du droit contribue à procurer un sentiment de complexité de la matière, ainsi qu'à rendre délicate toute tentative d'élaboration de régime homogène des contrats internationaux d'exploitation du droit d'auteur. »

[2385] T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, LGDJ, 2005, n° 298.

[2386] En ce sens, C. COLOMBET, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde : approche de droit comparé*, 2e éd, Litec/UNESCO 1992, p. 91 : « Les différences entre les lois examinées - dont des exemples ont été pris dans le principaux groupes de législations - sont peut-être plus apparentes que réelles. C'est la technique utilisée qui est différente […] » ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 3ème éd., Litec, 2006, n° 567, p. 43 : « En somme, il importe peu qu'un contrat d'exploitation soit dénommé cession ou licence comme le montre le droit allemand qui permet, sous l'appellation exclusive de licence, les mêmes montages contractuels que la loi française oblige à regarder comme des cessions. » et A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 630, p. 559 qui ajoutent : « Nous nous en tiendrons, pour notre part, aux « cessions » de droit d'auteur, conformément à la tradition française, mais en y incluant ce que la pratique dénomme parfois « licences », et qui, pour nous, participent de la même nature. » ; M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 58, p. 65 : « La différence majeure consiste dans l'impossibilité de la cession du droit d'auteur. En réalité, cette différence est plus théorique que significative : la concession exclusive et sans restriction d'un droit d'utilisation a les mêmes effets que la cession du droit d'auteur en droit français. Il est donc possible d'établir une équivalence entre les diverses modalités des contrats d'exploitation quant à leurs effets. » ; *ibid.* n° 59, p. 65 : « Il n'y a donc pas de réelle divergence entre la conception française et allemande du contrat d'exploitation, en fait, elle apparait beaucoup plus sensible dans la doctrine que dans la pratique. » et *ibid.* n° 352, p.111 : « Cette analyse convient pour la théorie moniste et la théorie dualiste. On a vu le peu de différences qu'inféraient dans la pratique ces deux théories (cf. notamment la comparaison entre la concession de droits d'utilisation allemande et la cession exclusive française). » ; T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, LGDJ, 2005, n° 298 : « en définitive, on constate que le débat est relativement stérile et que les diverses législations permettent d'aboutir à des résultats proches. » ; Ch. GEIGER e*t alii*, « Compte-rendu du colloque et clôture », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec,

la possibilité d'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles est un principe commun minimal de tous les droits nationaux[2388].

- ***Le principe de catégorisation des contrats d'exploitation par la législation spéciale du droit de la propriété intellectuelle.***

493.- La catégorisation des contrats d'exploitation par la législation spéciale du droit de la propriété intellectuelle constitue un point de rencontre de tous les droits nationaux examinés[2389]. En effet, l'encadrement des contrats d'exploitation prend la forme d'un système des catégories et sous-catégories contractuelles spéciales. Ceci dit, d'un point de vue général, l'étude des différents droits nationaux retenus montre leur alignement au niveau des choix législatifs en matière de droit spécial des contrats d'exploitation. Ajoutons que le contrat de licence peut être considéré comme un type contractuel commun à tous les droits nationaux examinés. En effet, le concept du contrat de licence, en dépit de la disparité terminologique et les variations relatives à ses contours[2390], est consacré

---

t. 29, 2007, p. 571 s. et not. p. 606 : « II a également été noté que, tant en droit allemand qu'en droit français, l'enjeu était finalement de garantir que la transmission ne puisse pas porter sur le droit d'auteur en tant que tel, dans sa globalité, comme c'est le cas par exemple aux Etats-Unis, mais seulement sur des fractions de ce droit, a savoir les droits d'utilisation. Ainsi, Ulmer avait en son temps, dans un échange avec M. Dietz, fait observer que, dès lors que cet objectif pouvait être atteint, la question de savoir si l'acte de transfert devait être qualifié de « concession » ou de « cession » perdait de son importance. » ; M. MARKELLOU, *Contrats d'exploitation en droit d'auteur*, Sakkoulas, 2012, n° 479, p. 316.

Comp J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 163, p. 150, pour qui « les convergences certaines apparues entre les diverses techniques de transfert du droit ne peuvent être alors méconnues. » ; *ibid.* n° 169, p. 153 : « Pourtant l'admission par l'ensemble des systèmes, de l'exploitation du droit par un autre que l'auteur et l'organisation de ce transfert autour d'une logique analogue, procédant de l'obtention d'une autorisation du titulaire originaire du droit généralement acquittée contre rémunération, ne doit pas être mésestimées […] » ; B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 28 : « Indeed, without some form of transfer of right or of permission to perform certain acts with respect to the protected subject matter, the exploiter would be committing an infringement of the creator's right every time that he would reproduce, communicate, display or distribute the subject matter to the public. »

[2387] K. ZWEIGERT, « « Des solutions identiques par des voies différentes », *Revue Internationale de droit comparé*, Vl. 18, n° 1, janv.-mars 1966, pp. 5-18.

[2388] Comp. à propos des contrats d'auteur, B. MONTELS, « Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en France » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, *op. cit.*, p. 507 s. et not. p. 508 : « En effet, bien que cette question dépende en grande partie des fondements du droit d'auteur national, il est possible d'aboutir à une harmonisation minimale de ce droit des contrats. »

[2389] *Cf.* J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 165, p. 150, parlant de l'organisation de l'exploitation du droit d'auteur par un tiers au sein de l'ensemble des systèmes nationaux. Comp. S. BARTELS, I. GIESEN, « The Principles of European Law on Service Contracts : The Rules on Medical Treatment in a Future Europe Compared to the Rules in the Netherlands », *in* K. BOELE-WOELKI, W. GROSHEIDE, *The future of European contract law*, Wolters Kluwer, 2007, p. 149 s. et not. p. 149, à propos des contrats d'assurance : « This area is considerd in most Member states as a discipline that requires a certain degree of specialisation and is therefore left to special statues. »

[2390] Les dénominations utilisées et les contours de la catégorie du contrat de licence sont variables selon système juridique examiné surtout en matière de droit d'auteur. V. sur ce point, E. ULMER, « Propriété intellectuelle et droit international privé », étude, Commission européenne, 1980. Disponible sur : <http://aei.pitt.edu/37179/>, n° 62, p. 52 : « la notion de concession, outre la concession de droits exclusifs ou non exclusifs, au sens des législations allemande et autrichienne sur le droit d'auteur englobe également la licence au sens du droit anglo-américain et au sens de concession de droits non exclusifs, l'autorisation prévue par la loi française. » ; M. MARKELLOU, *Les contrats d'exploitation de droit d'auteur en droit comparé (Allemagne, France, Grèce)*, thèse Montpellier III, 2009, n° 551, p. 341. V. aussi *supra* n° 172. Cependant, le terme de licence est utilisé par le Code européen de droit d'auteur du projet

dans toutes les branches du droit des contrats d'exploitation au sein de tous les systèmes juridiques nationaux retenus. Elle a pour contenu minimal l'autorisation contractuelle faite à un tiers de réaliser des actes couverts par le monopole d'exploitation et, qui, à défaut d'autorisation, constitueraient des actes de contrefaçon[2391].

- ***Le principe de divisibilité du droit par contrat.***

494.- La possibilité de divisibilité du droit par contrat est un point de rencontre de tous les droits des contrats d'exploitation nationaux examinés[2392]. Ainsi, quel que soit le système juridique et le type de droit de propriété intellectuelle envisagé, les parties ont la faculté[2393] de délimiter par contrat la

---

Wittem, v. les art. 2.3(2) et 2.4. Par contre, en droit de propriété industrielle, le terme de « licence » est utilisé par toutes les législations nationales examinées.

[2391] En ce sens, à propos des licences en matière de droit d'auteur, v. B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur : <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 29 : « A licence (e.g. 'concession', 'licentie', 'Enräumung von Nutunzsrechten') is defined as the permission to do an act, which without that permission would be an infringement of copyright or related right. » ; B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 95, p. 145 et note n° 453, qui qualifie les licences en droit d'auteur comme « point de rencontre entre les conceptions anglo-saxonnes et continentales » ; B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 29 : « In all European Member States, authors and performers may grant exploiters a licence for the use of their work or other subject matter. » ; *ibid.* p. 148 : « In all European member states, authors and performers may grant exploiters a licence for the use of their work or other subject matter, licence which may be exclusive or not. » Par ailleurs, la licence est reconnue comme un type de contrat d'exploitation universel également par l'acquis communautaire. Voir *supra* n° 133 *sq*.

Cf. également l'article 2.3 (2) du « Wittem Copyright Code » : « Subject to the restrictions of article 2.4, the economic rights in a work may be […] licensed […]» et note n° 17 : « The term "license" indicates an act of authorisation (permission) to use the work. »

Sur le caractère universel du contrat de licence au niveau international, voir J. LARRIEU, « Les contrats relatifs à la propriété intellectuelle », *JCP* éd. E., n° 51, *Cahiers du droit de l'entreprise*, supplement n° 6/1997, pp. 24 -27. Rappr. l'article 2 du modèle de contrat de l'UNCITRAL, selon lequel, « *License* means a contract that authorizes or restricts the creation of, access to or use of intellectual property or rights in intellectual property […] ». Par ailleurs, le terme *licensing* et largement utilisé en pratique internationale pour décrire les opérations contractuelles relatives à l'exploitation contractuelle des droits de propriété intellectuelle. Voir p. ex. Commissariat général du Plan, *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?*, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>, p. 150 : « Concernant la propriété intellectuelle des entreprises, cette valorisation passe ainsi principalement par ce que les professionnels appellent le *licensing*, c'est-à-dire *la gestion des licences*. »

[2392] Notons que la question de la divisibilité des droits de propriété intellectuelle par contrat n'est pas traitée par l'acquis communautaire. V. en ce sens, à propos des licences de droit d'auteur, J. DREXL, S. NÉRISSON, F. TRUMPKE, R.-M. HILTY, « Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition law on the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market com (2012)372 », *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper Series*, No. 13-04. Disponible sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2208971 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2208971> (16 janvier 2013), pp. 10-11 : « In particular, the issue of fragmentation of copyrights by way of licensing has not been explicitly addressed in any Directive by the European legislature. » Rappr. l'article 2 du modèle de contrat d'exploitation de l'Uncitral et l'art. 44§1 du projet de loi-type de l'OMPI, cité par J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 168, p. 153 et note n° 610.

[2393] La détermination de la portée de la transmission est obligatoire en droit d'auteur français, à propos des contrats d'exploitation primaires (art. L. 131-1 al. 1er CPI). Certes, cette exigence n'exclut pas les transmissions illimitées.

portée de la transmission contractuelle de celui-ci[2394]. Des limitations dans le temps, l'espace et le contenu sont généralement admises dans tous les droits nationaux examinés[2395].

Notons que la question de la divisibilité du droit par contrat est immédiatement liée au droit substantiel de la propriété intellectuelle. Plus précisément, la divisibilité du droit quant au contenu dépend de la portée et de la transmissibilité des prérogatives prévues par le droit de propriété intellectuelle. De même, le lien entre la durée de la protection légale et les limitations temporelles est évident.

- ***Le principe de l'option entre contrat d'exploitation exclusif et non exclusif.***

495.- L'option entre contrat d'exploitation exclusif et non exclusif est un principe transversal commun à tous les droits nationaux examinés[2396]. En pratique, les parties ont la possibilité de déterminer par leur accord le caractère exclusif ou non exclusif du droit du cocontractant. Il n'a toutefois pas été possible de dégager un principe transversal commun à tous les droits nationaux examinés à propos notamment de la définition d'un contrat d'exploitation exclusif[2397] et la technique de transmission du droit utilisée.

[2394] En ce sens, à propos des contrats d'auteur, J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 168 p. 152 s.

[2395] V. à propos des contrats d'exploitation d'auteur, J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 168, p. 152 s. : « L'observation précédente nous a démontré comment les systèmes français et allemand prévoyaient la limitation des droits transmis dans le temps, l'espace ou leur contenu. Et M. Dietz relevait à ce propos la parenté étroite existant entre ces règles et le dispositif en vigueur au Royaume-Uni. […] Ainsi, quel que soit le système de droit envisagé et, partant, la formule utilisée, le titulaire du droit dispose de la faculté de limiter le transfert de celui-ci dans le temps, l'espace ou son contenu.» ; B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 29 : « Just like an assignment of right, a licence may cover all of the acts that the rights owner has the exclusive right to perform or it may be limited only to some of them. Its application may also be limited to certain forms of exploitation, to a specific duration, or to a geographical territory. » ; A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008, p. 64 : « Under German copyright law, a license to use a particular work may be for any form of use, exclusively or non exclusively, unlimited or with a limitation with respect to the territory, time or content. This does not distinguish German copyright law from copyright law in other countries. » Comp. l'art. 2.4 du Code européen de droit d'auteur du projet Wittem. Sur ce dernier v. Th. DREIER, « The Wittem Project of a European Copyright Code », *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *Constructing European Intellectual Property, Achievements and New Perspectives*, LexisNexis, 2013, p. 292 s. et not. p. 303.

Notons cependant que la divisibilité du droit quant au contenu est plus sophistiquée en matière de droit d'auteur. En ce sens, A. STROWEL, B. VANBRABANT, « Copyright licensing : a European view », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 29 s. et not. pp. 35-36 : « This detailed specification of the modes of exploitation and the fields of use probably distinguishes copyright licenses from those applicable to other intellectual property rights. »

[2396] En ce sens, à propos des licences en droit d'auteur, B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 29 : « A licence may be exclusive or non-exclusive […] » ; A. KLETT, M. SONNTAG, S. WILSKE, *Intellectual Property Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008, p. 64 : « Under German copyright law, a license to use a particular work may be for any form of use, exclusively or non exclusively, unlimited or with a limitation with respect to the territory, time or content. This does not distinguish German copyright law from copyright law in other countries. » *Cf.* N. ROKAS, *Droit de la propriété industrielle*, 1re éd., Sakkoulas, 2004, n° 10, p. 47 et s., parlant d'une « distinction internationalement connue ».

[2397] V. *supra* n° 187, à propos de la définition d'une licence exclusive de brevets.

- ***L'option entre le caractère onéreux ou gratuit du contrat d'exploitation.***

496.- Au sein de tous les systèmes juridiques examinés, les contrats d'exploitation peuvent être conclus soit à titre onéreux, soit à titre gratuit. Les parties sont en effet libres de choisir entre le caractère gratuit ou onéreux de la transmission d'un droit de propriété intellectuelle. Cependant, en matière de contrats d'auteur, les droits continentaux prévoient un ensemble de règles impératives relatives à la détermination de la rémunération dans le cadre des contrats onéreux[2398].

- ***La division entre contrats avec ou sans charge d'exploitation.***

497.- Des contrats d'exploitation avec ou sans charge d'exploitation à l'encontre du cocontractant sont généralement envisageables dans toutes les branches du droit de propriété intellectuelle au sein des systèmes juridiques examinés[2399]. L'existence d'une obligation d'exploitation découle le plus souvent d'un choix délibéré des parties[2400]. Elle peut être cependant imposée par défaut au cocontractant, en vertu d'une disposition légale en matière de droit d'auteur[2401] ou d'apports jurisprudentiels ou doctrinaux portant sur les contours des catégories spéciales des contrats d'exploitation[2402].

- ***Le principe de la reconnaissance d'un droit d'agir en contrefaçon du cocontractant d'un contrat d'exploitation exclusif.***

498.- Tous les droits nationaux examinés reconnaissent au cocontractant exclusif la possibilité d'agir en contrefaçon *ex proprio jure* même si les conditions de jouissance de ce droit par le cocontractant exclusif diffèrent selon le système juridique et la branche de propriété intellectuelle envisagés[2403]. Cette reconnaissance reflète la tendance de traitement favorisé du cocontractant exclusif au sein des différents systèmes juridiques nationaux mais également au sein de l'acquis communautaire, surtout en matière de marques[2404].

[2398] V. sur ce point B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 33 : « In fact, only the countries most dedicated to the protection of the author's rights provide measures in this respect, i.e. Belgium, France, Greece, Germany, Italy, Portugal and Spain. »

[2399] Sous réserve de l'art. 41§§1 et 2 UrhG en droit d'auteur allemand, applicable aux concessions des droits d'utilisation non exclusifs et la controverse existante en matière des licences de brevets en droit français, concernant le caractère d'ordre public de l'obligation d'exploitation imposée par défaut à toute licence.

[2400] V. J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 643, p. 572 : « L'observateur relèvera avec intérêt l'originalité de cette obligation, qu'il ne manquera pas de rapprocher de celle, *identique*, qui pèse sur l'exploitant du droit de brevet, que ce soit au titre d'une cession ou d'une concession.[nous soulignons] »

[2401] V. en droit d'auteur grec l'art. 15§5 loi 2121/1993.

[2402] Tel est le cas en matière de licences de brevets en droit français, v. *supra* n° 195.

[2403] V. *supra* n° 247 et 359.

[2404] V. *supra*. *Cf.* cependant l'art. 4 de la Directive 2004/48 (préc.) qui fait référence aux « personnes autorisées à utiliser » et aux « licenciés en particulier » sans distinguer entre cocontractants exclusifs ou non exclusifs.

- ***Le principe de l'application complémentaire du droit commun des contrats et les principes européens communs du droit des contrats.***

499.- Dans tous les droits nationaux examinés, le droit général des contrats constitue la toile de fond du régime (spécial) applicable à tout contrat d'exploitation. L'application complémentaire du droit commun des contrats est ainsi un principe transversal qui caractérise tous les droits nationaux des contrats d'exploitation retenus. L'affirmation seule d'un tel principe n'a pas de grande importance pratique pour l'*unitas* en matière de droit des contrats d'exploitation au niveau européen. La question essentielle est de savoir si des dénominateurs communs pourraient être détectés parmi les différents droits communs des contrats nationaux. D'ores et déjà, nous pouvons affirmer l'existence de certains principes communs transversaux dans tous les droits nationaux examinés, tels que le principe de liberté contractuelle[2405] et sa limitation par l'application des dispositions d'ordre public du droit de la concurrence, notamment d'origine européenne[2406].

500.- De même, la recherche - et l'identification - des principes communs européens en matière de droit général (et spécial) des contrats a fait l'objet de différents projets doctrinaux qui ont vu le jour ces dernières années, notamment les Principes Lando, le DCFR ou le Code civil européen (Projet Gandolfi). La formulation de principes communs, même d'origine privée, démontre que des dénominateurs communs peuvent être retrouvés parmi les différents droits nationaux en matière de droit commun des contrats. Ceci étant, le principe de l'application complémentaire du droit commun des contrats dans tous les droits nationaux examinés n'est pas dépourvu de contenu

---

[2405] Le principe de la liberté contractuelle caractérise le marché intérieur dans son ensemble. En ce sens, A. GEORGIADIS, « L'harmonisation du droit privé en Europe », *NoV*, n° 42, 1995, p. 321 et s., et not. 323 ; F. TERRE, « Le Code civil français et le projet de code civil européen », *in* CEDROMA, *Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques*, Colloque de Beyrouth des 3, 4 et 5 mai 2004, Bruylant 2008, p. 385 s. et not. 390, parlant de l' « hymne ininterrompu à la liberté contractuelle ». À propos des contrats d'exploitation d'auteur, v. K.-N. PEIFER, « A legal view of selected aspects and the development of Digital Europe », *GRURInt.* 2010, p. 671 s. et not. p. 676 : « The Commission and the Parliament have always pointed out that the freedom of contract in copyright law is a sacred principle within national laws and it should also be sacred within community law. »

Sur le caractère universel du principe de la liberté contractuelle en tant que résultat de la globalisation v. par exemple, P. NIKOLOPOULOS, « Le droit civil dans l'environnement de la mondialisation », *in* Mélanges Koumantos, Sakkoulas, 2004, p. 839 s. et not. p. 843.

Le principe de la liberté contractuelle est reconnu dans toutes les codifications doctrinales. V. par exemple, à propos des Principes Lando, D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat. », *in* R. CABRILLAC, D. MAZEAUD, A. PRÜM, *« Le contrat en Europe aujourd'hui et demain »*, Colloque du 22 juin 2007, Société de législation comparée, 2008, p. 97 s. et not. p. 101 s. : « Sans grande surprise, les Principes sont irrigués de bout en bout par la liberté contractuelle qui en constitue la matière première et qui se décline sous toutes se formes. »

[2406] S. GHOSH, « What the Treatment of Covenants Not to Compete Teaches About Intellectual Property and Competition Norms » *in* T. TAKENAKA (sous dir. de), *Intellectual Property In Common Law And Civil Law*, Edwad Elgar, 2014, p. 349 et s. Comp. aussi la généralisation du principe de bonne foi au sein de l'acquis communautaire en matière de droit des contrats. Sur ce point v. C. AUBERT DE VINCELLES, « La recherche d'une cohérence en droit européen : de l'acquis communautaire à l'ébauche d'un droit européen des contrats », *in* G. WICKER, *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe. Quelles perspectives pour quel équilibre »*, Actes du colloque organisé par le Centre d'étude et de recherche en droit des affaires et des contrats (CERDAC) le 19 septembre 2007, Litec Lexis Nexis, 2008, p. 7 s. et not. p. 12. ; M. MARKELLOU, *Contrats d'exploitation en droit d'auteur*, Sakkoulas, 2012, n 481 *sq.*, p. 317 s., à propos des contrats d'auteur.

substantiel. En effet, les principes européens du droit commun des contrats peuvent, par ricochet, former les principes communs européens en matière de contrats d'exploitation.

501.- Ainsi des principes communs transversaux ont pu être identifiés parmi les différents droits nationaux examinés. Plus précisément, les droits de propriété intellectuelle peuvent faire l'objet de contrats d'exploitation dans tous les droits nationaux retenus, malgré la diversité des techniques de transmission utilisées. Les législations spéciales encadrent ces contrats à travers la consécration d'une catégorisation systématique. La licence est une figure contractuelle présente dans toutes les branches des droits nationaux examinés. De même, les contrats d'exploitation peuvent avoir un caractère illimité ou limité (quant au contenu du droit transmis, à la durée et au lieu) alors que les parties sont libres d'opter pour un contrat exclusif ou non exclusif, onéreux ou gratuit. Aussi, les contrats d'exploitation sont susceptibles d'être accompagnés d'une obligation d'exploitation à l'encontre du cocontractant alors que le cocontractant exclusif a la possibilité d'agir *ex jure proprio* en contrefaçon. Enfin, le droit général des contrats complète le régime des contrats d'exploitation dans tous les systèmes juridiques examinés. Le rapprochement entre les pôles traditionnels de diversité ainsi que l'existence des principes communs au niveau européen, aussi bien en droit des contrats d'exploitation qu'en droit commun des contrats, démontrent que la diversité culturelle, telle que présentée plus haut, est réductible en matière des contrats d'exploitation. La question du défi de la diversité linguistique sera discutée lors de la mise en œuvre d'une (re)construction transversale dans une perspective européenne[2407].

[2407] V. *infra* n° 600.

Conclusion de la Section 1.

502.- Selon l'analyse précédente, les craintes liées à l'impact de la diversité juridique sur la faisabilité de la (re)construction proposée peuvent être relativisées. L'identification des principes communs transversaux démontre que la diversité juridique (culturelle et catégorielle) qui caractérise la matière des contrats d'exploitation en Europe n'est pas irréductible. L'exploitation contractuelle des droits de propriété intellectuelle est un élément commun à toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle, ainsi qu'en atteste l'existence des principes communs transversaux du droit des contrats d'exploitation au niveau national. De même, des principes transversaux du droit des contrats d'exploitation communs à tous les droits nationaux examinés ont pu être identifiés. La (re)construction transversale du droit des contrats d'exploitation dans une perspective européenne fondée sur l'unité dans la diversité de la matière est ainsi envisageable[2408].

Nous allons ci-après démontrer la légitimité institutionnelle de la (re)construction proposée (Section 2).

[2408] Sur le lien être les principes en droit européen et l'impératif de l'*unitas in diversitas*, voir C. SEMMELMANN, « Legal Principles in EU Law as an Expression of a European Legal Culture between Unity and Diversity » *in* G. HELLERINGER, K. PURNHAGEN (sous dir. de), *Towards a European legal culture*, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2014, p. 303.

Section 2.- La légitimité institutionnelle de la proposition.

« Lawyers work dogmatically.
Even when their empirical basis
is insufficient they stagger in the dark
and make their decision, be it a
statute, a judgment or an opinion. »

-Ole Lando[2409]

503.- Le caractère réductible de la diversité juridique qui caractérise la matière des contrats d'exploitation en Europe constitue certainement une condition préalable à la démonstration de la faisabilité de la (re)construction proposée. Cependant, la faisabilité de notre proposition devra être confirmée également d'un point de vue institutionnel. En pratique, la réalisation d'un projet de construction d'un droit commun européen rénové et transversal des contrats d'exploitation ne serait possible que si la compétence de l'Union européenne à adopter une mesure juridique contraignante dans cette matière était établie.

Effectivement, le projet de construction d'un droit européen des contrats d'exploitation est légitime d'un point de vue institutionnel. D'une part, il n'est pas possible d'exclure d'emblée la compétence de l'Union européenne à mener la construction envisagée (§1), surtout lorsque les réserves concernant la faisabilité du projet peuvent être largement contrebalancées par la conjoncture favorable actuelle pour la réalisation d'un tel projet (§2).

[2409] O. LANDO, « Final remarks », *in* R. CABRILLAC, D. MAZEAUD, A. PRÜM, *« Le contrat en Europe aujourd'hui et demain »*, Colloque du 22 juin 2007, Société de législation comparée, 2008, p. 177 s. et not. p. 186.

§1.- La compétence de l'Union pour la (re)construction du droit des contrats d'exploitation dans une perspective européenne.

504.- La faisabilité d'une action législative de l'Union européenne afin de réaliser la (re)construction envisagée du droit des contrats d'exploitation présuppose l'établissement de la compétence de l'Union à mener cette action au regard de l'état actuel du droit communautaire. Ceci étant, il faut démontrer que l'action envisagée est couverte par la compétence fonctionnelle de l'Union (A), qu'elle peut être fondée sur une base légale concrète prévue par le Traité (B) et qu'elle est conforme aux principes de subsidiarité et de proportionnalité (C).

A.- L'établissement de la compétence fonctionnelle de l'Union pour la (re)construction envisagée.

505.- Les objectifs de l'Union et les objectifs de la (re)construction proposée. Selon le caractère fonctionnel de la compétence de l'Union européenne, la démarche de (re)construction transversale du droit des contrats d'exploitation dans une perspective européenne devrait être vue sous le prisme des objectifs de l'Union européenne, tels qu'énumérés dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE). En l'occurrence, l'établissement et le bon fonctionnement du marché intérieur s'inscrit dans le cadre des objectifs[2410] de la démarche de (re)construction proposée. Ainsi qu'examiné précédemment, dans le cadre de l'analyse de l'insuffisance du cadre juridique actuel au niveau européen, l'état actuel non harmonisé du droit des contrats d'exploitation et la diversité en découlant a un impact négatif sur le bon fonctionnement du marché unique car il pose des problèmes à la conclusion des contrats d'exploitation européens[2411]. Ceci dit, la diversité entre les droits nationaux est un obstacle au moins probable[2412] pour le bon fonctionnement du

---

[2410] Les objectifs de la (re)construction proposée sont les suivants : Rénover les droits nationaux des contrats d'exploitation ; réviser l'acquis existant en matière de contrats d'exploitation ; rapprocher davantage les législations nationales en matière de contrats d'exploitation ; rapprocher les régimes sectoriels des contrats d'exploitation des différentes branches du droit de propriété intellectuelle.

[2411] V. *supra* n° 261 *sq*.

[2412] J. SMITS, « Law Making in the European Union : On Globalization and Contract Law in Divergent Legal Cultures », *Louisiana Law Review*, 67, 2007, pp. 1101-1203, disponible aussi sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1104386>, p. 10 : « Instead, there must be actual-or at least probable- obstacles to the functioning of the internal market […]. » ; S. VOGENAUER, S. WEATHERILL, « The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law-an Empirical Contribution to the Debate », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 105 s., not. p. 139 : « [I]t should have now become clear that it is impossible to deny this process any constitutional legitimacy from the outset. » Par ailleurs, « Peut-on contester la compétence de l'Union en matière contractuelle ? Pour cela il faudrait non seulement affirmer mais également prouver que la disparité des droits en

marché intérieur. De son côté, la (re)construction envisagée a pour objectif d'améliorer l'acquis existant et de rapprocher de façon plus poussée les législations nationales des contrats d'exploitation afin de supprimer leurs disparités et ainsi assurer l'existence d'un droit des contrats d'exploitation rénové et homogène de la propriété intellectuelle dans le marché intérieur. Dès lors, les objectifs du projet de construction d'un droit européen des contrats d'exploitation coïncident, au moins en partie, avec les objectifs de l'Union européenne sur la question de la réalisation du marché intérieur[2413].

B.- Le fondement textuel de la (re)construction envisagée.

506.- Affirmer l'existence d'une compétence fonctionnelle de l'Union pour mener la démarche de (re)construction du droit des contrats d'exploitation au niveau européen n'est pas suffisant en soi. Comme nous l'avons vu, l'Union européenne n'a qu'une compétence d'attribution : son intervention doit être fondée sur une disposition du Traité qui l'a autorisée à agir afin de réaliser ses objectifs. Ainsi, l'action de l'Union en vue de la (re)construction du droit des contrats d'exploitation devra être fondée sur une base légale concrète prévue par le TFUE. La recherche d'une base légale doit avoir comme point de départ le constat que les contrats d'exploitation se trouvent à l'intersection du droit des contrats et du droit de la propriété intellectuelle. Le TFUE, à l'exception de l'article 118 attribuant à l'Union une compétence spécifique en matière de propriété intellectuelle, ne consacre pas de bases légales spéciales en ces matières[2414]. Ainsi, la compétence

---

matière contractuelle n'a aucun impact sur le marché intérieur. Si le droit américain peut être un argument, il ne paraît pas déterminant dans la mesure où le territoire américain dispose au moins d'un socle commun ce que nous n'avons pas pour le moment. », C. AUBERT DE VINCELLES, « Les options « contraignantes » du livre vert (options 5, 6 et 7) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 115 et s. et not. n° 122.

[2413] *Cf.* V. CONSTANTINESCO, « La « codification communautaire du droit privé, future Constitution civile de l'Europe ? » *in De code en code, Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 111 s. et not. p. 130 : « C'est un point que l'on peut évidemment discuter, notamment en considérant que la réalisation du marché intérieur, qui entre dans le champ de compétences de la Communauté, implique que les institutions communautaires disposent aussi de la compétence d'établir une codification des règles du droit civil (ou du moins, de certaines d'entre elles) car celles-ci, par leur diversité et leurs différences, constituent des entraves dont la suppression permettrait aux libertés qui précisément définissent le marché intérieur de s'épanouir. »

[2414] V. en ce sens, à propos du droit des contrats et du droit privé en général, J. RUTGERS, « European Competence and European Civil Code, a Common Frame of Reference or an Optional Instrument », 2010, disponible sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=1542533 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1542533>, p. 6 : « Neither the EC-Treaty nor the Treaties provide a specific competence concerning private law or contract law. » ; S. WEATHERILL, « Competence and European Private Law », *in* Ch. TWIGG-FLESNER (sous dir. de), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 58 s. et not. p. 58 : « There is no competence to be found in the Treaty which confers any general authorisation on the EU to operate in the field of private law. » ; S. WEATHERILL, « Constitutional Issues-How Much is Best Left Unsaid ? », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 89 s. et not. p. 90 : « And an inspection of the text of the Treaty will reveal that it enjoys no explicit competence to legislate in the field of contract law. » Comp. V. CONSTANTINESCO, « La « codification communautaire du droit privé, future Constitution civile de l'Europe ? » *in*

de l'Union européenne en matière de contrats d'exploitation devra être recherchée sur les bases légales de portée générale prévues dans le TFUE[2415].

507.- Les bases légales potentielles. De manière générale, l'adoption d'une mesure juridique devra être basée sur une seule base légale. À titre exceptionnel, la CJUE permet le fondement d'une mesure juridique dans plusieurs bases légales, lorsque l'action poursuit plusieurs objectifs à la fois, indissociablement liés l'un à l'autre[2416]. De même, le choix d'une base légale ne doit pas être discrétionnaire. La CJUE exige que le contenu et l'objectif de la mesure juridique envisagée soient en relation directe avec la base juridique choisie[2417]. Les bases légales suivantes pourraient potentiellement être utilisées pour la réalisation de la (re)construction envisagée par une action de l'Union européenne.

- ***L'article 114 TFUE.***

508.- Une action au niveau de l'Union européenne en matière de contrats d'exploitation pourrait être basée sur l'article 114 TFUE (ex article 95 Traité CE[2418]). L'article en question est le pivot de

---

De code en code, *Mélanges* en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, Dalloz, 2009, p. 111 s. et not. p. 130 : « On notera que le traité ne contient pas de référence explicite ou expresse à la compétence de la Communauté d'adopter un ensemble ordonné de normes (une codification) réglant la matière civile dans toute son extension, ou seulement certains de ses aspects (obligations contractuelles et délictuelles). »

À propos de la matière de propriété intellectuelle, v. M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not. p. 13 : « The Treaties do not contain competence rules specific to intellectual property, with the exception of the new Article 97a TFEU […]. » ; Ch. GEIGER, « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 2 : « [À] l'origine, aucune disposition du Traité de Rome ne confère explicitement de compétence à la Communauté européenne en matière de propriété intellectuelle » ; A. RAMALHO, « Conceptualising the European Union's Compétence in Copyright : What Can the EU Do ? », *IIC*, 2014, p. 178 s. et not. p. 198 : « […] there is no "copyright competence" proper in the Treaties ». *Adde* A. STROWEL, H.-E. KIM, « The Balancing Impact of General European Union Law on European Intellectual Property Jurisprudence » *in* A. OHLY, J. PILA, *The Europeanization of Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2013, p. 75 s.

[2415] En ce sens, Ch. GEIGER, E. PY, « La législation communautaire en matière de propriété intellectuelle et le rôle du parlement européen, étude synthétique », Strasbourg, mai 2009. Disponible sur : <www.ceipi.edu>, p. 4 : [Les bases juridiques « généralistes »] « paraissent les seuls à même pouvoir appréhender de manière générale les problématiques de propriété intellectuelle au niveau de l'action communautaire ».

[2416] C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, 3e éd., Oxford University Press, 2010, p. 617 : « Exceptionnaly, the Court will accept a dual basis. If it is established that the act simultaneously pursues a number of objectives, indissociably linked without one being secondary and indirect in relation to the other, such an act may be founded on the various corresponding legal bases. »

[2417] En ce sens, L. GUIBAULT, S. Van GOMPEL, « Collective Management in the European Union », *in* D. GERVAIS (sous dir. de), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, Kluwer Law International, 2006, Chap. IV, pp. 117-152, disponible sur : <http://www.ivir.nl/publications/guibault/collective_management_in_the_european_union.pdf>, p. 22 : « The Court also held that the choice of the legal basis for a measure may not solely depend on an institution's conviction as to the objective pursued. The choice of the legal basis is not a matter of discretion ; it must be based on objective factors, which are amenable to judicial review, including in particular the aim and content of the measure. ; M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not., p. 12 : « The ECJ has elaborated that the attribution principle requires a close relation between aims and content of a harmonization measure on the one hand and the essence of the legal basis underlying that measure on the other. »

[2418] Notons que l'article 114 TFUE reprend les conditions de l'article 95 TCE pour l'adoption des mesures juridiques au niveau européen. Par conséquent, « la pratique actuelle pourra continuer inchangée à l'avenir chaque fois que des mesures d'harmonisation seront estimées nécessaires pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. », V.

la réalisation du marché intérieur[2419]. Il offre une base légale de compétence assez solide susceptible de couvrir toute intervention réglementaire de l'Union ayant pour objet l'établissement et le bon fonctionnement du marché intérieur[2420]. Il a été recouru à cette base légale pour l'adoption d'instruments législatifs européens aussi bien en droit des contrats[2421] qu'en propriété intellectuelle[2422]. Selon l'art. 114§1 TFUE, l'Union est en mesure d'arrêter « les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres

---

SCORDAMAGLIA, « Les dispositions relatives à la propriété intellectuelle dans le Traité de Lisbonne », *Propriété industrielle*, numéro 3, 01/03/2010, p. 3.

[2419] S, NADAUD, Recherche sur le processus de codification européenne du droit civil, th. Limoges, 2007, n° 298, p. 210 et références en note n° 981 ; M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not. p. 19, se référant à la matière de propriété intellectuelle : « with article 95 playing a pivotal role ».

[2420] En ce sens, M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not. 13 : « Some argue that the broad interpretation given to article 95 allows for virtually any type of regulatory intervention. » Cependant, cet article ne confère pas à l'Union un pouvoir général de réglementer le marché intérieur et d'adopter des mesures juridiques en matière de droit des contrats. En ce sens, v. l'arrêt *Tobacco Advertising I* (Aff. C-376.98, *Federal Republic of Germany v. European Parliament and Council of the European Union*, 5 octobre 2000, ECR I-8419). Sur ce point v. S. WEATHERILL, « Competence and European Private Law », *in* Ch. TWIGG-FLESNER (sous dir. de), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 58 s. et not. p. 62 ; J. STUYCK, « Enforcement and Compliance : An EU Law Perspective », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 513 s. et not. p. 515 : « To construe that Article as meaning that it vests in the Union legislature a general power to regulate the internal market would not only be contrary to the express wording of the provisions of the Treaty on the internal market, but would also be incompatible with the principle of Article 5(2) TFEU that the powers of the Union are limited to those specifically conferred on it. » ; J. ZILLER, « The Legitimacy of the Codification of Contract Law in View of the Allocation of Competences between the European Union and its Member States », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 89 s. et not. p. 97 : « It therefore does not appear possible to use article 95 as a basis for a general codification of civil law, and not even of contract law. » ; S. WEATHERILL, « Constitutional Issues-How Much is Best Left Unsaid ? », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 89 s. et not. p. 92 : « The Community legislature enjoys no general power to regulate the internal market. »

Voir toutefois Th. GEORGOPOULOS, « The legal foundations of European Copyright Law », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 31 s. et not. p. 34 : « This clause has meant that the EU law-making competence is practically limitless. This has been made clear in the case law of the CJEU. In the Tobacco I Case, the Court underscored the power of the single market as an objective that could potentially extend the normative authority of EU law to a great variety of fields related to the market and the economy. »

[2421] V. par exemple, Ch. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law : current controversies in law*, Routeledge-Cavendish, 2008, p. 27. Pour une utilisation récente de cette base légale, v. Règlement du Parlement européen et du Conseil, relatif à un droit commun européen de la vente, Bruxelles, le 11.10.2011, COM(2011) 635 final, 2011/0284 (COD), p. 9 : « La présente proposition est fondée sur l'article 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Cette solution vise à favoriser l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. » ; *ibid. eod loc.*, p. 4 : « L'objectif général de la proposition est d'améliorer l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur […] ».

[2422] En ce sens, V. SCORDAMAGLIA, « Les dispositions relatives à la propriété intellectuelle dans le Traité de Lisbonne », *Propriété industrielle*, numéro 3, 01/03/2010, p. 3 : « chaque fois que les disparités entre [les législations nationales] étaient de nature à entraver la libre circulation des produits ainsi que la libre prestation des services et à fausser les conditions de concurrence dans le marché intérieur. L'établissement et le fonctionnement du marché intérieur exigeaient dans ces cas que l'on rapproche ces législations » ; Ch. GEIGER, « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 2 ; Ch. GEIGER, E. PY, « La législation communautaire en matière de propriété intellectuelle et le rôle du Parlement européen, étude synthétique », Strasbourg, mai 2009. Disponible sur : <www.ceipi.edu>, p. 4 ; M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not. p. 13, pour qui « Article 95 is […] the single most important legal basis for community action in the field of *copyright* and related rights. »

qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur »[2423], « sauf si les traités en disposent autrement »[2424]. La CJUE a jugé qu'une mesure législative de l'Union européenne pourrait être basée sur cet article à la double condition d'harmoniser effectivement les droits nationaux ou contribuer à l'adoption d'autres mesures d'harmonisation et d'établir ou assurer de manière directe le bon fonctionnement du marché intérieur[2425]. De même, l'utilisation de l'article 114 (ex art. 95 TCE) comme base légale ne peut pas s'appuyer sur la simple existence de disparités entre les droits nationaux[2426] ou sur le risque abstrait d'entraves au bon fonctionnement du marché interne susceptible d'en découler. En revanche, les règles divergentes doivent avoir un impact négatif remarquable, actuel ou potentiel[2427], sur le bon fonctionnement du marché interne et de la concurrence[2428] et l'action envisagée doit viser ou contribuer objectivement à l'élimination de cette

---

[2423] Art. 114§1 TFUE : « Sauf si les traités en disposent autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. »

[2424] C'est sur cette base que la base légale en question a été considérée comme résiduelle, C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, 3e éd., Oxford University Press, 2010, p. 604 : « [R]esort to Article 114 can be made where no other specific legal basis applies. In other words Article 114, a general provision, is a residual legal basis […]. »

[2425] V. en ce sens, M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, p. 1 et s. et not. p. 13 et les décisions y citées sous notes n° 38 et 39 ; S. WEATHERILL, « Competence and European Private Law », *in* Ch. TWIGG-FLESNER (sous dir. de), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 58 s. et not. p. 62 : « [A] measure adopted on the basis of Article 114 TFEU must genuinely have as its object the improvement of the conditions for the establishment and functioning of the internal market. » ; C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, 3e éd., Oxford University Press, 2010, p. 604 : « The second limit on the use of Article 114 is that the measures adopted under Article 114 must be for approximation of laws (also known as harmonisation). Therefore measures which do not harmonise cannot be adopted under Article 114. »

[2426] Comme nous l'avons vu, le rapprochement des législations nationales n'est pas un objectif *per se* de l'Union européenne, v. *supra*. En ce sens, à propos de l'utilisation de l'ex-art. 95 TUE v. S. WEATHERILL, « Constitutional Issues-How Much is Best Left Unsaid ? », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 89 s. et not. p. 93 : « 'curing' legal diversity per se will evidently not do as an adéquate basis for legislative intervention founded on Article 95 EC.» ; L. DUBOUIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6e éd., Montchrestien, 2012, p. 341 : « La simple constatation des disparités entre les réglementations nationales ne suffit pas pour justifier le recours à l'ex-article 95 (devenu 114 TFUE). »

[2427] En fait, la CJ, dans son arrêt *Tobacco Advertising II* (aff. C-380/03, *Germany v. European Parliament and Council*, 2006, ECR I-11573) a permis l'harmonisation préventive des législations nationales sur la base de l'art. 114 TFUE. V. en ce sens, S. WEATHERILL, « Competence and European Private Law », *in* Ch. TWIGG-FLESNER (sous dir. de), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 58 s. et not. p. 63 et les arrêts y cités : « Moreover, 'preventive harmonisation' is permitted : Article 95 [Article 114 TFEU] has been held to empower the adoption of legislation to prevent the emergence of future obstacles to trade resulting from varied development of national laws, provided that the emergence of such obstacles is likely and that the measure in question is be designed to prevent them. » ; J. STUYCK, « Enforcement and Compliance : An EU Law Perspective », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 513 s. et not. p. 515 : « In Tobacco Advertising II the Court however accepted that recourse to Article 95 EC as a legal basis does not presuppose the existence of an actual link with free movement between the Member States in every situation covered by the measure founded on that basis. » ; L. DUBOUIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6e éd., Montchrestien, 2012, n° 627, p. 341 : « Sous cette réserve, il importe peu que les disparités à combattre existent effectivement ou bien qu'elles ne soient que potentielles si du moins la probabilité en parait bien établie. »

[2428] V. en ce sens, M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not. p. 13 : « The EVJ has, however, ruled that a mere finding of disparities between national rules and of the abstract risk for obstacles to the exercise of

diversité et des entraves qui en découlent[2429], à travers l'approximation des législations nationales. Ajoutons que la notion de l'approximation doit être perçue de manière large et qu'elle peut correspondre tant à l'harmonisation proprement dite des législations nationales divergentes qu'au remplacement des législations nationales par une réglementation communautaire uniforme[2430]. Par ailleurs, comme le précise la CJUE[2431], l'article 114 TFUE donne un pouvoir discrétionnaire à l'Union de choisir le type d'instrument juridique parmi ceux prévus par l'article 288 TFUE pour véhiculer la mesure juridique adoptée[2432].

---

fundamental freedoms or of distortions of competition liable to result therefrom, are not sufficient to justify the choice of Article 95 as a legal basis. There must be a real and noticeable effect of diverging rules on the internal market. »

[2429] En ce sens, S. WEATHERILL, « Competence and European Private Law », *in* Ch. TWIGG-FLESNER (sous dir. de), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 58 s. et not. p. 63 : « Article 95 [Article 114 TFEU] has been held to empower the adoption of legislation to prevent the emergence of future obstacles to trade resulting from varied development of national laws, provided that the emergence of such obstacles is likely and that the measure in question is be designed to prevent them. » ; Th. GEORGOPOULOS, « The legal foundations of European *Copyright* Law », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 31 s. et not. p. 34: « [W]henever the EU needs to intervene in the market, in order to erase potential impediments and to facilitate the realization of the internal market, its law-making competence is founded. » ; J. STUYCK, « Enforcement and Compliance: An EU Law Perspective », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 513 s. et not. p. 516 : « Article 114 TFEU can therefore serve as a legal basis for private law in general and private law remedies in particular, insofar as they are intended to improve the conditions for the establishment and functioning of the internal market. » ; S. WEATHERILL, « Constitutional Issues-How Much is Best Left Unsaid ? », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 89 s. et not. p. 92 : « The key point of current relevance is that some of the legislative acquis affecting contract law was presented as a contribution to improving the process of economic integration in order to cloak the measures with constitutional respectability […] » ; P. CRAIG, G. De BURCA, *EU Law, Text, Cases and materials*, 5e éd., Oxford University Press, 2011, pp. 92-93 : « [R]egulatory competence exists because divergent national laws constitute an impediment to the functioning of the internal market and EU harmonisation contributes to the elimination of obstacles to the free movement of goods, or to the freedom to provide services, or to the removal of distortions of competition. » ; J. STUYCK, « Enforcement and Compliance: An EU Law Perspective », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 513 s. et not. p. 515 : « In Tobacco Advertising II the Court however accepted that recourse to Article 95 EC as a legal basis does not presuppose the existence of an actual link with free movement between the Member States in every situation covered by the measure founded on that basis. As the Court has previously pointed out, to justify recourse to Article 114 TFUE as the legal basis what matters is that the measure adopted on that basis must actually be intended to improve the conditions for the establishment and functioning of the internal market. » ; C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, 3e éd., Oxford University Press, 2010, p. 609 : « The first is where those measures contribute to the elimination of obstacles to the exercise of fundamental freedoms. »

Pour une présentation des doutes concernant l'*efficacité* d'une mesure juridique adoptée au niveau européen à éliminer les entraves en question, v. par exemple B. FAUVARQUE-COSSON, « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD Civ.*, 2002, p. 463 s. et not. n° 22 *sq.*

[2430] En ce sens, Ch. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law : current controversies in law*, Routeledge-Cavendish, 2008, pp. 170-171.

[2431] C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, 3e éd., Oxford University Press, 2010, p. 613, se référant à la jurisprudence de la CJ : « [T]he Court has since made clear that the phrase 'measures of approximation' in Article 114 conferred on the legislature a broad discretion as regard the method most appropriate for achieving the desired result […] ».

[2432] Ainsi l'article 114 TFUE permet l'adoption tant des Directives d'harmonisation que des Règlements. En ce sens, M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not. p. 21, à propos de l'acquis communautaire en matière de droit d'auteur : « To date there are only directives but no regulations for copyright and related rights, even though article 95 allows the use of either instrument. » ; J. ZILLER, « The Legitimacy of the Codification of Contract Law in View of the Allocation of Competences between the European Union and its Member States », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 89 s. et not. p. 98 : « [M]easures based upon Article 95 […] may be in the form of any of the instruments foreseen in Article 249 (binding : regulation, directive, decision ; or not binding : recommendations and opinions) ».

Par conséquent, l'Union pourrait fonder sa compétence sur la base de l'article 114 TFUE afin d'adopter une législation européenne contraignante[2433] en matière de contrats d'exploitation à condition que les entraves au bon fonctionnement du marché intérieur, dues à la diversité juridique caractérisant les droits nationaux des contrats d'exploitation, comme l'efficacité de la mesure adoptée (de l'acquis communautaire adopté) à y remédier, soient objectivement étayées[2434]. Sur ce point, l'existence de données empiriques fiables semble très opportune[2435].

[2433] C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, 3e éd., Oxford University Press, 2010, p. 612 : « [T]he Union can legislate to overcome the geographic fragmentation of the EU market. » *Cf.* Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law*, comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final, disponible sur <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/247_en.pdf>, p. 15 : « legislative discretion is not excluded ».

[2434] V. sur ce point, L. GUIBAULT, S. Van GOMPEL, « Collective Management in the European Union », *in* GERVAIS D. (sous dir. de), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, Kluwer Law International, 2006, Chap. IV, pp. 117-152, disponible sur : <http://www.ivir.nl/publications/guibault/collective_management_in_the_european_union.pdf>, pp. 22-23, à propos des mesures d'harmonisation en matière des sociétés de gestion collective : « [H]armonisation in the field of collective rights management through legislative action by the Community legislator may validly rest on Article 95 of the EC […] if the said action, judged in the light of its aim and content, intends to improve the conditions for the establishment and functioning of the Internal Market, by actually contributing to the removal of distortions of competition or to the elimination of *actual or potential obstacles* to the free movement of goods or to the freedom to provide services, provided that this is supported by objective criteria. » ; Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law*, comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final, disponible sur <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/247_en.pdf>, n° 44, p. 15 : « Those barriers, and the improvements in the internal market which correspond to their removal, have to be verifiable, and the ECJ is prepared to examine the issue when the legislative act is challenged. Hence, while legislative discretion is not excluded, the (subjective) view of the European legislature does not reign supreme. It has to be supported by (objective) reliable data. » Déjà, A. GEORGIADIS, « L'harmonisation du droit privé en Europe », *NoV*, n° 42, 1995, p. 321 et s., et not. p. 326.

[2435] Les entraves posées au marché unique, dues à la diversité en matière de contrats d'exploitation pourraient être objectivement étayées à travers l'élaboration d'une étude empirique ciblée aux contrats d'exploitation. Cette étude pourrait être intégrée au sein d'une étude d'impact qui accompagnerait la proposition de législation en matière de contrats d'exploitation. V. en ce sens, P. CRAIG, G. De BURCA, *EU Law, Text, Cases and materials*, 5e éd., Oxford University Press, 2011, p. 101 : « Impact Assessment can however be used both politically and legally as a method of checking whether there really is a problem that requires harmonisation at EU level. » ; Ch. GEIGER, « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 2 : « [L]es futures initiatives du législateur européen devront s'appuyer plus fréquemment sur des données économiques sérieuses (et surtout indépendantes) ainsi que sur des études d'impact, permettant de mesurer les conséquences probables de l'action législative. » V. cependant les réserves émises plus haut concernant la fiabilité de ces données, v. *supra* n° 268. *Adde*, à propos des initiatives en matière de droit des consommateurs, v. S. WEATHERILL, « Constitutional Issues-How Much is Best Left Unsaid ? », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 89 s. et not. p. 102 : « Empirical evidence of the extent to which legal regulation generates confidence in new markets would be useful, though hard to gather. Such data would be potentially germane to an assessment of whether a particular Community initiative crosses the threshold of constitutionality by making an *actual contribution* to inducing cross-border mobility. »

De même, l'efficacité de la mesure proposée à remédier au problème de la diversité pourrait être objectivement étayée au sein d'une étude d'impact. V. sur ce point, S. WEATHERILL, « Competence and European Private Law », *in* Ch. TWIGG-FLESNER (sous dir. de), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 58 s. et not. p. 69 : « Such a survey cannot pretend to supply the last word, but a finding that two thirds of companies face costly obstacles to trading with companies in a different jurisdiction because of variation in legal rules not only suggest the Commission's inquiry into contract law is worthwhile it also strengthens the argument that there is a constitutional green light for harmonisation of private law pursuant to article 95 EC insofar as the contribution of such harmonised private law to market making is shown to be *sufficiently convincing*. » ; P. CRAIG, G. De BURCA, *EU Law, Text, Cases and materials*, 5e éd., Oxford University Press, 2011, p. 93. Rappr. M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not. p. 24 : « many signals that little economic analysis is done to back up the European legislator's assertions that proposed laws will actually benefit the internal market in terms of reducing obstacles to free trade or improving competitiveness. This translates into skepticism about the need for high levels of protection that the

- ***L'article 115 TFUE.***

509.- L'article 115 TFUE (ex article 94 TCE) constitue également une base légale potentielle pour l'adoption d'une mesure juridique en matière de contrats d'exploitation[2436]. Selon cet article, « sans préjudice de l'article 114, le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social, arrête des directives pour rapprocher des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres à incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur. »[2437] De leur côté, les législations nationales en matière de contrats d'exploitation ont certainement une incidence directe sur l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. En pratique, comme nous l'avons vu[2438], le droit des contrats d'exploitation constitue une condition-cadre pour l'élaboration du marché unique de l'innovation et de la connaissance. Ajoutons qu'il semble plus aisé de démontrer « l'incidence directe » des législations nationales du droit des contrats d'exploitation sur l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, selon l'article 115 TFUE, que de démontrer que celles-ci ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, comme l'exige l'article 114 TFUE[2439].

European institutions advocate, but also *about the choice of issues to be regulated*. » L'étude d'impact devrait démontrer la valeur ajoutée que confère à la mesure juridique envisagée le choix d'une portée horizontale, surtout en termes de simplicité et de cohérence. De même, l'efficacité de la mesure devrait être démontrée malgré l'absence de convergence en droit substantiel de propriété intellectuelle, surtout en ce qui concerne la nature des droits. Sur ce point v. *infra* n° 519. Ajoutons que l'efficacité de la mesure juridique proposée pour remédier au problème de la diversité dépend largement de la *qualité* de son contenu et du choix d'instrument. V. *infra* 540 *sq.*

[2436] En ce sens, à propos du droit des contrats en général, v. S. ROLAND, « Livre vert de la Commission européenne « droit européen des contrats », Remarques sur quelques difficultés d'ordre institutionnel », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 69 et s. et not. p 72. L'article 115 TFUE (ex-article 94 TCE) a été utilisé en tant que base légale pour l'adoption de la Directive 87/54 du Conseil sur la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs.

[2437] Pour MM. DUBOUIS et BLUMANN (L. DUBOUIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6e éd., Montchrestien, 2012, n° 639, p. 348), « il y a donc fort à parier que l'article 115, compte tenu de son caractère résiduaire voire secondaire, entre dans une phase de léthargie, d'autant qu'il doit non seulement s'effacer devant l'article 115 [sic] mais aussi devant les dispositions spécifiques d'harmonisation prévues par les traités […] ».

[2438] V. *supra* n° 272.

[2439] Rappr. en ce sens, J. ZILLER, « The Legitimacy of the Codification of Contract Law in View of the Allocation of Competences between the European Union and its Member States », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 89 s. et not. p. 98 : « While it is difficult to demonstrate that contract law would have 'the establishment of the internal market as its object', it is easier to demonstrate that it 'directly affects the internal market'. » ; L. DUBOUIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6e éd., Montchrestien, 2012, n° 639, p. 348 : « Les deux dispositifs ont donc bien un seul et même objet : le marché intérieur. La seule différence subsistante tient à la nature des législations nationales qu'il convient d'harmoniser : celles « qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur » pour l'article 114 et celles « qui ont une incidence directe sur l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur » pour l'article 115. »

- ***L'article 169 TFUE.***

510.- L'article 169 TFUE[2440] attribue à l'Union la compétence d'adopter des mesures adéquates pour la protection des consommateurs[2441]. Cependant, en vertu de l'article 169§2 b) TFUE, cette base légale ne pourrait être utilisée à titre autonome pour l'adoption d'une mesure juridique d'approximation ou d'unification des législations nationales. Pour ce qui nous intéresse, l'article 169 TFUE pourrait être utilisé de manière complémentaire[2442] à une autre base à portée plus générale afin de couvrir la réglementation des contrats d'exploitation conclus entre le titulaire du droit de propriété intellectuelle et les consommateurs, notamment en matière de droit d'auteur[2443]. Par conséquent, l'article en question ne pourrait pas constituer la base légale pour l'adoption de la mesure juridique qui véhiculerait la (re)construction envisagée en matière de contrats d'exploitation.

- ***Les articles 53§2 et 62 TFUE.***

511.- Les articles 53§2 et 62 TFUE (ex-articles 47 par 2 et 55 TCE) attribuent à l'Union la compétence d'adopter des mesures adéquates pour la libre circulation des services. Cette base légale pourrait être utilisée pour adopter des mesures juridiques relatives aux contrats d'exploitation qui sont nécessaires à la prestation de services reposant sur les propriétés intellectuelles[2444], tels que les

---

[2440] « 1. Afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, l'Union contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts. 2. L'Union contribue à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1 par : a) des mesures qu'elle adopte en application de l'article 114 dans le cadre de la réalisation du marché intérieur ; b) des mesures qui appuient et complètent la politique menée par les États membres, et en assurent le suivi. 3. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures visées au paragraphe 2, point b). 4. Les mesures arrêtées en application du paragraphe 3 ne peuvent empêcher un État membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes. Ces mesures doivent être compatibles avec les traités. Elles sont notifiées à la Commission. »

[2441] Sur la maigre utilisation de cette base légale, v. J. STUYCK, « Enforcement and Compliance : An EU Law Perspective », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 513 s. et not. pp. 516-517.

[2442] V. art. 169§2 a) TFUE. Sur ce point v. M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not., p. 14 : « More importantly, Article 153(2) provides that consumer protection is to be attained by integrating the interests of consumers into the definition and implementation of the other Community policies and activities, for example, when harmonizing intellectual property law on the basis of Article 95 TEC. » ; Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law*, comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final, disponible sur <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/247_en.pdf>, n° 55, p. 18 : « [I]n respect of Art. 169(2)(b) TFEU, a European contract law instrument approximating or unifying national contract laws would have to meet the prerequisites of Art. 114 TFEU. In respect of Art. 169(2)(b) TFEU, an approximation or unification of legal rules cannot be regarded as a measure to support or supplement national consumer policies. »

[2443] Comp. le considérant n° 3 de la Directive 2001/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, préc. : « L'article 169, paragraphe 1, et l'article 169, paragraphe 2, point a), du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne disposent que l'Union contribue à assurer un niveau élevé de protection des consommateurs par les mesures qu'elle adopte en application de l'article 114 du traité. »

[2444] V. sur ce point Ch. GEIGER, E. PY, « La législation communautaire en matière de propriété intellectuelle et le rôle du parlement européen, étude synthétique », Strasbourg, mai 2009. Disponible sur : <www.ceipi.edu>, pp. 4-5 ; Ch.

licences conclues entre les titulaires des droits et les prestataires des services qui offrent des contenus protégés par le droit d'auteur en ligne[2445]. En raison de leur portée limitée, les articles en question ne pourraient pas constituer la base légale pour l'adoption de la mesure juridique qui véhiculerait la (re)construction envisagée en matière de contrats d'exploitation.

- ***L'article 118 TFUE.***

512.- Après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'article 118 TFUE donne à l'Union la compétence explicite de procéder à la création de titres de protection des droits de propriété intellectuelle unitaires, assurant une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle dans l'Union[2446]. Selon le texte de l'article 118, « dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, établissent les mesures relatives à la création de titres européens pour assurer une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle dans l'Union, et à la mise en place de régimes d'autorisation, de coordination et de contrôle centralisés au niveau de l'Union. » La base légale en question pourrait être utilisée pour adopter des mesures juridiques[2447] propres aux contrats d'exploitation afférents à ces titres. Toutefois, en raison de sa portée limitée, elle ne pourrait pas être utilisée pour l'adoption de la mesure juridique qui véhiculerait la (re)construction envisagée en matière de contrats d'exploitation.

GEIGER, « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 2, note n° 6.

[2445] Il est significatif que la récente proposition de Directive utilise les art. 53 et 62 du TFUE comme base légale. V. Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil concernant la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins et la concession de licences multi-territoriales de droits portant sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur, Bruxelles, le 11.7.2012, COM(2012) 372 final, 2012/0180 (COD), p. 8 et s. : « En outre, en remédiant à la fragmentation des règles applicables à la gestion collective des droits au sein de l'Europe, la libre circulation de tous les services qui reposent sur le droit d'auteur et les contenus protégés par des droits voisins deviendra plus facile. Notamment, l'adoption de mesures visant à simplifier la concession de licences multi-territoriales à des prestataires de services en ligne facilitera de manière significative la distribution de ces œuvres musicales en ligne et l'accès à celles-ci. »

[2446] Pour un commentaire v. not. V. SCORDAMAGLIA, « Les dispositions relatives à la propriété intellectuelle dans le Traité de Lisbonne », *Propriété industrielle*, numéro 3, 01/03/2010, pp. 2-5 ; M. BROSINGER, O. FISCHER, A. FRUEH, TH. JAEGER, M. POSTL, « IP Law Reform and the Treaty of Lisbon », Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper, n° 09-03, disponible sur <ssrn.com/abstract=1340861 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1340861> ; Ch. GEIGER, « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 2, n° 3, aussi disponible sous Ch. GEIGER, « L'Europe de la propriété intellectuelle : une construction cohérente ? » *in* H.-P. GOETING, C. SCHLUETER (sous dir. de), *Nourriture de l'esprit*, *Festschrift für Dieter Stauder zum 70. Geburststag*, Nomos, 2011, pp. 60-68 ; E. TREPPOZ, « Droit européen de la propriété intellectuelle », *RTD eur.*, 2011, p. 939. Pour des illustrations d'utilisation, v. Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection par brevet unitaire, Bruxelles, le 13.4.2011, COM(2011) 215 final ; Livre Vert de la Commission du 13.7.2011, sur *la distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne - Vers un marché unique du numérique: possibilités et obstacles*, COM(2011) 427 final, p. 14 (titre de « droit d'auteur global et unitaire ») ; Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Amending Council Regulation (EC) No 207/2009 on the Community trade mark, Brussels, 27.3.2013, COM(2013) 161 final, 2013/0088 (COD), p. 5.

[2447] Ou la révision des instruments juridiques en vigueur à l'heure actuelle, tel que le RMC. Sur ce point v. V. SCORDAMAGLIA, « Les dispositions relatives à la propriété intellectuelle dans le Traité de Lisbonne », *Propriété industrielle*, numéro 3, 01/03/2010, p. 4 : « [L]'article 118 TFUE donnera à l'avenir beaucoup plus de souplesse pour les amendements qui s'avéreraient nécessaires aux règlements actuels qui ont institué les autres titres unitaires européens. »

- ***L'article 352 TFUE.***

513.- L'article 352§1 TFUE[2448] (ex- article 308 Traité CE) pourrait être utilisé comme base juridique-« relai » pour une action législative de (re)construction du droit des contrats d'exploitation au niveau européen. Cette disposition constitue une base légale résiduelle[2449] car elle attribue à l'Union la compétence d'agir afin de réaliser les objectifs établis par les traités, lorsqu'une base légale spécifique fait défaut ou lorsque les bases légales plus générales ne pourraient pas être utilisées[2450]. En particulier, il pourrait être recouru à l'article 352 TFUE lorsque la mesure envisagée ne vise pas l'approximation des législations nationales des contrats d'exploitation, mais envisage l'introduction d'un ensemble de règles européennes qui coexisteront avec les droits nationaux[2451]. Ceci dit, l'article 352 TFUE pourrait constituer la base légale pour l'adoption d'une mesure juridique (contraignante) qui ne modifierait pas les droits nationaux, tel qu'un instrument optionnel[2452]. Sur cette base, il ne pourrait pas constituer la base légale pour la (re)construction envisagée du droit des contrats d'exploitation.

[2448] « Si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées. Lorsque les dispositions en question sont adoptées par le Conseil conformément à une procédure législative spéciale, il statue également à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen. »

[2449] En ce sens, M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not., p. 15 ; Ch. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law : current controversies in law*, Routeledge-Cavendish, 2008, p. 169.

[2450] En ce sens, Ch. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law: current controversies in law*, Routeledge-Cavendish, 2008, p. 169 : « This power was historically significant to deal with matters which were part of the Community's general aims, but for which there was no specific Treaty base. » et *ibid.* p. 170 : « The ECJ emphasized that Art. 308 could only be used where there is no other legal basis in the Treaty on which a measure can be adopted. » ; Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law*, comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final, disponible sur <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/247_en.pdf>, n° 568 : « Art. 352 TFEU may only serve as a legal basis to the extent that the Treaties do not otherwise provide the necessary powers. »

[2451] V. sur ce point la décision de la CJUE *European Parliament v Council of the European Union*, C-436/03, 2006, ECR 1-3733, cité par Ch. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law : current controversies in law*, Routeledge-Cavendish, 2008, pp. 170-171. En fait, cette base légale a été utilisée pour l'adoption des Règlements instaurant les titres communautaires des droits de propriété intellectuelle, avant l'introduction de l'art. 118 TFUE pour la raison supplémentaire que les titres européens n'harmonisent pas la législation des droits nationaux mais, plutôt, ils introduisent un régime européen qui coexiste avec les titres nationaux. Sur ce point v. M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not. p. 15 ; Th. GEORGOPOULOS, « The legal foundations of European Copyright Law », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 31 s. et not. p. 32 ; J. ZILLER, « The Legitimacy of the Codification of Contract Law in View of the Allocation of Competences between the European Union and its Member States », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 89 s. et not. p. 99 ; Ch. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law : current controversies in law*, Routeledge-Cavendish, 2008, p. 171, note n° 160.

[2452] Rappr. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law*, comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final, disponible sur <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/247_en.pdf>, n° 61, p. 19 : « Conséquently, it appears that Art. 352 TFEU is only available as a legal basis for a comprehensive optional instrument which covers

514.- Par conséquent, l'Union européenne possède sous conditions une compétence d'attribution pour mener la (re)construction envisagée. L'adoption d'une mesure juridique pourrait être basée sur l'article 114 TFUE ou, subsidiairement, sur l'article 115 TFUE à condition que les entraves au bon fonctionnement du marché unique, engendrées par la diversité juridique caractérisant les législations nationales en matière de contrats d'exploitation et la contribution de la mesure juridique adoptée au niveau européen pour leur élimination soient objectivement étayées[2453]. L'analyse économique et les études empiriques seraient d'une grande utilité sur ce point[2454]. Ainsi, la réponse à la question de savoir si l'Union est compétente pour adopter une mesure juridique en matière de contrats d'exploitation doit être positive[2455].

---

both domestic and cross-border transactions. For such an instrument, it is also the only possible legal basis. » Sur la question de la base légale d'un instrument optionnel en matière de droit européen des contrats v. M.-W. HESSELINK, J. RUTGERS, T. De BOOYS, « The legal basis for an optional instrument on European contract law », Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series No. 2007/04, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1091119> ; E. TERRYN, *The Common frame of Reference : an optional instrument ?*, note n° PE 425.611, Parlement Européen, DG politique intérieure, avril 2010, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201004/20100430ATT73925/20100430ATT73925EN.pdf>, p. 17 s. *Adde* A. WULF, *Institutional Competition between Optional Codes in European Contract Law*, Springer, 2014, p. 22 s.

[2453] V. not. Ch. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law: current controversies in law*, Routeledge-Cavendish, 2008, p. 30 : « It is necessary to establish first of all that disparate national laws actually constitute a barrier to free movement or distort competition, and then that EU action contributes to the establishment and functioning of the internal market but goes no further. » ; E. McKENDRICK, « Harmonisation of European Contract Law : The State We Are In », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 5 s. et not. 20 s., d'un point de vue britannique.

[2454] Comp. Ch. GEIGER e*t alii*, « Compte-rendu du colloque et clôture », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 571 s. et not. p. 617 : « La nécessité d'aller plus loin en matière d'analyse économique du droit d'auteur a également été soulignée. Pour convaincre la Commission européenne, il faut étudier l'utilité du droit d'auteur d'un point de vue économique. » *Cf.* A. WULF, *Institutional Competition between Optional Codes in European Contract Law*, Springer, 2014, p. 41 s., à propos de l'adoption des instruments optionnels en matière de droit des contrats.

[2455] Rappr. en ce sens, M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not. p. 19 : « The preceeding analysis of the legal bases makes clear that the EU's internal competence to regulate intellectual property is fairly broad. » ; J. STUYCK, « Enforcement and Compliance : An EU Law Perspective », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 513 s. et not. p. 530 : «One of the questions is whether the Union has the necessary powers to take legislative actions in this field. This chapter argues that it has. » Certes, plusieurs auteurs sont sceptiques sur l'existence de compétence de l'Union à adopter des instruments législatifs en droit des contrats. V. par exemple, Ch. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law : current controversies in law*, Routeledge-Cavendish, 2008, p. 166 : « There are concerns about the EC's competence to become more proactive with regard to general contract law. » ; J. ZILLER, « The Legitimacy of the Codification of Contract Law in View of the Allocation of Competences between the European Union and its Member States », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 89 s. et not. p. 89 : « A comprehensive examination of the EU competences in the field of codification of civil law rather leads to the opposite opinion, namely that the legitimacy of this project, let alone of any more ambitious project of a EU-wide codification of civil law is limited. » ; *ibid*. p. 99 : « Apart from political and bureaucratic contingencies, this lack of a solid legal basis for codification in the field of approximation of member states' laws might largely explain why the initiatives for codification of contract law which originated in the European commission came from a very specifc sector, that of consumer protection. » ; J. ZILLER, « The Legitimacy of the Codification of Contract Law in View of the Allocation of Competences between the European Union and its Member States », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 89 s. et not. p. 113 : « the EU still lacks a clear legal basis for action in the field of approximation of contract law. »

C.- La conformité de la (re)construction envisagée avec les principes de subsidiarité et de proportionnalité.

515.- L'Union n'a pas de compétence exclusive en matière de contrats d'exploitation[2456]. L'objectif de l'établissement du marché intérieur auquel s'attache la démarche de (re)construction proposée, n'attribue à l'Union qu'une compétence partagée[2457].Dès lors, l'exercice de la compétence de l'Union devra respecter les principes de subsidiarité (1°) et de proportionnalité (2°)[2458].

1°.- La conformité de la (re)construction envisagée avec le principe de subsidiarité.

516.- Une fois la compétence partagée de l'Union établie, elle devra être exercée dans le respect du principe de subsidiarité. Des indices qualitatifs[2459] démontrent que les objectifs de l'action envisagée peuvent être mieux atteints par une action au niveau européen plutôt que des États membres[2460]. Plus précisément, l'objectif de supprimer les obstacles causés au bon fonctionnement du marché intérieur par la diversité des législations nationales ne pourrait être réalisé que par une

---

[2456]M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not. p. 19 : « Under the Lisbon reform, intellectual property as such remains an area in which the EU has as a rule no exclusive internal competence. » C'est pourquoi la législation en matière de propriété intellectuelle est pour l'essentiel nationale. V. sur ce point, V. SCORDAMAGLIA, « Les dispositions relatives à la propriété intellectuelle dans le Traité de Lisbonne », *Propriété industrielle*, numéro 3, 01/03/2010, p. 2 : « la matière de la propriété intellectuelle continue de relever à titre principal de la compétence nationale. » ; T. PIHALAJARINNE, « Setting the Limits for the Implied License in Copyright and Linking Discourse-The European Perspective », *IIC*, 2012, p. 700 s., not. p. 706, se référant aux contrats d'exploitation d'auteur : "It has been suggested that the area in question is the most dependent on national copyright legislation. »

[2457] Art. 4§2 a) TFUE.

[2458] A. KASZOROWSKA, *European Union Law*, 2e éd., Routeledge, 2010, p. 92 : « In the preamble to any legislation, where the EU does not have exclusive competence, the Commission has to justify the proposed legislation in the light of subsidiarity and proportionality. This justification will form part of the measure's legal basis. The Commission must show that it is more appropriate to act at EU level than at national level, using qualitative and if possible quantitative indicators. »

[2459] V. l'art. 5 du Protocole No 2 qui est attaché aux Traités: « Les raisons permettant de conclure qu'un objectif de l'Union peut être mieux atteint au niveau de celle-ci s'appuient sur des indicateurs qualitatifs et, chaque fois que c'est possible, quantitatifs. » ; P. CRAIG, G. De BURCA, *EU Law, Text, Cases and materials*, 5e éd., Oxford University Press, 2011, p. 96 : « The statement must contain some assessment of the financial impact of the proposals and there should be qualitative and, wherever possible, quantitative indicators to substantiate the conclusion that the objective can be better attained at the Union level. »

[2460] Comp. en ce sens, L. GUIBAULT, S. Van GOMPEL, « Collective Management in the European Union », *in* D. GERVAIS (sous dir. de), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, Kluwer Law International, 2006, Chap. IV, pp. 117-152, disponible sur : <http://www.ivir.nl/publications/guibault/collective_management_in_the_european_union.pdf>, p. 23 : « Once the existence of a Community power has been established, this principle of subsidiarity determines whether that power may be exercised in a given instance. In other words, this principle specifically guides the decision of whether Community powers should actually be used or whether the objective to be attained could also be achieved by the Member states individually, using their own powers. »

action au niveau de l'Union européenne[2461]. En adoptant des mesures non coordonnées au niveau national, les États membres ne pourront pas supprimer les coûts de transaction supplémentaires ni les difficultés juridiques causées par les divergences entre droits nationaux des contrats d'exploitation[2462]. Au contraire, les mesures non coordonnées au niveau national seraient susceptibles d'accroître la diversité[2463]. De manière similaire, il est évident qu'une action au niveau de l'Union européenne est le seul moyen d'assurer la révision de l'acquis existant et la cohérence entre les règles applicables aux contrats d'exploitation afférents aux titres nationaux et européens[2464]. De même, la (re)construction des droits nationaux par le biais d'une action au niveau de l'UE semble plus efficace[2465]. En pratique, les États membres ne sont pas en mesure d'établir des règles abordant de manière cohérente l'exploitation contractuelle éminemment transfrontière des propriétés intellectuelles[2466] et la dimension transnationale des problèmes rencontrés[2467]. Dès lors,

---

[2461] M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not. p. 20 : « Obviously, where the characteristic of national territorial *copyright* and related rights regimes cause real obstacles to internal market integration, the Community is in a better position to successful remove these than individual member states are. » ; S. WEATHERILL, « Competence and European Private Law », *in* Ch. TWIGG-FLESNER (sous dir. de), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 58 s. et not. p. 64, se référant à l'arrêt *R v. Secretary of State, ex parte BAT and Imperial Tobacco* (Case C-491/01) : « It concluded that the objective of the proposed action-the elimination of barriers to trade caused by differences between national laws- could not be achieved by the Member States individually but only by action at Community level. […] [O]ne is left searching in vain to imagine any circumstances in which the adoption of common rules at EU level could fall foul of the court's test. » ; C. AUBERT DE VINCELLES, « Les options « contraignantes » du livre vert (options 5, 6 et 7) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 115 et s. et not. p. 122 : « Pour que l'intervention de l'Union soit donc justifiée en matière contractuelle, il faut pouvoir établir que les législations nationales sont insuffisantes pour permettre au marché intérieur de se développer. C'est donc, encore ici, par les entraves au commerce que provoquerait la disparité des droits, que la Commission peut justifier l'intervention de l'Union dans le domaine contractuel et ainsi respecter le principe de subsidiarité. » Rappr. Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil, relatif à un droit commun européen de la vente, 11.10.2011, COM(2011) 635 final, 2011/0284 (COD), {SEC(2011) 1165 final} {SEC(2011) 1166 final}, p. 10 : « L'Union est en effet la mieux placée pour remédier au problème de la fragmentation juridique grâce à une action dans le domaine du droit des contrats qui rapprochera les règles applicables aux transactions transfrontières. »

[2462] *Cf.* Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil, relatif à un droit commun européen de la vente, 11.10.2011, COM(2011) 635 final, 2011/0284 (COD), {SEC(2011) 1165 final} {SEC(2011) 1166 final}, p. 10.

[2463] Comp. en ce sens, L. GUIBAULT, S. Van GOMPEL, « Collective Management in the European Union », *in* D. GERVAIS (sous dir. de), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, Kluwer Law International, 2006, Chap. IV, pp. 117-152, disponible sur : <http://www.ivir.nl/publications/guibault/collective_management_in_the_european_union.pdf>, p. 24, à propos de l'harmonisation en matière des sociétés de gestion collective : « Since all collective management societies in Europe operate on the basis of the national law and with respect to the territory of the member state in which they are established, ti would only increase disparities between member states if the issue was left to them. In order to achieve a true level playing field in the collective management of rights in Europe, action at the community level should thus be required. »

[2464] Comp. en ce sens, Proposition de directive rapprochant les législations des États membres sur les marques (préc.) p. 5 : « Des mesures visant à relever le niveau actuel d'harmonisation via la directive ne peuvent être prises qu'au niveau de l'Union. En outre, une action au niveau de l'Union est le seul moyen d'assurer la cohérence avec le système de la marque communautaire. »

[2465] Comp. A. KASZOROWSKA, *European Union Law*, 2e éd., Routeledge, 2010, p. 91 : « The benefit criterion, that is, an action must bring added value over and above that which could be achieved by individuals or a Member State. »

[2466] V. *supra* n° 333 *sq.*

[2467] Comp. Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil, relatif à un droit commun européen de la vente, 11.10.2011, COM(2011) 635 final, 2011/0284 (COD), {SEC(2011) 1165 final} {SEC(2011) 1166 final}, p. 10 :

une action au niveau européen assurerait un meilleur fonctionnement du marché intérieur, y compris l' « e-marché intérieur ». Nous avons vu également qu'une action de rénovation des droits des contrats d'exploitation entreprise au niveau des États membres ne serait suffisante, compte tenu de l'existence de forces subversives émanant des autres composantes du système à plusieurs niveaux de l'Union européenne et surtout de la part de l'Union européenne[2468]. Par conséquent, l'exercice de la compétence de l'Union en matière de contrats d'exploitation est légitime en vertu du principe de subsidiarité, surtout à propos des situations transfrontières[2469]. D'une part, certains objectifs envisagés ne peuvent pas être atteints par des actions menées au niveau des États membres et, d'autre part, la réalisation d'une action au niveau de l'UE confère une valeur ajoutée à ce qui pourrait être atteint par des actions menées au niveau des États membres[2470].

2°.- La conformité de la (re)construction envisagée avec le principe de proportionnalité.

517.- Au-delà de l'établissement de la compétence de l'Union à agir en matière de contrats d'exploitation et de la conformité de l'action envisagée avec le principe de subsidiarité, l'adoption d'une mesure juridique au niveau de l'Union européenne doit être conforme avec le principe de proportionnalité[2471]. Selon ce principe, le contenu et la forme de la mesure juridique en matière de

---

« De plus, au fur et à mesure de l'évolution des tendances des marchés, qui incitera les États membres à légiférer chacun de leur côté, par exemple en réglementant le marché naissant des contenus numériques, les écarts de législation entraînant des coûts de transaction supplémentaires et des disparités dans la protection des consommateurs sont susceptibles de se creuser. » ; Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil concernant la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins et la concession de licences multi-territoriales de droits portant sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur, Bruxelles, le 11.7.2012, COM(2012) 372 final, 2012/0180 (COD), p. 8 et s. : « En outre, les objectifs de l'action proposée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et pourraient donc être mieux réalisés au niveau de l'UE en raison de la nature transnationale des problèmes rencontrés ».

[2468] V. *supra* n° 333 *sq*.

[2469] Comp. C. AUBERT DE VINCELLES, « Les options « contraignantes » du livre vert (options 5, 6 et 7) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 115 et s. et not. p. 123 : « C'est en plus dans le [domaine des contrats transfrontaliers] que la compétence de l'Union est la moins discutable, dans le respect du principe de subsidiarité. »

[2470] Rappr. sur ce point S. ROLAND, « Livre vert de la Commission européenne « droit européen des contrats », Remarques sur quelques difficultés d'ordre institutionnel », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 69 et s. et not. p. 74, à propos des options contraignants du livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats : « Certes, et la Commission ne manque pas de le souligner, le gain pour le fonctionnement du marché intérieur est potentiellement important et en tout état de cause bien plus grand que pour toutes les autres options envisageables. Dès lors, au regard du principe de subsidiarité, la valeur ajoutée par rapport à une action au niveau étatique pourrait sans doute être démontrée. »

[2471] L. GUIBAULT, S. Van GOMPEL, « Collective Management in the European Union », *in* D. GERVAIS (sous dir. de), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, Kluwer Law International, 2006, Chap. IV, pp. 117-152, disponible sur : <http://www.ivir.nl/publications/guibault/collective_management_in_the_european_union.pdf>, p. 24 : « once it has been established that the community has power to act and indeed may exercise this power in a given

contrats d'exploitation ne doivent pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de l'établissement et du bon fonctionnement du marché intérieur. Plus précisément, une action de (re)construction menée au niveau européen, visant à la fois la rénovation et donc la modification globale des droits nationaux des contrats d'exploitation, la révision de l'acquis existant, le rapprochement des législations nationales et des régimes sectoriels des contrats d'exploitation des différentes branches du droit de propriété intellectuelle est-elle proportionnée à l'objectif de l'établissement et du bon fonctionnement du marché intérieur et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre[2472] ? Plusieurs objections peuvent être soulevées (1°), sans être, toutefois, insurmontables (2°).

a.- Des objections éventuelles.

518.- Des objections peuvent porter tant sur la forme et l'intensité que sur le contenu de la mesure juridique envisagée. Plus précisément, la modification des droits des contrats d'exploitation nationaux par une mesure juridique européenne contraignante et leur remplacement par un droit européen pourrait être jugée non adéquate et disproportionnée par rapport à l'objectif de l'établissement et le bon fonctionnement du marché intérieur[2473], surtout lorsque des mesures alternatives moins contraignantes, notamment des instruments juridiques optionnels, seraient tout aussi efficaces à surmonter les obstacles aux échanges sur le marché unique[2474]. D'autre part, les

---

instance, yet another requirement must be fulfilled before legislation may be adopted by the community legislator. » ; C. AUBERT DE VINCELLES, « Les options « contraignantes » du livre vert (options 5, 6 et 7) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 115 et s. et not. p. 122 : « [U]ne fois compétente, l'Union doit faire preuve de mesure et adapter son action aux besoins. » ; M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not. p. 11 : « Any community action must comply with three principles, namely, attribution, subsidiarity and proportionality. It is the latter principles that is the most relevant for the area of copyright and related right because it is the one likely to most affect the *mode and intensity* of Community harmonization. »

[2472] M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not. p. 24 : « The actual measures taken may go beyond what is necessary to solve a particular problem or are not really suited to solve the problem or are thought to encroach too much on Member states legal systems. »

[2473] Comp. Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil, relatif à un droit commun européen de la vente, 11.10.2011, COM(2011) 635 final, 2011/0284 (COD), {SEC(2011) 1165 final} {SEC(2011) 1166 final}, pp. 10-11 : Un instrument non contraignant a été jugé comme proportionnée par rapport aux instruments contraignants, à cause de « sa nature facultative et volontaire », qui serait susceptible de s'ajouter au droit préexistant sans le remplacer et sans perturber les ordres et traditions juridiques des états membres. « Une directive ou un règlement remplaçant les droits nationaux par un droit européen des contrats obligatoire irait trop loin […] ».

[2474] V. en ce sens, C. AUBERT DE VINCELLES, « Les options « contraignantes » du livre vert (options 5, 6 et 7) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 115 et s. et not. p. 123, à propos des mesures juridiques contraignantes : « C'est principalement sur ce terrain de la proportionnalité que l'on pourrait contester, à notre sens, le choix des options contraignantes 6 et 7 dans la mesure où un régime optionnel serait tout aussi efficace et adapté aux objectifs poursuivis. » ; *ibid*. p. 124, à propos des directives : « En effet, la disparité des droits étant résolue par l'adoption d'un régime optionnel, on pourrait même se demander si la

objections peuvent porter sur le contenu de la mesure juridique envisagée. En pratique, il pourrait être soutenu qu'en vertu du critère de proportionnalité *stricto sensu*, une action au niveau de l'UE devrait *a priori* toucher les questions ayant une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, à savoir, les situations transfrontières[2475]. Ceci qui signifie que le champ territorial d'une mesure juridique contraignante adoptée au niveau de l'Union européenne devrait essentiellement couvrir les contrats d'exploitation transfrontières (européens)[2476]. Sur cette base, une mesure juridique européenne qui modifierait le droit applicable aux contrats d'exploitation internes irait trop loin et pourrait être considérée comme incompatible avec le principe de proportionnalité[2477].

---

poursuite d'une harmonisation par voie de directive ne deviendrait pas disproportionnée dans l'hypothèse ou serait admis un régime optionnel applicable aux rapports transfrontaliers. »

[2475] V. déjà J. HUET, « Les sources communautaires du droit des contrats », *in Le renouvellement des sources du droit des obligations*, coll. Assoc. H. Capitant, Lilli, LGDJ, 1996, pp. 11-27 et not. p. 13 pour qui, « une importante part du droit des contrats échappe [du droit européen] presque par nature : tel est le cas, en particulier, des actes qu'on pourrait qualifier de « résidentiels » […] » ; W. van GERVEN, « A common Framework of Reference *and* Teaching », 1, *European Journal of Legal Education*, 2004, p. 1 et s. et not. p. 3 : « […] the EU legislature […] has no jurisdiction to enact such comprehensive and binding legislation because of the limited transfer of competences by the Member States to the EU. » ; Ch. TWIGG-FLESNER, « Good-Bye Harmonization by Directives, Hello Cross-Border Only Regulation? - A Way Forward for EU Consumer Contract Law », (February 24, 2011), *European Review of Contract Law*, Vol. 7, No. 2, 2011, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1786692>, p. 13 : « EU should concentrate on cross-border issues as it is at that point that internal market questions become relevant. » ; Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, « Réponse à la commission européenne : à propos de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », disponible sur : < http://www.henricapitant.org/sites/default/files/R%C3%A9ponse%20finale%20de%20l%27Association%20Henri%20Capitant%2031%2001%202011_0.pdf>, p. 5 : « [L]e commerce transfrontière […] se trouve évidemment au cœur des préoccupations du droit de l'Union européenne et de sa compétence. » *Adde, a contrario* O. DESHAYES, « L'option « hybride » : l'instrument optionnel de droit des contrats (option 4) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 101 et s. et not. p. 110 : « Au demeurant, on peut se demander si la compétence de l'Union européenne pour proposer un instrument de droit des contrats internes, même de nature optionnelle, ne pourrait pas être mise en doute. » ; Ch. TWIGG-FLESNER, « Good-Bye Harmonization by Directives, Hello Cross-Border Only Regulation? - A Way Forward for EU Consumer Contract Law », (February 24, 2011), *European Review of Contract Law*, Vol. 7, No. 2, 2011, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1786692>, *passim* pour qui une action future en matière de droit des consommateurs ne devrait concerner que les contrats transfrontières, par exemple, p. 16 : « It has been argued that the proper focus ought to be on cross-border contracts […] ».

[2476] Sur ce point v. C. AUBERT DE VINCELLES, « Les options « contraignantes » du livre vert (options 5, 6 et 7) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 115 et s. et not. p. 124 : « En effet, si la disparité des droits peut éventuellement constituer une entrave à la réalisation du marché intérieur, c'est exclusivement dans les rapports transfrontaliers. » et *ibid.* à propos des instruments contraignants emportant uniformisation : « La substitution d'un droit européen aux droits nationaux, par le radicalisme de son uniformisation, n'est pas envisageable dans un champ élargi. […] Ce n'est que dans un domaine restreint, limité aux contrats transfrontaliers, laissant donc perdurer les droits nationaux, qu'un régime contraignant peut avoir une chance de prospérer. » ; Commission Européenne, Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, 1.7.2010, COM(2010) 348/3, p. 12 : « un instrument visant les seuls contrats transfrontaliers et apportant des solutions aux problèmes de conflit de lois pourrait contribuer de manière déterminante au bon fonctionnement du marché intérieur. » Par ailleurs, la même argumentation pourrait être utilisé à propos des instruments optionnels, v. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law*, comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final, disponible sur <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/247_en.pdf>, n° 121, p. 36 : « [O]ne can argue that while it is true that the internal market ignores internal borders, it would still be sufficient- or even be required by the principles of subsidiarity and proportionality (art. 5(3) TEU)- to limit the application of the optional instrument to cross-border transactions in order to achieve the overall goal of removing obstacles in the internal market. »

[2477] Sur ce point v. C. AUBERT DE VINCELLES, « Les options « contraignantes » du livre vert (options 5, 6 et 7) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 115 et s. et not. p. 124 pour qui l'adoption d'un règlement en matière de droit des contrats serait une « révolution pour

De manière similaire, il pourrait être soutenu qu'une mesure juridique modifiant les droits nationaux dans leur application aux contrats internes serait incompatible avec le critère de l'adéquation car elle perturberait les ordres et cultures juridiques des États membres[2478]. Sur cette base, une mesure juridique qui remplacerait les droits nationaux seulement dans les cas où ces derniers s'appliqueraient à des contrats transfrontaliers sur la base du droit international privé, ou une mesure juridique qui introduirait un régime européen supplémentaire aux droits nationaux, seraient moins discutables à l'égard du principe de proportionnalité[2479]. Ajoutons que le périmètre ambitieux de la mesure envisagée, surtout à cause de l'approche horizontale adoptée, est également susceptible d'affecter l'exigence de proportionnalité[2480]. Les objections liées à la conformité du

---

le droit en Europe, puisqu'il supprimerait tous les droits nationaux dans leur application générale et courante » ; M. BEHAR-TOUCHAIS, M. CHAGNY (sous dir. de), *Livre Vert sur le droit européen des contrats. Les réponses du réseau TransEuropeExperts*, Société de Législation comparée, Collection Trans Europe Experts, vol. 1, 2011, p. 26 et p. 148 : « [E]u égard au principe de proportionnalité, l'idée de faire un instrument s'appliquant à la fois aux contrats internes et internationaux doit être écartée. Si l'objectif de la Commission est de stimuler le commerce transfrontière, seules les transactions transfrontières doivent être saisies par l'instrument optionnel. *Appliquer l'instrument aux contrats internes risquerait d'outrepasser les compétences de l'Union européenne.* » ; S. ROLAND, « Livre vert de la Commission européenne « droit européen des contrats », Remarques sur quelques difficultés d'ordre institutionnel », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 69 et s. et not. p. 74 : « [L]a substitution d'un corps de règles européennes -y compris de règles impératives- aux législations nationales […] pourr[ait] conduire à englober les contrats internes : on pourrait dès lors estimer que le moyen utilisé est disproportionné par rapport à l'objectif visé. »

[2478] En ce sens, v. Ch. TWIGG-FLESNER, « Good-Bye Harmonization by Directives, Hello Cross-Border Only Regulation? - A Way Forward for EU Consumer Contract Law », (February 24, 2011), *European Review of Contract Law*, Vol. 7, No. 2, 2011, disponible sur SSRN: <ssrn.com/abstract=1786692>, p. 13 : « It seems plausible to argue that harmonization of national laws is both intrusive and disruptive to national legal systems and therefore in conflict with the proportionality principle. » ; à propos des contrats d'exploitation d'auteur, B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 153 : « Most aspects of *copyright* contract law fall indeed within the exclusive competence of the national legislatures » ; de manière plus générale, W. van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », *in* F. GAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 37 et s. et not. p. 75 : « More particularly, and apart from the requirement to set aside such specific legal impediments (in accordance with the ECJ's case-law) there will as a general rule, be no justification for harmonizing matters which *touch closely on national identity or culture* or other matters of national interest for which member states are not yet prepared to adopt common legislation. » Comp. Communication de da Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et eu Comité des Régions, Un Droit Commun Européen de la vente pour Faciliter les Transactions Transfrontières sur le Marché Unique, Bruxelles, le 11.10.2011, COM(2011) 636 final, p 10 : « En revanche, le droit commun européen de la vente n'abordera pas certains thèmes qui soit sont très importants pour les droits internes soit intéressent moins les contrats transfrontières, tels que les règles relatives à la capacité juridique, à l'illégalité/l'immortalité à la représentation et à la pluralité de débiteurs et de créanciers. »

[2479] V. en ce sens, *a contrario* B. FAUVARQUE-COSSON, « Vers un droit commun européen de la vente », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 34 : « Pour que le régime s'applique, le vendeur du bien ou le fournisseur du contenu numérique doit être un professionnel. L'acheteur peut être un consommateur ou un professionnel. Le droit européen, protecteur et source de sécurité juridique est essentiellement destiné aux consommateurs et aux PME qui n'ont pas les moyens d'avoir des services juridiques aussi équipés que ceux des grandes entreprises. Justifiée par le principe de proportionnalité cette exclusion s'imposait-elle vraiment puisque l'instrument est optionnel ? » Par ailleurs, un instrument optionnel laisse intactes les cultures des droits nationaux. V. en ce sens, C. AUBERT DE VINCELLES, « Les options « contraignantes » du livre vert (options 5, 6 et 7) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 115 et s. et not. p. 123.

[2480] Rappr. en ce sens, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, « Réponse à la commission européenne : à propos de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », disponible sur : <http://www.henricapitant.org/sites/default/files/R%C3%A9ponse%20finale%20de%20l%27Association%20Henri%20Capitant%2031%2001%202011_0.pdf>, p. 4 : « Le respect du principe de proportionnalité sera quant à lui fonction de

projet d'un droit européen des contrats d'exploitation au principe de proportionnalité sont susceptibles d'avoir des répercussions pratiques importantes, surtout lorsque, selon le traité, les parlements nationaux comme la Cour de justice pourront intervenir pour que le projet soit retiré[2481].

b.- Des objections surmontables.

519.- Au premier regard, les objections précitées semblent légitimes, surtout lorsqu'elles trouvent appui sur le cadre institutionnel actuel. Cependant, la mesure envisagée n'est pas manifestement disproportionnée ou inadéquate pour la réalisation de l'objectif de l'établissement et du bon fonctionnement du marché intérieur, comme l'exige la CJUE[2482].

Tout d'abord, le caractère proportionné et adéquat d'une mesure qui modifie les droits nationaux même dans leur application aux contrats internes peut être étayé *a contrario* en démontrant l'inefficacité d'une mesure limitée aux seuls contrats transfrontières. En effet, l'idée de la dissociation entre contrats internes et contrats transfrontières présente plusieurs inconvénients. D'un point de vue théorique, elle est contraire à la définition du marché intérieur dans le TFUE comme « un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités. » (art. 26§2 TFUE)[2483]. « Un [véritable] marché unique appelle un instrument contractuel unique », a-t-on pu

---

l'amplitude de l'harmonisation envisagée : plus la directive aura un périmètre ambitieux, plus cette exigence de proportionnalité s'en trouvera affectée.» ; Ch. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law: current controversies in law*, Routeledge-Cavendish, 2008, p. 171 : « Finding a legal basis for wider action is difficult. Certainly a broad harmonization of national contract law seems to be beyond the competence of the EU. More targeted action, as well as the adoption of an optional instrument might be possible ; however, it might still require the use of an alternative to Art. 95. » ; W. van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », *in* F. GAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 37 et s. et not. p. 38-39 : « […] the EU legislature currently has no jurisdiction to enact *fully comprehensive and binding legislation* because of the limited transfer of competences by the member states to the EU. »

[2481] Sur ce point v. par exemple P. REMY-CORLAY, « Traité de Lisbonne et Projet de Cadre commun de référence en droit privé européen », *RTD Civ*., 2008, p. 258.

[2482] Selon la CJ « s'agissant du contrôle juridictionnel des conditions mentionnées au point précédent, il y a lieu de souligner qu'il convient de reconnaître au législateur communautaire un large pouvoir d'appréciation dans des domaines qui impliquent de sa part des choix de nature politique, économique et sociale, et dans lesquels il est appelé à effectuer des appréciations complexes. Par conséquent, seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure arrêtée en ces domaines, par rapport à l'objectif que l'institution compétente entend poursuivre, peut affecter la légalité d'une telle mesure. », aff. C-344/04 *The Queen on the application of International Air Transport Association, European Law Fares Airline Association c/ Department for Transport* 2006, ECR I-403, par. 80. V. cependant, Ch. TWIGG-FLESNER, « Good-Bye Harmonization by Directives, Hello Cross-Border Only Regulation? - A Way Forward for EU Consumer Contract Law », (February 24, 2011), *European Review of Contract Law*, Vol. 7, No. 2, 2011, disponible sur SSRN: <ssrn.com/abstract=1786692>, p. 13 : « Whilst the ECJ's rulings on this issue do not preclude harmonisation of national law, the EU's competence seems to be stronger for the cross-border dimension which might enable it to adopt more comprehensive legislation if limited to that context. »

[2483] En ce sens, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law*, comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final, disponible sur <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/247_en.pdf>, n° 121, p. 36.

écrire[2484]. D'un point de vue pratique, elle est susceptible de rendre le régime européen complexe, en raison de la coexistence parallèle de deux régimes différents[2485] et, surtout, l'incertitude liée à la définition des contrats transfrontières[2486]. Les impératifs de la simplification et de l'amélioration de la qualité du droit européen, tels que prescrits au sein de la stratégie « mieux légiférer » de l'UE[2487],

---

[2484] V. D. TALLON, « Vers un droit européen des contrats », Mélanges Colomer, 1993, p. 485. Comp. M. BEHAR-TOUCHAIS, M. CHAGNY (sous dir. de), *Livre Vert sur le droit européen des contrats. Les réponses du réseau TransEuropeExperts*, Société de Législation comparée, Collection Trans Europe Experts, vol. 1, 2011, p. 125 : « Là encore, la logique d'harmonisation et de réduction des couts voudrait que l'harmonisation soit totale et couvre les contrats nationaux comme les contrats transfrontaliers. »

[2485] En ce sens, v. par exemple M. STATHOPOULOS, « Des règles uniformes du droit privé au sein de l'Union européenne-Le rôle de la science juridique et du législateur », *in Mélanges Koumantos*, Sakkoulas, 2004, pp. 990 s., et not. p. 992. Comp. S. AUGENHOFER, « A European Civil law- for whom and what should it include, Reflections on the scope of Application of a future European legal instrument », *ERCL*, 2/2011, p. 195 et s. et not. p. 213, se référant à la portée d'un instrument optionnel en matière des contrats : « As the aim of an optional instrument is to lower transaction costs, thereby helping to complete the internal market, the optional instrument must be applicable to domestic contracts as well. Otherwise, neither businesses nor consumers will be spared the task of knowing more than one legal order as it seems unlikely that many businesses engage exclusively in cross-border transactions. » *Cf.* W. DORALT, « The Optional European Contract Law and why sucess or failure may dépend on scope rather than substance », *Max Plank Private Law Research Paper*, n° 11/9, disponible sur : <ssrn.com/abstract=1876451>, p. 13 et s., à propos de la portée sectorielle d'un instrument optionnel européen en matière des contrats : « A limited scope creates a new type of fragmentation. The fragmentation is, at this time precisely due to the fact that no single set of rules can be used throughout the EU for concluding and governing a contract. A new optional instrument only available for some types of contracts would do nothing but add another layer of possible complexity because necessarily businesses also operating with contracts outside the limited scope would have to run a dual system. » V. cependant Ch. TWIGG-FLESNER, « Good-Bye Harmonization by Directives, Hello Cross-Border Only Regulation? - A Way Forward for EU Consumer Contract Law », (February 24, 2011), *European Review of Contract Law*, Vol. 7, No. 2, 2011, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1786692>, p. 16, pour qui « compliance with two régimes might be much less burdensome than potential compliance with 28 schemes […] ».

[2486] À propos des difficultés liées à la définition des contrats transfrontières, v. par exemple, Ch. TWIGG-FLESNER, « Good-Bye Harmonization by Directives, Hello Cross-Border Only Regulation? - A Way Forward for EU Consumer Contract Law », (February 24, 2011), *European Review of Contract Law*, Vol. 7, No. 2, 2011, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1786692>, p. 10 s. ; M. BEHAR-TOUCHAIS, M. CHAGNY (sous dir. de), *Livre Vert sur le droit européen des contrats. Les réponses du réseau TransEuropeExperts*, Société de Législation comparée, Collection Trans Europe Experts, vol. 1, 2011, p. 28 ; C. ZOLYNSKI, N. MARTIAL-BRAZ (sous dir. de), *Réponse du réseau Trans Europe Experts Pôle droit de la propriété intellectuelle au Livre Vert sur La distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne COM (2011) 427 final*, novembre 2011, disponible sur : <www.transeuropeexperts.eu>, p. 154 : « Comme l'on peut le pressentir c'est la question de l'internationalité (véritable ou simplement intra-européenne) qui se pose ici et sa définition est malaisée. […] le futur instrument optionnel devrait non seulement préciser qu'il ne s'applique qu'aux contrats transfrontaliers mais aussi définir explicitement la notion de contrat transfrontalier, pour lever toute incertitude sur ce point. » De même, la distinction entre les contrats internes et les contrats transfrontières peut s'avérer problématique, surtout dans l'environnement en ligne. À propos de l'incertitude liée au caractère interne ou transfrontière des contrats conclus en ligne, v. par exemple, M. BEHAR-TOUCHAIS, M. CHAGNY (sous dir. de), *Livre Vert sur le droit européen des contrats. Les réponses du réseau TransEuropeExperts*, Société de Législation comparée, Collection Trans Europe Experts, vol. 1, 2011, p. 125 : « d'autant que, dans le contexte des contrats conclus en ligne, il peut être difficile pour un contractant de savoir si le contrat qu'il conclut est purement national ou au contraire transfrontalier. »

[2487] Cette politique est élaborée à partir du rapport « Mandelkern » (disponible sur le site : <http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf>) et mise en œuvre par le Livre blanc Gouvernance européenne, COM(2001)428 en 2001, la Communication de la Commission, Mieux légiférer**,** COM(2002)275 (2002), la Communication de la Commission, Plan d'action «Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire», COM(2002)278 (2002) et l' Accord interinstitutionnel «Mieux légiférer» (2003). Son dernier acte constitue la Communication de la Commission « Une réglementation *intelligente* au sein de l'Union européenne » du 8.10.2010 (COM(2010) 543 final, communiqué de presse IP/10/1296, « Réglementation intelligente : des lois européennes dans l'intérêt des citoyens et des entreprises », Bruxelles, le 8 octobre 2010. Pour l'historique de cette politique ainsi que les différents documents de travail, v. le site : < http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index_en.htm>. Pour un commentaire, v. parmi d'autres, A. PARICIO, « Mieux légiférer » : un objectif européen », *Courrier juridique des finances et de l'industrie* (*CJFI)*, 1/6/2008, pp. 61-64. *Adde* déjà Communication de la Commission, Codification de l'acquis communautaire, COM(2001)645 (2001) ; Communication de la Commission, Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne : une stratégie de simplification de l'environnement réglementaire, COM(2005)535 (2005). Sur cette dernière, v. C. CHAILLOUX, « La Commission programme une simplification massive de la législation Communautaire », *JCP G*, n° 46, 16 novembre 2005, act. 610.

appellent à l'abandon d'une distinction entre contrats internes et transfrontières lors de l'adoption d'une mesure juridique au niveau européen. Par ailleurs, il est significatif que le législateur européen n'ait pas considéré nécessaire de procéder à cette distinction pour respecter le principe de proportionnalité, comme l'atteste l'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation et en matière de droit des consommateurs[2488].

Ensuite, la « perturbation » des ordres et traditions juridiques des États membres causée par le remplacement des droits nationaux par une législation d'origine européenne ne semble pas inadéquate car elle touchera uniquement la législation spéciale de la propriété intellectuelle, législation défectueuse en matière de contrats d'exploitation, qui n'a pas de charge culturelle et émotionnelle forte[2489] par rapport aux autres domaines du droit privé, tels que le droit de la famille[2490]. Une mesure non-contraignante ou optionnelle se caractérise également par le risque d'ineffectivité de fait, en raison d'une absence de prise en considération ou de choix en faveur de celle-ci. Or, ce risque a des répercussions très importantes sur l'efficacité de la mesure en question à atteindre les objectifs envisagés. C'est pourquoi le recours à un instrument contraignant semblerait adéquat[2491]. Ajoutons que la détermination du contenu de la mesure juridique dans le but de préserver la diversité juridique, suivant l'impératif de l'*unitas in diversitas,* assurerait la conformité de ce dernier avec les différentes traditions juridiques des États membres et réduirait, ainsi, certainement le caractère intrusif de la mesure juridique adoptée[2492].

De même, l'aspect rénovateur de la mesure juridique envisagée ne dépasse pas nécessairement ce qui est approprié pour atteindre l'objectif envisagé. En pratique, la rénovation des droits nationaux pourrait être couverte par l'objectif de l'établissement du marché intérieur, dans l'objectif de

---

[2488] En matière du droit européen des consommateurs, v. S. VOGENAUER, « Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law ? », *ERCL*, Vol. 6, n° 2., 2010, p. 143-183 et not. p. 146 : « […] the EU consumer acquis […] currently also applies to transactions between parties based in the same member State. » ; Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, « Réponse à la commission européenne : à propos de la creation d'un droit europeen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », disponible sur : < http://www.henricapitant.org/sites/default/files/R%C3%A9ponse%20finale%20de%20l%27Association%20Henri%20Capitant%2031%2001%202011_0.pdf>, p. 5 s. ; Ch. TWIGG-FLESNER, « Good-Bye Harmonization by Directives, Hello Cross-Border Only Regulation? - A Way Forward for EU Consumer Contract Law », (February 24, 2011), *European Review of Contract Law*, Vol. 7, No. 2, 2011, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1786692>, p. 13 : « The Commission has made much of the fact that only harmonisation of national laws will encourage consumers to participate in the internal market […] ».

[2489] B. FAUVARQUE-COSSON, « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD Civ.*, 2002, p. 463 s., not. n° 27.

[2490] Comp. en ce sens, E. DACORONIA, « Vers un Code civil européen », *KritE*, 2/2001, p. 135 et s., et not. p. 143.

[2491] En ce sens, C. AUBERT De VINCELLES, « Acquis européen, cadre commun de référence et proposition de Directive européenne au droit des consommateurs : quelle place pour les contrats spéciaux ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 53 s. et not. p. 70 : « Le risque d'ineffectivité de fait de l'instrument, en raison d'une absence de choix en faveur de l'instrument européen faute de choix éclairé, pourrait conduire les institutions européennes à rendre cet instrument contraignant. »

[2492] En ce sens, C. SEMMELMANN, « Legal Principles in EU Law as an expression of a European Legal Culture Between Unity and Diversity », *Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2012/7*, mai 2012, disponible sur : <www.ssrn.com> : « Pluralism as a basis for bottom-up creation of general no doubt enhances legitimacy in its dimension of in-put legitimacy. »

« création d'une Union européenne sans cesse plus étroite », qui permet effectivement d'interpréter de façon extensive la compétence de l'Union dans cette matière[2493]. Par ailleurs, la CJUE a souligné qu'une fois la base légale pour l'adoption d'un instrument juridique européen soit trouvé, il n'y a pas de restrictions concernant les intérêts qui détermineront le contenu final des règles adoptées[2494].

En outre, la portée transversale de la mesure juridique contraignante envisagée n'est pas nécessairement contraire au principe de proportionnalité, comme le démontre l'adoption d'une Directive à portée horizontale en matière de protection (civile) des droits de propriété intellectuelle[2495]. Selon le considérant n° 31 de cette Directive, « conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. » En effet, comme nous l'avons vu, l'impact négatif du caractère non harmonisé des législations nationales des contrats d'exploitation touche l'ensemble des branches du droit de la propriété intellectuelle[2496]. De même, un acquis fragmenté et, a fortiori un acquis ultra-sectoriel, ne semble pas capable d'atteindre de manière efficace l'objectif d'établissement et de bon fonctionnement du marché intérieur dans le domaine des contrats d'exploitation, en raison de son caractère « *patchwork* »[2497]. En outre, une mesure à portée horizontale serait susceptible de

---

[2493] Sur ce point J. ZILLER, « The Legitimacy of the Codification of Contract Law in View of the Allocation of Competences between the European Union and its Member States », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 89 s. et not. p. 94 : « [T]he combination of Article 2 and the Preamble's 'ever closer union' rhetoric may in certain circumstances help to broaden the scope of those competences which clearly serve the underlined objectives […] ».

[2494] V. l'affaire *Swedish Match*, Aff. C-210/03, *Swedish Match AB, Swedish Match UK Ltd. v. Secretary of State for Health*, ECR I-11893, par. 31 s., cité par Rutgers p. 16, pour qui, « the ECJ has explicitly held that insofar as there was a competence on the basis of Article 95 EC, there were *no restrictions to the interests which determine the final content of the rules.* […] When this requirement was met, it was a policy choice of the European legislators which interests prevailed in the adopted rules. [nous soulignons] » Comp. S. WEATHERILL, « Constitutional Issues-How Much is Best Left Unsaid ? », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 89 s. et not. p. 90 : « So, the strict constitutional purpose of harmonization was rule-making designed to make an integrated market but its effect was to allocate to the EC level the competence to decide on the substance of the rules in question. So harmonization of contract law is not simply a technical process of market making ; it unavoidably means the shaping of species of European contract law. »

[2495] V. sur ce point le considérant n° 13 de la Directive 2004/48 : « Il est nécessaire de définir le champ d'application de la présente directive de la manière la plus large possible afin d'y inclure l'ensemble des droits de propriété intellectuelle couverts par les dispositions communautaires en la matière et/ou par la législation nationale de l'État membre concerné. » Comp. A. DIETZ, « The Harmonization of Copyright in the European Community », *IIC*, 1985, p. 379 s. et not. p. 410, à propos de la compétence de l'Union pour des mésures systématiques à portée ample : « In response to a basic objection which is not unknown to me, concerning where the EC should obtain jurisdiction for such a comprehensive and systematic harmonisation of copyright, I can only remark that there are already-as was described earlier- many such direct and indirect specific and broader-reaching attempts at harmonisation and unification or at least decisions (mostly negatively affecting copyright) within and also without the narrower institutional framework of the EEC Traty […] ».

[2496] V. *supra* n° 272.

[2497] Sur le lien entre la portée large d'une mesure juridique et de son efficacité à atteindre l'objectif du bon fonctionnement du marché intérieur, à propos des contrats d'exploitation d'auteur v. R.-M. HILTY, « Intellectual property and the European Community's Internal Market Legislation-Copyright in the Internal Market », *IIC*, 2004, p. 760 s. et not. p. 768 : « We would rather raise the problem whether one more piece of patchwork is indeed apt to achieve the ambitious aim of establishing and realising the European internal market in the field of copyright issues. » et *ibid.* p. 774: « In other words, if there seems to be a call for broader action, and even a potential need for discussion of more basic issues, would it not be more appropriate to take the copyright system as a whole and seek coherent, interrelated answers ? » ; L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. p. 525 : « In other

contribuer à l'élaboration d'un droit européen des contrats d'exploitation simple et cohérent[2498]. L'adoption d'une telle mesure serait alignée également avec la politique européenne de « mieux légiférer ». De manière similaire, le champ matériel de la mesure juridique contraignante[2499], couvrant les droits et obligations des parties au cours du cycle de vie du contrat, ne semble pas dépasser ce qui est nécessaire pour réaliser l'objectif envisagé[2500]. Ainsi, il semble qu'un droit des contrats d'exploitation est *a priori* un objet susceptible d'européanisation globale conformément au cadre institutionnel européen actuel.

520.- En conclusion, il n'est pas possible de nier d'emblée que l'Union européenne n'a pas compétence pour adopter une mesure juridique en vue de rapprocher les législations nationales des contrats d'exploitation afin d'assurer l'existence d'un droit des contrats d'exploitation rénové et homogène de la propriété intellectuelle dans le marché intérieur. Certes, la compétence de l'Union n'est pas dépourvue d'incertitudes et d'objections, liées notamment à la nécessité d'étayer de manière objective l'existence d'obstacles au bon fonctionnement du marché intérieur et à l'impératif de convaincre de la conformité de la mesure juridique envisagée, notamment avec le principe de proportionnalité.

---

words, to effectively address the issue of copyright contracts, the European legislator would have to intervene in copyright law on a very broad scale, or run the risk of adopting piecemeal and less satisfactory measures. In addition, any further harmonisation of the rules on copyright would risk leading to similar inconsistencies of implementation at the national level as the ones previously observed, whereby the expected level of harmonization would fail to be achieved. » Certes, la question de l'efficacité de la mesure juridique est également liée à la nature de l'instrument choisi. Sur cette question, v. *infra* n° 627 *sq*.

[2498] Comp. le considérant n° 2 de la Directive 2011/83/UE en matière de droit des consommateurs. *Adde* T. COOK, E. DERCLAYE, « An EU Copyright Code : What and How, if Ever ? », *Intellectual Property Quarterly*, n° 3, 2011, p. 259 s. et not. p. 263, note n° 24 qui etablissent un lien entre l'efficacité du regime européen uniforme et sa portée matérielle : « Of course, it all depends […] how comprehensive the Regulation is. »

[2499] Le même problème se poserait également dans l'hypothèse de l'adoption d'un instrument optionnel. V. en ce sens, C. AUBERT DE VINCELLES, « Les options « contraignantes » du livre vert (options 5, 6 et 7) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 115 et s. et not. pp. 123-124 : « L'inconvénient majeur résiderait dans l'inadéquation éventuelle du contenu du régime contraignant, mais cette question n'est pas spécifique aux régimes contraignants et se pose tout autant pour le régime optionnel.

[2500] Comp. S. AUGENHOFER, « A European Civil law- for whom and what should it include, Reflections on the scope of Application of a future European legal instrument », *ERCL*, 2/2011, p. 195 et s. et not. p. 214, pour qui le champ matériel étendu semble justifié pour éviter les effets indésirables d'un acquis fragmenté : « It would be more reasonable to introduce a general European contract law applicable to all types of contract, regardless of whether they involve cross-border or domestic transactions and governing the entire duration of a contract. Otherwise islands of European law would still float in national waters, making it burdensome for all legal subjects to obey the law. » ; Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil, relatif à un droit commun européen de la vente, 11.10.2011, COM(2011) 635 final, 2011/0284 (COD), {SEC(2011) 1165 final} {SEC(2011) 1166 final}, p. 10 s. : « En ce qui concerne le champ d'application matériel, la proposition contient des dispositions régissant les droits et obligations des parties au cours du cycle de vie du contrat, mais elle ne touche pas, par exemple, aux dispositions relatives à la représentation, qui sont moins susceptibles de faire l'objet d'un litige. »

§2.- Une période propice pour la (re)construction du droit des contrats d'exploitation dans une perspective européenne.

« *The definition of catastrophe is to have missed the opportunity.* »

-W. Benjamin

521.- Les conditions actuelles offrent un *momentum* pour la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation[2501]. D'une part, l'intérêt des Institutions européennes pour l'européanisation du droit des contrats et du droit de la propriété intellectuelle offre des conditions politiques favorables au projet du droit européen des contrats d'exploitation (A). D'autre part, l'expérience actuelle d'européanisation, acquise notamment ces dernières années en droit des contrats comme en droit de la propriété intellectuelle, constitue un précédent important et riche pour le projet de la construction d'un droit des contrats d'exploitation (B). Sur cette base, les perspectives de (re)construction du droit des contrats d'exploitation dans une optique européenne sont favorables et optimistes.

A.- La volonté des institutions européennes de l'européanisation du droit des contrats et du droit de la propriété intellectuelle.

522.- La réalisation du projet d'un droit européen des contrats d'exploitation dépend largement de la volonté politique des institutions impliquées. Cette volonté politique étant effective, les obstacles d'ordre technique qui sont liés, par exemple, au choix de base légale[2502] ou au respect du principe

---

[2501] En ce sens, J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., p. 109 : « This lack of harmonization is regrettable at a time when there appears to be a *momentum* for builiding a European contract law. » Comp. en matière de droit privé en général, G.-A. BENACCHIO, B. PASA, *A Common Law for Europe*, CEU Press, 2005, p. 284.

[2502] V. sur ce point S, NADAUD, *Recherche sur le processus de codification européenne du droit civil*, th. Limoges, 2007, n° 294, p 207 : « Pour madame B. Fauvarque-Cosson, si la question de la base juridique est souvent rapidement évacuée, c'est que pour certains, le moment venu, la compétence sera aisément établie au profit de l'Europe. » Comp. S. AUGENHOFER, « A European Civil law- for whom and what should it include, Reflections on the scope of Application of a future European legal instrument », *ERCL*, 2/2011, p. 195 et s. et not. p. 197, note n° 4 : « This article is based on the assumption that if member states agreed upon the introduction of a European Civil code, they could adapt the treaty accordingly. » Par ailleurs, la question de la compétence de l'Union fait l'objet des manipulations par des groupes de pression. En ce sens, v. M. WALTER, S. von LEWINSKI (sous dir. de), *European Copyright Law*, a commentary, Oxford University Press, 2010, n° 16.0. 96, p. 1500 : « One may observe a tendency to purport a lack of competence of th EU when a protective contractual law provision is to b adopted in favour of authors, while no one raises the question of competence when a contractual law provision in favour of exploitation businesses (such as a presumption of transfer) is at stake. »

de subsidiarité et de proportionnalité[2503] pourront être levés[2504]. À l'heure actuelle, la volonté politique pour l'européanisation du droit tant en matière de droit des contrats (1°) qu'en matière de propriété intellectuelle (2°) est dûment démontrée. Dès lors, un droit européen des contrats d'exploitation situé à l'*intersection* du droit des contrats et du droit de la propriété intellectuelle pourrait vraisemblablement bénéficier de ce double intérêt.

1°.- La volonté politique pour l'européanisation du droit des contrats.

523.- L'européanisation du droit des contrats, malgré son caractère « chimérique »[2505], reste toujours une question d'actualité pour l'agenda politique des Institutions européennes.

[2503] Sur le caractère éminemment politique du principe de subsidiarité et de proportionnalité, v. V. CONSTANTINESCO, « La « codification communautaire du droit privé, future Constitution civile de l'Europe ? » *in De code en code, Mélanges* en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, Dalloz, 2009, p. 111 s. et not. p. 131. Comp. à propos du respect du principe de subsidiarité, S. WEATHERILL, « Competence and European Private Law », *in* Ch. TWIGG-FLESNER (sous dir. de), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 58 s. et not. p. 64 : « the court has pushed the matter of subsidiarity towards the political debate and robbed it of much, if any, legal significance. In similar vein, the court's concern to allow the EU legislature a broad discretion in matters involving political, economic and social choices has served to limit the practical legal control exercised by the proportionality principle. »

[2504] V. en ce sens, à propos de l'élaboration d'un Code civil européen, C. WITZ, « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *Rec. Dalloz*, 2000, p. 79 s., sous D. : « Assurément, ces obstacles d'ordre technique pourront être levés si la volonté politique de se doter d'un Eurocode est effective. » ; M. BUSSANI, « A Streetcar Named Desire : The European Civil Code in the Global Legal Order », *Tulane Law Review*, vol. 83, 2009, p. 1083 et s., not. p. 1091 : « To be sure, any academic opposition to a European code is likely to be ineffective should the political conditions favour codification on both sides of the Channel. » ; S. WEATHERILL, « Competence and European Private Law », *in* Ch. TWIGG-FLESNER (sous dir. de), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 58 s. et not. p. 61 : « Some EU directives that harmonise national consumer contract law and thereby create a species of European consumer contract law were the product of a political consensus about the desirability of such development, and were not underpinned by the constitutionally pure market driven pedigree which seems to be demanded by the relevant provisions in the treaty. » ; à propos de l'harmonisation en matière de droit d'auteur, R.-M. HILTY, « Intellectual property and the European Community's Internal Market Legislation-Copyright in the Internal Market», *IIC*, 2004, p. 760 s. et not. p. 775 : « Harmonisation often depends on political opportunities […] » ; à propos d'un Code européen du droit d'auteur, v. Ph. JOUGLEUX, « The Plurality of Legal Systems in Copyright Law : An Obstacle to a European Codification ? », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 55 s. et not. p. 67 : « [T]he EU institutions have to redefine the doctrine of territoriality of IPRs and determine the precise content of the codification according to their competence. However, above all else, they must demonstrate the necessary political will to create a common vision of EU *copyright* law.» *Adde* B. MALLET-BRICOUT, « Les contrats de représentation ont-ils vocation à intégrer un futur cadre commun de référence ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 165 s. et not. p. 187.

[2505] Sur l'infléchissement du processus d'élaboration d'un CCR en matière des contrats vers un CCR dont la source principale sera le droit des contrats dans le domaine de la consommation v. Commission des Communautés européennes, Deuxième rapport sur l'état d'avancement du Cadre Commun de Référence (ci-après CCR), 25 juill. 2005, COM, 2007, final ; pour un commentaire, D. BLANC, « Droit européen des contrats : un processus en voie de dilution ? », *Rec. Dalloz*, 2008, p. 564 ; C. JAMIN, « Vers un droit européen des contrats ? » (réflexions sur une double stratégie), *RJ* com. 2006, p. 94 et s. ; C. MAISONNEUVE, « Approche historique du droit européen des contrats », *in* (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 27 et s. et not. p. 40 : « Le projet d'un Code européen semble donc reporté. La priorité est dorénavant donnée à la révision de l'acquis. » ; N. JANSEN, « The authority of an academic 'Draft Common Frame of Reference' », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 146 et s. et not. p. 148 : « Commission seems no longer to put much emphasis on the original CFR process. In a Green paper on the review of the consumer *acquis* of February 2009 a second project was announced, besides the CFR process, to review eight directives in the field of consumer contract law. At present this second and parallel project even enjoys priority. ». Sur la relation entre le CCR et le processus d'harmonisation en matière de droit des consommateurs, v. not. T. Q. de

Plus précisément, la Commission européenne, depuis l'année 2001, démontre régulièrement son intérêt pour un droit européen des contrats et l'européanisation du droit des contrats[2506] à travers ses communications. Pour ne donner que quelques récentes illustrations[2507], l'intention d'avancer le processus d'européanisation fait partie aussi bien de la Stratégie « Europe 2020 » du 3 mars 2010[2508] que de la stratégie numérique pour l'Europe, du 19 mai 2010[2509] et de l'Acte pour le marché unique[2510]. De même, le livre vert du juillet 2010, qui constitue un tournant important pour le processus d'européanisation du droit des contrats[2511], a contribué à la poursuite du processus en suggérant de manière indirecte[2512] l'adoption d'un instrument optionnel. Par ailleurs, il semble que la Commissaire V. Reding[2513] fasse du développement d'un droit européen des contrats une affaire personnelle ; la conjoncture actuelle constitue à cette fin un *momentum* politique[2514].

BOOYS, Ch. MAK, M.-W. HESSELINK, « A Comparison between the Provisions of the Draft Common Frame of Reference and the European Commission's proposal for a Consumer Rights Directive. How the CFR can Improve the Consumer Rights Directive », PE 419.608, oct. 2009, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/studies> ; J. LEVAYNE FAZEKAS, « Connection between the CFR and the Proposal for a Directive on Consumer Rights », *in* R. SCHULZE, *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, 2e éd., Sellier, 2009, p. 309 et s. Le processus d'européanisation du droit des contrats à l'heure actuelle a pris la forme d'une double harmonisation : la proposition de règlement instituant un instrument optionnel en matière de vente et l'adoption d'une directive cadre emportant harmonisation maximale en matière de droit des consommateurs. V. sur cette évolution, not. C. AUBERT de VINCELLES, « Double harmonisation du droit européen des contrats : instrument optionnel et directive cadre », *RTD eur.*, 2011, p. 621. Ce dernier infléchissement du processus montre également un changement de politique quant à la méthode d'harmonisation qui tient à l'adoption des règlements instituant un droit optionnel.

[2506] Sur ce point, voir à titre indicatif A. WIEWIOROWSKA-DOMAGALSKA, M. ZALESKI, « Towards a European Contract Law that Truly Serves European Citizens and Businesses », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, 197 et s. et les références y citées.

[2507] Pour une présentation de l'ensemble du processus v. not. C. MAISONNEUVE, « Approche historique du droit européen des contrats », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 27 et s. ; Th. CHIOU, « Droit européen des contrats: rêve, réalité ou cauchemar ? », *De jure Magazine*, n° 4, décembre 2010, disponible sur : <en.calameo.com/read/000310909080332bd1950> ; E. McKENDRICK, « Harmonisation of European Contract Law : The State We Are In », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 5 s. *Adde* pour l'historique plus recent, J. SENECHAL, « Quels contrats spéciaux pour quels futurs instruments en droit européen des contrats ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 17 s. et not. p. 17.

[2508] V. not. p. 21 : « Pour supprimer les blocages qui nuisent au marché unique, la Commission proposera les mesures suivantes : […]- rendre la signature de contrats avec des partenaires dans d'autres pays de l'Union plus facile et moins couteuse pour les entreprises et les consommateurs, notamment en proposant des solutions harmonisées au niveau des contrats conclus avec les consommateurs et des clauses contractuelles types européennes, et en avançant dans la voie d'un droit européen des contrats, à valeur facultative. »

[2509] « La Stratégie numérique pour l'Europe envisage un instrument facultatif relatif au droit européen des contrats pour remédier à la fragmentation du droit en la matière et susciter davantage de confiance dans le commerce électronique chez les consommateurs. »

[2510] Communication de la commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, L'Acte pour le marché unique, Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance, « Ensemble pour une nouvelle croissance », Bruxelles, le 13.4.2011, COM(2011) 206 final, p. 14 et 19.

[2511] Commission Européenne, Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, 1.7.2010, COM(2010) 348/3, p. 2 : « Le présent livre vert a pour objet d'exposer les actions envisageables pour consolider le marché intérieur en accomplissant des progrès dans le domaine du droit européen des contrats. »

[2512] V. à titre indicatif, B. FAUVARQUE-COSSON, J. ROCHFELD, préface *in* M. BEHAR-TOUCHAIS, M. CHAGNY, *Livre Vert sur le droit Européen des contrats. Réponses du Réseau TEE*, Collection Trans Europe Experts, vol. 1, 2010, p. VII, not. p. IX.

[2513] Voir par exemple V. REDING, « L'harmonisation du droit européen des contrats relancée », *Revue Lamy Droit Civil*, n° 75, oct. 2010, p. 61 : « La Commission européenne s'efforce de dégager des solutions dans le domaine du droit

524.- La Commission est suivie de près par le Conseil et le Parlement européen sur le processus d'européanisation du droit des contrats. En fait, le droit européen des contrats a été intégré au Programme de Stockholm définissant les priorités de l'action de l'Union européenne pour les années 2010-2014[2515], adopté le 10 décembre 2009 par la présidence suédoise[2516] du Conseil de l'Union européenne. A l'heure actuelle, la matière contractuelle figure dans le programme de dix-huit mois du Conseil allant du 1er juillet 2014 jusqu' au 31 décembre 2015[2517]. De manière similaire, le Parlement européen a été toujours très favorable au processus d'élaboration du droit européen des contrats[2518]. Par une résolution du 8 juin 2011, le PE a confirmé son soutien au processus d'européanisation « sur les actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises »[2519].

525.- L'intérêt politique de la Commission pour la construction d'un droit européen des contrats a mené jusqu'à présent à l'adoption de deux instruments juridiques[2520] : la Directive-cadre en matière de droit des consommateurs[2521] et la proposition de Règlement introduisant un instrument optionnel

---

des contrats pour rendre le marché unique plus accessible aux consommateurs et aux entreprises. […] C'est pourquoi la Commission a proposé différents moyens de rendre le droit des contrats plus cohérent, exposés dans le Livre vert adopté le 1er juillet. » ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen des contrats : quelles perspectives en Europe », Forum de TEE, Paris, 31 mars 2010, disponible sur : <www.transeuropexperts.eu/documents/AtelierContrat.pdf>, p. 6 et s., not. p. 8 : « En janvier 2010, dans ses diverses allocutions au Parlement européen, Madame Viviane Reding […] a annoncé que l'une de ses priorités serait de travailler à l'élaboration d'un droit européen des contrats […] ». *Adde* V. REDING, « The optional Common European Sales Law – Seizing the opportunity ! », Conference on European Contract Law, Warsaw, 10 November 2011, SPEECH/11/742.

2514 V. REDING, « The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers », Speech/11/411, Leuven, 3 juin 2011, disponible sur : <ec.europa.eu/commission_2010-2014/reding/pdf/speeches/speech_leuven_en.pdf>, *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 9 et s., p. 9 et s., not. p. 10, parlant de « moment of truth for European Contract Law et p. 12 parlant de « A new political *momentum* for European Contract Law ».

2515 « Programme de Stockholm - Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens », 14449/09 JAI 679, JOUE C 115, du 4/5/2010, p. 15 et s. ; Action Plan Implementing the Stockholm Programme, COM (2010) 171 final, 20/04/2010, p. 5 et p. 24. Pour une analyse d'ensemble sur le Programme de Stockholm, v. B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen des contrats : bilan et perspectives pour la prochaine décennie », *RDC*, 01 janvier 2010, n° 1, p. 316.

2516 Sur ce point v. B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen des contrats : quelles perspectives en Europe », Forum de TEE, Paris, 31 mars 2010, disponible sur : <www.transeuropexperts.eu/documents/AtelierContrat.pdf>, p. 6 et s. Sur le contexte du droit européen des contrats durant la Présidence française du Conseil de l'Union européenne v. J. GEST, « Les travaux préparatoires du projet de Cadre commun de référence sous la Présidence française du Conseil de l'Union européenne », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1431 et s. Les actes de la conférence sur le Cadre commun de référence pour le droit européen des contrats organisé par la présidence française en 2008, v. *RDC* 2009, p. 767-948.

2517 Voir le document n° 10948/1/14 REV 1 POLGEN 97 du 17 juin 2014 d'origine des présidences italienne, lettonne et luxembourgeoise, disponible sur : <italia2014.eu/fr/la-presidence-et-lue/programme-et-priorit%C3%A9s/le-programme-du-trio-de-pr%C3%A9sidences/>, p. 58.

2518 V. déjà la Résolution du 26 mai 1989, JO C 158 du 26.6.1989, p. 400. Voir aussi D. WALLIS, « Expectations for the fianal Common Frame of Référence », *in European Contract Law, Era Forum Spécial Issue 2008*, n° 9, supplément n° 1, septembre 2008, p. S7 s.

2519 2001/2013 (INI) : « Les députés soulignent qu'à la suite de la crise financière mondiale, il est plus important que jamais de mettre sur pied un régime européen cohérent du droit des contrats pour réaliser pleinement le potentiel du marché intérieur et aider ainsi à atteindre les objectifs d'Europe 2020. »

2520 C. AUBERT DE VINCELLES, « Double harmonisation du droit européen des contrats : instrument optionnel et directive cadre », *RTD eur.*, 2011, p. 621 s.

2521 V. C. CASTETS-RENARD, « La proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la construction d'un droit européen des contrats », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1158, *in fine* : « Plus symbolique que bouleversante, la future directive est sans doute néanmoins une étape essentielle dans la construction d'un droit européen des contrats. » ;

en matière de vente. Ajoutons que d'après l'état actuel du processus d'européanisation, l'intérêt des institutions européennes penche désormais[2522] plutôt vers l'européanisation du cadre juridique propre à certains contrats spéciaux[2523]. Étant donné le contexte et les évolutions actuelles, l'européanisation du droit des contrats va rester dans l'agenda des Institutions européennes dans le futur[2524]. Ceci étant, le projet d'un droit européen des contrats d'exploitation pourrait être attaché à cet agenda.

G. WICKER, « Propos Introductifs », *in* D. MAZEAUD, R. SCHULZE, G. WICKER, (sous dir. de), « L'amorce d'un droit européen du contrat. La proposition de Directive relative aux droits des consommateurs », Société de Législation Comparée, 2011, p. 7 s. et not. p. 7 : « De fait, si cette proposition de directive participe du mouvement de révision du droit communautaire de la consommation, elle peut encore être regardée comme une traduction, certes plus lointaine, plus indirecte, de l'aspiration des instances communautaires à un droit contractuel uniforme en Europe. »

[2522] En effet, au début du processus d'européanisation du droit des contrats, l'intérêt des Institutions européennes était plutôt concentré sur les règles générales et les contrats spéciaux n'étaient évoqués qu'à titre accessoire. Sur ce point, v. par exemple J. GEST, « Les travaux préparatoires du projet de Cadre commun de référence sous la Présidence française du Conseil de l'Union européenne », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1431 : « Les règles relatives aux contrats spéciaux (distinctes des règles communes à tous les contrats) hors champ du droit de la consommation ne devraient donc pas être incluses dans un premier temps dans le champ du CCR. » ; D. STAUDENMAYER, « Un instrument optionnel en droit européen des contrats », *RTD Civ.*, 2003 p. 629 et s. : « Néanmoins [le Plan d'action du 2003] laissa ouverte la question de savoir si un tel instrument devrait contenir uniquement des règles générales ou bien aussi des dispositions relative à certains types de contrats spécifiques. » Comp. aussi Commission Européenne, Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, 1.7.2010, COM(2010) 348/3, p. 13 : « En plus des dispositions sur le droit général des contrats, l'instrument pourrait comporter des dispositions spéciales applicables aux types de contrat les plus fréquents. Le contrat de vente de marchandises est le plus courant et le plus pertinent sous l'angle du marché intérieur. »

[2523] Comp. en ce sens la décision de la Commission du 17 janvier 2013 relative à la composition d'un Groupe d'Experts sur le droit européen du contrat d'assurance, (2013/C 16/03). *Adde* C. AUBERT De VINCELLES, « Acquis européen, cadre commun de référence et proposition de Directive européenne au droit des consommateurs : quelle place pour les contrats spéciaux ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 53 s. et not. p. 70, pour qui « tenant déjà une place importante dans l'espace contractuel européen, les contrats spéciaux sont appelés à jouer un rôle encore plus déterminant dans l'harmonisation du droit des contrats de demain. » Récemment les contrats d'informatique en nuage ont attiré l'attention de la Commission européenne, qui a pris certaines initiatives vers l'européanisation de ces contrats. Voir le site de la DG Justice de la Commision sur : <http://ec.europa.eu/justice/contract/index_fr.htm> : « En outre, le manque de clarté, la complexité et l'insécurité juridique des contrats dissuadent les professionnels et les particuliers d'utiliser les produits rendus possibles par l'informatique en nuage. Les réglementations nationales régissant les contrats semblent également inadaptées aux services d'informatique en nuage. » *Adde* le programme de dix-huit mois du Conseil allant du 1er juillet 2014 jusqu' au 31 décembre 2015 du Conseil de l'Union européenne, document n° 10948/1/14 REV 1 POLGEN 97 du 17 juin 2014 d'origine des présidences italienne, lettonne et luxembourgeoise, disponible sur : <italia2014.eu/fr/la-presidence-et-lue/programme-et-priorit%C3%A9s/le-programme-du-trio-de-pr%C3%A9sidences/>, p. 58.

[2524] M. STORME, « There is Nothing Like European Private Law 20 Years Later », *ERPL*, 2012, vol 1, *éditorial*, pp. 1-2, not. p. 2 : « I am convinced that the role of private law will therefore increase again in the next 20 years. » Comp. « Project Europe 2030 : Challenges and Opportunities », *Report to the European Council by the Reflection Group on the Future of the EU 2030*, mai 2010, disponible sur : <www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/en_web.pdf>, p. 50. Voir aussi le site de la DG Justice de la Commision sur : <http://ec.europa.eu/justice/contract/index_fr.htm> : « [L]a Commission a pris plusieurs initiatives dans le domaine du droit de la vente, du droit des contrats d'assurance et des contrats d'informatique en nuage, en vue de renforcer le marché unique ».

2°.- La volonté politique pour l'européanisation du droit de la propriété intellectuelle.

526.- L'européanisation du droit de la propriété intellectuelle a toujours été un élément important de l'agenda politique des institutions européennes[2525]. Le droit de la propriété intellectuelle fut un des premiers domaines de droit à avoir été harmonisé au niveau européen par intervention législative ou jurisprudentielle[2526]. L'intérêt politique pour l'européanisation du droit de la propriété intellectuelle s'est intensifié au cours des dernières années[2527]. En effet, la production et la diffusion des connaissances et d'innovation dans le marché unique entretiennent un lien direct avec les objectifs plus larges de la stratégie de Lisbonne[2528]. Ainsi, même avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la nécessité de favoriser la libre circulation de la connaissance et de l'innovation au sein du marché intérieur, appelée « cinquième liberté »[2529], a été soulignée plusieurs fois par les Institutions européennes, afin de transformer le marché unique en une économie fondée sur l'innovation et la connaissance[2530]. Le droit de propriété intellectuelle, intimement lié à la créativité et à l'innovation, a été appelé à participer à la création d'une « Europe de l'innovation ». Dans ce contexte, le droit de la propriété intellectuelle a constitué une composante essentielle de la politique

---

[2525] Comp. R. M. HILTY, « Intellectual property and the European Community's Internal Market Legislation-Copyright in the Internal Market », *IIC*, 2004, p. 760 s., pour qui, « copyright is a favourite child in Europe. Within approximately 10 years, the European Union has devoted no less than seven Directives to copyright issues. »

[2526] Voir sur ce point par exemple H. COHEN-JEHORAM, « Harmonising Intellectual Property Law Within the European Community », *ICC*, 1992, p. 662 et s. ; A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, préface : « Intellectual property law has been harmonised by EU law to a considerable extent. […] [I]ntellectual property law has always been in the vanguard of EU harmonization […] ». Pour un panorama, voir par exemple, T. COOK, *EU intellectual property law*, Oxford Univ. Press, 2010 ; J. SCHAPIRA *et al.*, *Droit européen des affaires*, Tome 1, 5e éd., Puf, 1999, p. 456 s. ; Ch. GEIGER, E. PY, « La législation communautaire en matière de propriété intellectuelle et le rôle du parlement européen, étude synthétique », Strasbourg, mai 2009. Disponible sur : <www.ceipi.edu> ; V.-L. BENABOU, « Le processus d'harmonisation en droit d'auteur », *Jurisclasseur, Propriété littéraire et artistique*, Fasc. n° 1840. Comp. le rôle de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI) dans l'européanisation du droit de la propriété intellectuelle. Sur ce point v. par exemple F. GIOIA, « Alicante and the harmonisation of Intellectual Property Law in Europe : Trade marks and beyond », *Common Market Law Review*, n° 41, 2004, pp. 975-1003.

[2527] Sur la distinction entre une volonté européenne et une vraie politique européenne en matière de droit de la propriété intellectuelle v. M. VIVANT, T. SUEUR *et alii.*, « Une Europe de la propriété industrielle ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, entretien 1.

[2528] Pour une présentation de cette stratégie, v. par exemple E. PANAGIOTIDOU, *Recherche-Innovation*, Sakkoulas, 2008, p. 1 s.

[2529] V. en ce sens not. Commission Européenne, Livre Vert sur Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance, COM(2008) 466/3, p. 3 ; Communication de la Commission, 19.10.2009, *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, COM(2009) 532 final, p. 1. ; Communication de la Commission du 20.11.2007, « Un marché unique pour l'Europe du 21e siècle », COM(2007) 724 final, p. 10.

[2530] V. not. Communication de la Commission du 20.11.2007, Un marché unique pour l'Europe du 21e siècle, COM(2007) 724 final, p. 9 : « Conçu à l'origine pour une économie basée sur les produits de base et les biens manufacturés, le marché unique doit s'adapter afin d'encourager l'ouverture et l'intégration dans une économie fondée sur la connaissance […] ». ; Commission Européenne, Livre Vert sur Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance, COM(2008) 466/3, p. 9 : « Le marché unique peut être une plateforme pour stimuler l'innovation en Europe. »

communautaire de l'immatériel[2531] et de la recherche innovante[2532], en vue d'encourager et faciliter la circulation des idées et de l'innovation[2533].

527.- Ainsi, la création d'une Union pour l'innovation constitue un objectif stratégique pour l'Europe de demain[2534]. De son côté, le droit de la propriété intellectuelle en Europe forme une « condition-cadre ». Ceci étant, la prise de mesures juridiques au niveau européen visant sa modernisation et son adaptation aux exigences d'une économie de l'innovation contribue à la réalisation de cet objectif stratégique[2535]. L'objectif stratégique de créer une Union pour l'innovation passe par la création d'un marché unique de l'innovation[2536]. Le lien entre la création d'un marché unique de l'innovation et l'européanisation du droit de la propriété intellectuelle a été dûment souligné par les autorités européennes. Ainsi, selon l' « Acte pour le marché unique »[2537], les mesures visant la protection des droits de propriété intellectuelle et l'amélioration (et intégration) de leur régime juridique constituent, entre autres, des actions clé à entreprendre au sein

---

[2531] M. LEVY, J.– P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain,* Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, La Documentation française, nov. 2006. Disponible sur <www.minefi.gouv.fr/directions_services/sircom/technologies_info/immateriel/immateriel.pdf>, p. 125 et p. 143.

[2532] E. PANAGIOTIDOU, *Recherche-Innovation*, Sakkoulas, 2008, p. 10.

[2533] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au comité économique et social européen, Une stratégie dans le domaine des droits de propriété industrielle pour l'Europe, COM(2008) 465 final, Bruxelles, le 16.7.2008, p. 5 : « Le système de propriété intellectuelle doit continuer à encourager l'innovation […] un tel système doit être […] équilibré, en récompensant la véritable création intellectuelle et en *facilitant la circulation des idées et de l'innovation*. » La circulation de la connaissance et de l'innovation *via* le droit de la propriété intellectuelle explique également l'enchevauchèrent des directives en matière de propriété intellectuelle avec l'harmonisation européenne en matière de droit des consommateurs, v. en ce sens, Livre vert consommation 2007 : «Étant donné l'ampleur des domaines couverts par l'acquis en matière de protection des consommateurs et les recoupements avec d'autres directives concernant le marché intérieur, il conviendra d'évaluer les répercussions des mesures éventuellement proposées à la suite du présent livre vert sur des domaines tels que le commerce électronique et *les droits de propriété intellectuelle*. »

[2534] Communication de la Commission, 3.3.2010, EUROPE 2020 Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive, COM(2010) 2020, p. 12, complétée par la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Bruxelles, 6.10.2010, Initiative phare Europe 2020, Une Union de l'innovation, COM(2010) 546 final.

[2535] Sur ce point, v. Communication de la Commission, 3.3.2010, EUROPE 2020 Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive, COM(2010) 2020, p. 12 : « A l'échelon de l'Union, la Commission s'efforcera d'*améliorer* les conditions-cadres permettant aux entreprises d'innover (notamment créer un brevet européen unique et une juridiction spécialisée en matière de brevets, moderniser le cadre relatif aux droits d'auteur et aux marques commerciales, améliorer l'accès des PME à la protection de la PI […]) ». Sur le lien entre la réalisation d'une Europe de l'innovation et l'adoption d'un titre unitaire de brevet, v. Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection par brevet unitaire, Bruxelles, le 13.4.2011, COM(2011) 215 final, p. 1 : « La stratégie Europe 2020 et l'Acte pour le marché unique font tous deux de la création d'une économie fondée sur la connaissance et l'innovation une priorité. Ces deux initiatives visent *à mettre en place un environnement plus propice à l'innovation* pour les entreprises en créant à la fois une protection par brevet unitaire dans les États membres et un système européen unifié de règlement des litiges en matière de brevets. » Déjà dans Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Bruxelles, 6.10.2010, *Initiative phare Europe 2020, Une Union de l'innovation*, COM(2010) 546 final, p. 17 : « [le brevet unitaire] doit donc être adopté sans délai afin de démontrer la ferme volonté de l'UE de devenir une Union de l'innovation. »

[2536] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Bruxelles, 6.10.2010, Initiative phare Europe 2020, Une Union de l'innovation, COM(2010) 546 final, p. 17 et s., « Réaliser un marché unique de l'innovation ».

[2537] Communication de la commission au parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, L'Acte pour le marché unique, Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance, « Ensemble pour une nouvelle croissance » Bruxelles, le 13.4.2011, COM(2011) 206 final, pp. 8-9.

du marché unique, afin de stimuler la croissance économique et de s'adapter à l'économie de demain[2538]. De même, plus récemment, une communication particulière a été consacrée à l'adoption d'une stratégie globale visant à créer un marché unique des droits de propriété intellectuelle[2539]. Cette stratégie constitue une sorte de plan d'action relatif à l'européanisation du droit de la propriété intellectuelle pour les années à venir afin de favoriser l'Union et le marché unique de l'innovation[2540]. Dans ce contexte, la propriété intellectuelle constitue un domaine-clé pour l'Europe de demain.

528.- L'intérêt stratégique des Institutions européennes de créer un marché unique de l'innovation et des droits de propriété intellectuelle porte également sur les contrats d'exploitation, véhicules par excellence d'innovation et de connaissances[2541]. Le besoin d'un cadre opérationnel pour la commercialisation et la diffusion des propriétés intellectuelles par le biais des contrats a été confirmé implicitement[2542] et explicitement, par les Institutions européennes, surtout en matière de licences multi-territoriales de droits d'auteur[2543].

[2538] V. *supra* n° 278 *sq.* à propos de la transformation de l'économie européenne à une économie basée sur l'innovation et la créativité.

[2539] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix, Bruxelles, le 24.5.2011, COM (2011) 287 final.

[2540] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix, Bruxelles, le 24.5.2011, COM (2011) 287 final, p. 1 : « La mise en place d'un marché unique pleinement intégré pour les droits de propriété intellectuelle (DPI) représente l'un des moyens les plus concrets de libérer le potentiel d'innovation et de créativité de l'Europe et de lui permettre de convertir les idées en croissance économique et en emplois de qualité. » Cette communication a été qualifiée comme un signe positif pour la mise en place d'une vraie politique européenne en matière de propriété intellectuelle. V. M. VIVANT, T. SUEUR *et alii*., « Une Europe de la propriété industrielle ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, entretien 1.

[2541] Pour une présentation v. S. von LEWINSKI, « Copyright in a Borderless Online Environment : EU Cross-Border Licensing of Rights », *in* J. AXHAM (sous dir. de), *Copyright in a borderless online environment*, The Institute for Legal Research, Norstedts Juridik, 2012, p. 101 s. et not. pp. 101-102 : « [I]t should be noted that cross-border licensing has been of concern to the European Commission. » *Adde* J. De WERRA, « La création d'un droit européen des contrats de licence : quelques réflexions sur l'arrêt *Pie Optiek* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris (LexisNexis) 2014, p. 801-811 et not. p. 801 : « Même s'il ne s'agit pas d'un sujet prioritaire du droit européen de la propriété intellectuelle, force est de constater que les licences de droits de propriété intellectuelle apparaissent régulièrement sur l'agenda des autorités européennes. »

[2542] B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 10 : « Although the contractual practices regarding the transfer of the author's rights to exploiters are generally not regulated at the European level, the importance of contractual agreements as a means to determine the conditions of use of protected works and performances clearly *transpires* from the text of some of the directives adopted in the field of copyright and related rights. »

[2543] V. not. Communication de la Commission, 3.3.2010, EUROPE 2020 Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive, COM(2010) 2020, pp. 11- 12 : « Initiative phare : « Une croissance intelligente signifie renforcer le rôle de la connaissance et de l'innovation comme moteur de notre future croissance. Cela requiert […] la promotion du transfert d'innovation et de connaissances à travers l'Union. […] Tous les maillons de la chaîne de l'innovation doivent être renforcés, de la recherche fondamentale à la commercialisation. » ; Une stratégie numérique pour l'Europe, COM(2010) 245 du 19.5.2010, p. 11 ; Commission Européenne, Livre Vert, *Libérer le potentiel des industries culturelles et créatives*, COM(2010) 183/3, p. 9 : « Dans le cadre que créera la stratégie numérique pour l'Europe, la Commission s'attachera, entre autres, à créer un véritable marché unique des contenus et services en ligne ([…] cadre réglementaire équilibré pour la gestion des droits de propriété intellectuelle […]) ; L'Acte pour le marché unique,

529.- À l'heure actuelle, l'intérêt politique pour l'européanisation dans ce domaine est assez vif[2544]. Au-delà de la Directive sur la gestion collective et les licences multi-territoriales, une nouvelle communication de la Commission est venue confirmer l'intérêt pour un cadre juridique moderne des contrats d'exploitation des contenus protégés en ligne[2545]. D'après celle-ci, « l'un des objectifs de la Commission est de veiller à ce que les pratiques en matière de droit d'auteur et de droits voisins du droit d'auteur, telles que l'octroi de licences, restent adaptées au nouvel environnement numérique. »[2546] En outre, dans le cadre d'un processus baptisé « Licences for Europe »[2547], la

---

Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance, « Ensemble pour une nouvelle croissance », Bruxelles, le 13.4.2011, COM(2011) 206 final, p. 8 : « Un cadre réglementaire sera mis en place qui *protège* ces droits d'une manière efficace et dans le respect des droits fondamentaux. Ce cadre qui doit *assurer en même temps la diffusion des informations*, des produits et des services, ainsi que le respect du droit de la concurrence, devra constituer l'une des premières priorités de l'UE ». *Ibid. ed. loc.* sur la modernisation du cadre des licences multi-territoriales : « À l'ère de l'internet, la gestion collective doit pouvoir évoluer vers des modèles européens qui facilitent les licences couvrant plusieurs territoires pour une multitude de services en ligne, tout en assurant un haut niveau de protection pour les ayants-droit. Cette nouvelle flexibilité d'un cadre législatif renouvelé permettra de nouveaux modèles commerciaux entrainant *une diffusion* large et ciblée des *contenus créatifs* à des consommateurs plus mobiles. » ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix, Bruxelles, le 24.5.2011, COM (2011) 287 final, p. 11 et s., se référant à la création d'un cadre global pour les droits d'auteur dans le marché unique numérique : « Dans le contexte du marché unique numérique, la rationalisation de l'octroi des droits et de la distribution des recettes est donc l'un des principaux défis à relever. » ; *Ibid. eod. loc.* parlant de « réglementation appropriée des droits d'auteur, qui facilite la commercialisation des droits et la diffusion des œuvres dans le cadre d'un marché unique numérique. ». En complétant la stratégie du mai 2011, v. le Livre Vert de la Commission du 13.7.2011, sur *la distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne - Vers un marché unique du numérique : possibilités et obstacles*, COM(2011) 427 final. Déjà Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, la gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur, Bruxelles, le 16.04.2004, COM(2004) 261 final, p. 13 : « *Un cadre opérationnel pour la gestion* et la *commercialisation du droit d'auteur* et des droits voisins, à la fois au niveau individuel et collectif, est une *condition préalable* pour la sauvegarde et le plein développement du potentiel que représente la propriété intellectuelle pour la créativité […] » *Adde* Protocole d'accord sur les Œuvres indisponibles dans le commerce, Bruxelles, septembre 2011, disponible sur : <http://ec.europa.eu/internal_market/*copyright*/docs/*copyright*-infso/20110920-mou_en.pdf>.

V. aussi Résolution du Parlement européen du 5 mai 2010 sur un nouvel agenda numérique pour l'Europe: 2015.eu, Un nouvel agenda numérique pour l'Europe: 2015.eu (2009/2225(INI)), Journal Officiel du 15 mars 2011 - Numéro C 81E - Page 45 s., n° 47 : estime que l'Union européenne, compte tenu de l'apparition de nouvelles technologies et de nouveaux modes de mise à disposition des contenus numériques ainsi que de l'évolution du comportement des consommateurs, doit promouvoir des politiques de l'offre et envisager la poursuite de l'élaboration de règles propres applicables aux contrats de licence et à l'acquittement des droits d'auteur; demande un système transparent, amélioré, plus efficace et plus cohérent pour la gestion et l'autorisation des droits relatifs aux œuvres musicales et audiovisuelles et plus de transparence et de concurrence entre les organismes de gestion des droits »

Par ailleurs, « any regulatory measures taken to harmonize *copyright* law at the European level must regulate the status of copyright transactions », J. De WERRA, « An essential Brick in the Building of European Copyright : Regulation of Copyright Transactions », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 259 s. et not. pp. 260-261. V. aussi *ibid.* p. 281 : « This constitutes an essential brick in the building of European copyright. »

[2544] V. en ce sens, v. B. HUGENHOLTZ, « Harmonisation of Unification of EU Copyright Law », *in* J. AXHAMN (sous dir. de), *Copyright in a borderless online environment*, Nodstedts Juridik, 2012, p. 189 s. et not. p. 201, faisant référence à la volonté de la Commission à promouvoir les licences multi-territoriales. Certes, il ne s'agit pas d'un sujet prioritaire. En ce sens J. De WERRA, « La création d'un droit européen des contrats de licence : quelques réflexions sur l'arrêt *Pie Optiek* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris (LexisNexis) 2014, p. 801-811 et not. p. 801 ; A. STROWEL, « European copyright : beyond the additions made by the European Court of Justice, some pieces are still missing » *in* M.-C. JANSSENS (sous dir. de), *Harmonisation of European IP law : from European rules to Belgian law and practice. Contributions in honour of Frank Gotzen*, Bruylant-Larcier, 2012, p. 73 s. et not. p. 90 : « [T]he European Commission is not likely to propose something on (individual) licensing in the near future. »

[2545] Communication de la Commission, *sur le contenu dans le marché unique numérique*, Bruxelles, le 18.12.2012, COM(2012) 789 final.

[2546] *Ibid.* p. 1.

Commission vise à établir un débat pour proposer, entre autres, des propositions de reforme législative « afin d'adapter à l'ère numérique la législation et les pratiques de l'UE en matière de droit d'auteur. »[2548]

530.- Selon ce qui a été précédemment exposé, les perspectives du projet d'un droit européen des contrats d'exploitation dans l'« ère de l'européanisation du droit de la propriété intellectuelle » sont certainement assez favorables[2549]. En effet, le climat actuel est favorable à l'intégration de la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation aux objectifs stratégiques de l'Union européenne pour une Europe de l'innovation et de la propriété intellectuelle.

B.- Le précedent de l'européanisation d'origine doctrinale.

531.- Au-delà de la volonté politique de la part des institutions européennes, le contexte actuel semble favorable au projet de construction d'un droit européen des contrats d'exploitation pour une raison supplémentaire. En pratique, l'expérience[2550] d'européanisationd'origine doctrinale en droit des contrats et de propriété intellectuelle (1°) constitue un précédent important, dont l'apport est assez utile pour la réalisation du projet de construction d'un droit européen des contrats d'exploitation à plusieurs égards (2°).

[2547] Voir *supra* n° 141.

[2548] *Ibid*. p. 3. V. aussi le site web <http://ec.europa.eu/licences-for-europe-dialogue/>. Voir aussi *supra* [Ch.2]. Plus réservé A. STROWEL, « Towards a European Copyright Law : Four issues to consider » *in* E. STAMATOUDI, P. TORREMANS, *EU Copyright Law. A Commentary*, Edward Elgar, 2014, n° 21.01 s, p. 1127 s. et not. n° 21.32, p. 1138 : « It even not clear whether 'Licences for Europe' is at all focused on addressing contractual issues in Europe […] » et *ibid.* : « The content of the 'Licences for Europe' initiative shows that the political agenda for copyright reform is largely determined by sector-specific concerns which do not have much to do with a true review of copyright licensing rules. This is unsatisfactory. More should be done in the light of the existing divergences between copyright contract rules throughtout the EU ».

[2549] Comp. A. OHLY, « The quest for Common Principles of European Intellectual Property Law- Useful, Futile, Dangerous ? » *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 3 et s. et not. p. 3 : « In Europe, the most recent decades, however, should probably termed the age of Europeanization. […] [F]urther harmonization does not seem a utopian prospect. »

[2550] À propos de l'expérience d'européanisation v. *Cf.* U. MATTEI, « Basics first please ! A critique of some recent priorities shown by the Commission's Action Plan » *in* A. HARTKAMP *et al.* (sous dir. de), *Towards a European Civil Code*, 3e éd., 2004, Ars Aequi Libre/Kluwer Law International, p. 297 s. et not. p. 304 : « The European codification process is an exercise of learning by doing. »

1°.- L'expérience actuelle d'européanisation en droit des contrats et de la propriété intellectuelle.

a.- L'intérêt scientifique pour un droit européen des contrats.

532.- Même si l'idée d'un droit européen des contrats est assez ancienne[2551], c'est au cours de la décennie précédente qu'elle a occupé une place centrale dans les débats scientifiques concernant le droit des contrats[2552]. L'intensité de l'intérêt scientifique ces dernières années a mené certains à reconnaître un domaine juridique particulier[2553]. À l'heure actuelle, plusieurs travaux doctrinaux au volume impressionnant en matière de droit européen des contrats ont vu le jour, tels que les Principes Lando[2554], le DCRF[2555], le Code Gandolfi[2556], ou les travaux du groupe Association H. Capitant des Amis de la Culture Juridique Française/Société de législation comparée[2557] pour ne citer que les plus importants. De même, un grand nombre de projets académiques sont toujours en

---

[2551] Nous pouvons mentionner ici la constitution de la « Commission pour le droit européen des contrats », sous la présidence de Ole Lando en 1974. Sur ce point v. par exemple, C. MAISONNEUVE, « Approche historique du droit européen des contrats », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 27 et s. p. 30 s. ; B. DEFFAINS, « Nécessité économique d'une harmonisation du droit des contrats en Europe », *in* R. CABRILLAC, D. MAZEAUD, A. PRÜM, *« Le contrat en Europe aujourd'hui et demain »*, Colloque du 22 juin 2007, Société de législation comparée, 2008, p. 85 s., not. p. 85 : « La question de l'harmonisation du droit des contrats répond à une préoccupation ancienne comme le prouve les travaux des Commission Lando ou von Bar, les principes Unidroit ou encore les réflexions autour du projet de Code civil européen. »

[2552] R. SCHULZE, « Problèmes et perspectives du droit européen des contrats-introduction », *in* G. MÄSCH, D. MAZEAUD, R. SCHULZE, *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Sellier, sept. 2009, p. 5.

[2553] V. sur ce point V. CONSTANTINESCO, « La « codification communautaire du droit privé, future Constitution civile de l'Europe ? » *in De code en code*, *Mélanges* en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, Dalloz, 2009, p. 111 s. et not. p. 117.

[2554] Commission pour le Droit européen du contrat, *Les Principes du droit européen du contrat* : l'exécution, *l'inexécution et ses suites*, version française, Isabelle de Lamberterie, Georges Rouhette, Denis Tallon La Documentation française, 1997 ; Commission pour le droit européen du contrat, *Principes du droit européen du contrat*, version française prép. par Georges Rouhette, avec le concours de Isabelle de Lamberterie, Denis Tallon, Claude Witz, Société de législation comparée, 2003.

[2555]Ch. Von BAR, (sous dir. de), *Principles, definitions and model rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Sellier, 2009 et Ch. Von BAR (sous dir. de), *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Sellier, 2009 ; Ch. Von BAR, « Le groupe d'études sur un Code civil européen », *RID Comp.*, 2001, p. 127.

[2556] ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPEENS, *Code européen des contrats, Avant-projet, Coordinateur Giuseppe Gandolfi, Livre premier*, Edition de poche revue et corrigée par Lucilla Gatt, Professeur à l'Université de Naples 2, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 2004 ; Académie des Privatistes Européens, *Code européen des contrats*, Avant-projet, Coordinateur Giuseppe Gandolfi, Livre deuxième, 1, Vente et contrats collatéraux, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 2007 ; G. GANDOLFI, « Le Code européen des contrats », *in* R. CABRILLAC, D. MAZEAUD, A. PRÜM, « Le contrat en Europe aujourd'hui et demain », Colloque du 22 juin 2007, Société de législation comparée, 2008, p. 115 s.

[2557] *Terminologie contractuelle commune : projet de cadre commun de référence*, Coll. Droit privé comparé et européen, vol. 6, 2008 ; *Principes contractuels communs, Projet de cadre commun de référence*, Coll. Droit privé comparé et européen, vol 7, 2008. Sur ces travaux v. not. D. MAZEAUD, « La terminologie commune et les principes directeurs du droit des contrats » *in European Contract Law, Era Forum Spécial Issue 2008*, n° 9, supplément n° 1, septembre 2008, p. S38 s. ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Les travaux du groupe Association H. Capitant des Amis de la Culture Juridique Française/Société de législation comparée : terminologie, principes directeurs et révision des Principes du droit européen du contrat », *in European Contract Law, Era Forum Spécial Issue 2008*, n° 9, supplément n° 1, septembre 2008, p. S51 s.

cours[2558] et produisent de nouveaux travaux en la matière[2559]. Les publications scientifiques en la matière sont désormais régulières[2560]. L'existence des revues spécialisées est à relever[2561]. Aussi, le droit européen des contrats d'exploitation fait l'objet de débats doctrinaux au niveau national[2562]. Ajoutons que l'enseignement juridique supérieur a été également touché par le courant du droit

---

[2558] Pour une présentation, v. C. MAISONNEUVE, « Approche historique du droit européen des contrats », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 27 et s. et not. p. 32 s. Certes, d'autres groupes de recherche ayant joué un rôle ont cessé leur activité. Il s'agit notamment du « Study Group on a European Civil Code » de m. Von Bar qui, après la publication du *DCFR* et des PEL series, a cessé son activité, v. sur le site : < www.sgecc.net>.

[2559] Par exemple, les groupes « SECOLA » (<www.secola.org>) ou le groupe « Common Core » (<www.common-core.org/index.php?option=com_content&view=article&id=98&Itemid=74> : 18e rencontre) organisent des rencontres régulières. De même, le « Acquis-Group » a récemment publié un nouveau ouvrage sous le titre « Contract III, Contract III : General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel, Payment Services, Consumer Credit and Commercial Agency Contracts », Sellier, 2012 (alors que le site officiel du groupe <www.acquis-group.org> semble être inactif depuis 2009. Par ailleurs, la partie relative aux « contrats de coopération » au sein du Code européen des contrats du projet « Gandolfi » est toujours pendante, v. les sites : <www.eurcontrats.eu> et <www.accademiagiusprivatistieuropei.it>.

[2560] B. FAUVARQUE-COSSON, *The rise of Comparative Law* : *a Challenge for Legal Education in Europe*, Walter van Gerven Lectures n° 7, Europa Law Publishing, 2007, p. 10 : « A number of collective works-groundbraking at their time of publication- are now regularly republished. » ; J. SMITS, « Convergence of Private Law in Europe : Towards a New Ius Commune », *in* E. ÖRÜCÜ, D. NELKEN, *Comparative law: a handbook*, Hart Publishing, 2007, pp. 219-240, disponible sur SSRN: <ssrn.com/abstract-1111593>, p. 231 : « [L]egal scholarship has Europeanised enormously since the 1990s. » ; R. SCHULZE, « European Private Law : Political Foundations and Current Challenges », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 293 s. et not. p. 298 : « a change has already taken place in Europe over recent years. »

[2561] Par exemple la *European Review of Private Law* et la *European Review of Contract Law*, toutes les deux étant anglophones. Nous pouvons rajouter également des revues non anglophones telles que la *Europa e diritto privato* (en italien) ou la *Zeitshrift fuer Europaeisches Privatercht* (en allemand), citées également par R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'européanisation du droit privé », *RTD Civ.*, 2007, p. 451 s. Rappr. le très récent *Journal of European Consumer and Market Law*, de portée limitée au droit européen des consommateurs.

[2562] Voir ainsi, à titre indicatif parmi l'abondante bibliographie française, B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen des contrats : bilan et perspectives pour la prochaine décennie », *Revue des contrats*, 01 janvier 2010 n° 1, p. 316 ; *idem*, « Droit européen des contrats : les offres sont faites, les dés non encore jetés », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 556 ; *idem*, « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 96 ; K. GARCIA, *Le droit civil européen*, Larcier, 2008 ; D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2959 ; A. MARAIS, « Le Code européen de la consommation, premier acte du Code européen des contrats ? », *Revue des contrats*, 01 juillet 2007 n° 3, p. 901. D. BLANC, J. DEROULEZ, « La longue marche vers un droit européen des contrats », *Rec. Dalloz*, 2007, p. 1615. ; C. PRIETO, « Un Code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique », *Petites affiches*, 07 mai 2004, n° 92, p. 19 ; H. LEMAIRE, A. MAURIN, « Droit français et principes du droit européen des contrats » (Commission Lando), *Petites affiches*, 07 mai 2004, n° 92, p. 38 ; C. PRIETO, (sous dir.) *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003 ; *idem*, « Une culture contractuelle commune en Europe », *Droit 21*, 2003, ER 001 ; B. FAUVARQUE-COSSON (sous dir. de), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Société de législation comparée, 2003 ; C. JAMIN, D. MAZEAUD, *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001 ; P. VAREILLES- SOMMIERES (sour dir.), *Le droit privé européen : actes du colloque organisé à Reims sous les auspices du Centre de recherche en droit des affaires, Université de Reims Champagne-Ardenne, les 30 janvier et 1er février 1997 sous le titre "Un droit privé pour l'Union européenne?*, Economica, 1998.

Pour la bibliographie grecque, voir not. Ch. THANOPOULOU, *Contenu et forme juridique du droit européen des contrats*, Sakkoulas, 2013 ; E. DACORONIA, « Cadre commun de référence : les nouveaux règles-modèles du droit européen privé, Intervention à l'Institut grec du droit international et étranger, 1er février 2010, disponible sur : <www.hiifl.gr/wp-content/uploads/Dakoronia-Final1.pdf> ; *EfAD*, 2010, p. 497 et s. ; E. DACORONIA, « Vers un Code civil européen », *KritE*, 2/2001, p. 135 et s. ; G. ARNOKOUROS, « Code civil européen. Vision, méthode et évolutions », *ChrID*, A/2001, pp. 491-499 ; A. GEORGIADIS, « L'harmonisation du droit privé en Europe », *NoV*, n° 42, 1995, p. 325 et s. ; P. KORNILAKIS, « Le projet pour un droit européen des obligations (approche critique d'une perspective du droit grec) *in* A. KAZAKOS, *Les principes européens du droit des contrats* », ENOBE, tome n° 23, éd. Sakkoulas, 1995, p. 95 et s. ; M. STATHOPOULOS, « Droit européen commun des contrats- compétences et perspectives », *KritE*, 2/2001, p. 95 et s.

européen des contrats[2563]. Les débats doctrinaux en dehors de toute préoccupation d'ordre constitutionnel ont pu toucher tous les aspects du droit des contrats[2564]. Si la question de l'européanisation des principaux contrats spéciaux n'est pas nouvelle[2565], elle a toutefois reçu un intérêt de plus en plus grandissant au cours de ces dernières années. Nous pouvons ici mentionner d'emblée les travaux réalisés par les différentes équipes de travail (« *Working teams* ») du Groupe d'études sur le Code civil européen sous la présidence de M. Von BAR[2566] qui portent sur une variété remarquable de contrats spéciaux[2567], ainsi que les travaux réalisés au sein du projet Gandolfi visant la réglementation des contrats spéciaux[2568]. De même, pour une partie de la doctrine, l'européanisation du droit des contrats devrait être orientée principalement (ou

---

[2563] V. en ce sens, G. ALPA, « Towards a European Contract Law », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 23 et s. et not. p. 25.

[2564] Sur l'approche globale de la démarche d'européanisation du droit des contrats, v. à titre indicatif P.- Y. ANTONMATTEI, J. RAYNARD**,** *Droit civil, contrats speciaux*, 4e éd., Litec LexisNexis, 2004, n° 12, p. 9 : « Cette approche pragmatique tend aujourd'hui à laisser place à une démarche d'ensemble. » ; R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'européanisation du droit privé », *RTD Civ.*, 2007, p. 451 s. : « Aussi pouvait-on s'attendre à ce que tôt plutôt que tard, le droit des obligations dans son ensemble soit pris dans la déferlante de l'européanisation. »

[2565] V. déjà, Ph. MALINVAUD, « Réponse hors délai à la Commission européenne ; à propos d'un Code européen des contrats. », *D.*, 2002, p. 2542 s. : « À l'inverse, on comprend aisément qu'il puisse y avoir intérêt à harmoniser le droit des contrats, spécialement de ceux utilisés dans le commerce intra-européen (vente de marchandises, prestations de services, réseaux de distribution) ainsi que le droit des suretés pouvant servir à garantir l'exécution de tels contrats. » ; C. WITZ, « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *Rec. Dalloz*, 2000, p. 79 s., sous C : « Quant à l'intégration dans ce code des contrats spéciaux, elle semble devoir aller de soi. Les inconvénients de l'éclatement du droit des contrats naissent aussi de l'extrême divergence des solutions nationales quant aux différents contrats spéciaux. N'est-il pas symptomatique de constater à cet égard que les conventions internationales de droit matériel dans le commerce international s'attachent en priorité aux contrats spéciaux ? » Déjà, D. STAUDENMAYER, « Un instrument optionnel en droit européen des contrats », *RTD Civ.*, 2003 p. 629, discutant la possibilité de reprendre des contrats spécifiques au sein d'un éventuel instrument optionnel adopté au niveau européen, qui mentionne le contrat de vente, les contrats d'assurance, les contrats « réglant des formes de distribution transfrontalière » et les contrats de franchise.

[2566] Il s'agit des équipes de travail suivantes : a. The Working Team on Sales, Services and Long-term Contracts, b. The Working Team on Rental of Movable Property, c. The Working Team on Loan Agreements, d., The Working Team on Gratuitous Contracts, e. The Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law, (source : <www.sgecc.net>).

[2567] Les types de contrats concernés sont les suivants : contrat de franchise, contrat d'agence commerciale, contrat de distribution, contrats des services, contrat de vente, contrat de louage, contrat de prêt, contrat de mandat, contrat d'assurance, contrat de donation. Sur ce point voir J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 253, p. 286 : « Le groupe d'étude pour un code civil européen a par contre produit des corps de règles sur *un nombre impressionnant de contras spéciaux* : la vente, les contrats de service, les contrats commerciaux de long terme : l'agence commerciale, la franchise et les contrats de distribution, les suretés personnelles, la location mobilière, les contrats de prêt. »

Les principes européens communs propres à chaque type de contrat ont été intégrés au sein du DCFR (Livre IV) (à l'exclusion des principes du contrat d'assurance) et ils ont fait l'objet des publications distinctes, sous la série 'PEL', chez Sellier : M. W. HESSELINK *et al.*, *Principles of European Law. Commercial agency, franchise and distribution contracts (PEL CAFDC)*, 2006 ; M. BARENDRECHT et al., *Principles of European Law. Service contracts (PEL SC)*, 2007 ; E. HONDIUS *et al.*, *Principles of European Law. Sales (PEL S)*, 2008 ; K. LILLEHOLT et al., *Principles of European Law. Lease of goods (PEL LG)*, 2008 ; Project Group « Restatement of European Insurance Contract Law », *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, Sellier, 2009 ; Ph. DENIS, *Principles of European Law. Loan Contracts* (LC), Sellier, 2010 ; M. LOOS, O. BUENO DIAZ, *Principles of European Law. Mandate Contracts*, Oxford University Press, 2013 ; M. SCHMIDT-KESSEL, *Principles of European Law. Donation (PEL D)*, à paraitre, 2014.

[2568] À l'heure actuelle, des règles spéciales ont été élaborées à propos du contrat de vente (Code européen des contrats (préc.), Livre II, Titre I). Des règles pour d'autres contrats spéciaux sont en cours de préparation.

exclusivement) vers les contrats spéciaux[2569]. L'analyse précédente démontre que le débat scientifique en matière de contrats (spéciaux) est assez mûr[2570].

b.- L'intérêt scientifique pour un droit européen de la propriété intellectuelle.

533.- La question de l'européanisation du droit de la propriété intellectuelle, et notamment du droit d'auteur est assez ancienne[2571]. Cependant, durant les dernières années se note une intensification

---

[2569] En ce sens, J. SENECHAL, « Vers une ou plusieurs catégories d'instruments en droit européen des contrats ? », Réponse au livre vert du 1er juillet 2010 (COM (2010) 348/3), disponible sur : <ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/293_fr.pdf>, p. 17 : « Dans un instrument à destination des contractants, il semble enfin difficile de poser les règles générales applicables aux contrats, sans envisager préalablement les règles qui s'appliquent aux contrats spéciaux les plus usuels. […] Un droit des contrats à destination des contractants ne peut se passe des contrats spéciaux, car les contractants ne concluent pas un contrat en général, mais un contrat spécial. […] Les contractants ont, avant toute chose, besoin d'une réglementation adaptée à leur contrat spécifique, i.e. d'un ensemble de règles spéciales traitant de l'ensemble des problèmes que la conclusion de leur contrat a naturellement vocation à entraîner. » ; B. MALLET-BRICOUT, « Les contrats de représentation ont-ils vocation à intégrer un futur cadre commun de référence ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 165 s. et not. p. 169 ; C. AUBERT De VINCELLES, « Acquis européen, cadre commun de référence et proposition de Directive européenne au droit des consommateurs : quelle place pour les contrats spéciaux ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 53 s. et not. p. 66 : « Il est donc nécessaire que le droit commun européen dispose d'un champ d'application limité aux contrats spéciaux harmonisés. » ; H. PERINET-MARQUET, « Vers un droit européen des contrats spéciaux de service », *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 153 s. et not. 153. A propos des instruments optionnels en matière de droit européen des contrats (option 4 du livre vert) v. O. DESHAYES, « L'option « hybride » : l'instrument optionnel de droit des contrats (option 4) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 101 et s. et not. p. 105 : « On peut même aller plus loin et souhaiter que l'instrument optionnel ne contienne pas de règles de droit commun mais se limite à énoncer les règles applicables à tel ou tel autre type de contrat donné » et p. 112 : « Parce que l'instrument optionnel ne peut atteindre ses objectifs que si, entre autres conditions, il est simple et complet, il ne paraît pas judicieux d'en faire le contenant des règles d'un droit commun européen des contrats. Limité à un type de contrats défini, l'instrument serait à la fois plus ramassé dans son volume et plus complet et « utile » dans son contenu. ». Comp. Ch. BUSCH, *Scope and content of an optional instrument for EU contract law*, Note, Directorate General for Internal Policies, Policy department C: Citizen's Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, PE 425.644, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/webnp/webdav/site/myjahiasite/users/emartinezdealosmoner/public/Busch%20%20EN.pdf>, p. 14 : « Using general rules of contract law which can be applied to a broad range of different contracts as a basis for an optional instrument would be helpful for making the optional instrument future proof. » et *ibid.* p. 16 : « Thus, in order to offer a workable set of rules an optional instrument should also contain a number of specific provisions which complement the general rules. Such rules could be envisaged with regard to specific objects of contract (e.g. for sale of goods, digital sale-like services and other services […]) or with regard to the circumstances under which the contract is concluded. » Critiques sur la limitation de la portée de la récente proposition de Règlement au seul contrat de la vente (et les services connexes) voir notamment M. B. M. LOOS, « Scope and application of the Optional Instrument », Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series, n° 2011/09, disponible sur : < papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1890683>, *in fine* : « The most disappointing choice, made by the European Commission, pertains to the substantive scope of the Optional instrument. No specific rules for digital content contracts, for distribution contracts or for franchising contrats. […] An optional instrument which primarily focuses on sales law will probably not help legal practice very much. » et *ibid.* p. 5 : « For both service contracts and franchising and distribution contracts, the Optional instrument could provide an attractive legal regime for contracting parties, which cold already from the start offer more legal *certainty* to the parties than the existing, more or less haphazard national regulation of these contract types. » ; O. LANDO, « On a European Contract Law for Consumers and Businesses- Future Perspectives », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 203 et s. et not. p. 207, pour qui l'européanisation par instrument optionnel ne devrait pas être limitée au seul contrat de vente mais aussi à d'autres contrats importants, tels que les contrats d'assurance, des services, de mandat, d'agence, de franchisage… ; *ibid.* p. 214 : « A new Optional Instrument for contracts should be prepared that includes the rules of PECL and the specific contracts. »

[2570] Comp. R. SCHULZE, J. STUYCK, « Towards a European Contract Law- An Introduction », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 3 et s. et not. p. 3 : « After almost thirty years of academic research on European contract law the time now appears right for such initiative. »

du débat académique[2572] au sujet de l'européanisation du droit de la propriété intellectuelle[2573]. Cette affirmation est confirmée par la multiplication des publications[2574] et des colloques[2575] traitant de la question de la construction d'un droit européen de la propriété intellectuelle[2576]. Il est

---

[2571] Sur ce point v. A. DIETZ, « The possible Harmonisation of Copyright Law Within the European Community », *IIC*, 1979, p. 395 s. ; F. K. BEIER, A. DIETZ *et alii*, « Harmonisation of Industrial Property and Copyright Law in the European Community. Report of a Symposium held by the Max Planck Institute for Foreign and International Patent, *Copyright* and Competition Law, at Ringberg Castle near Tegernsee », *IIC*, 1987, p. 303 s. ; G. SCHRICKER, « Harmonisation of Copyright in the European Economic Community», *IIC* 1989, p. 466 s. ; J. REINBOTHE, « A review of the last ten years and a look at what lies ahead : copyright and related rights in the European Union », intervention à la Tenth Annual Conference on International IP Law & Policy, Fordham University School of Law (New York, April 2002), disponible sur : <www.europa.eu.int/comm/internal_market/*copyright*/documents/2002-fordhamspeechreinbothe_en.htm> ; M. WALTER, *The Future of European Copyright*, 2002, disponible sur: <ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/conference/2002-06-santiago-speech-walter_en.pdf>.

[2572] Le débat est animé principalement par la doctrine spécialisée du droit de la propriété intellectuelle. Cependant, la doctrine du droit privé européen a également montré son intérêt à un droit européen de la propriété intellectuelle. V. sur ce point H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, *ERPL* vol 18, n° 4, 2010, p. 891 : « [W]hat is the main criticism ? A recurring theme is that the drafters live in the past. What is missing are relational contracts, network contracts, governance contracts, insurance law, company law, commercial practices, Intellectual Property […] » ; R. SCHULZE, « Problèmes et perspectives du droit européens des contrats-introduction », *in* G. MÄSCH, D. MAZEAUD, R. SCHULZE, *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Sellier, sept. 2009, p. 5 et s. et not. p. 15 : « Les études de droit comparé pourront intervenir en prolongement des recherches déjà existantes […] Il conviendra par exemple de vérifier si les expériences de codifications récentes devraient être prises en compte, plus que cela n'a été le cas dans le DCFR. C'est notamment le cas de la liaison du droit civil avec le droit commercial ou le droit des affaires prévalant dans certains codes civils nationaux […] Les autres recherches sur le droit positif communautaire (au delà du droit des contrats) devraient donc se consacrer non pas aux domaines traditionnels du droit des obligations, tels que le droit délictuel, mais plus à des domaines du droit des affaires, tels que […] *la propriété industrielle* […] ».

[2573] Nous pouvons également mentionner la tendance d'européanisation à des matières connexes au droit de la propriété intellectuelle, tels que le savoir-faire. Sur ce point v. la Séance de travail APRAM-MEDEF « Le savoir-faire : une harmonisation en cours », 26 juin 2012, programme disponible sur : <www.apram.eu/docs/ProgrammeAPRAMMEDEF2012.DOC>.

[2574] V. not. Ch. GEIGER (sous dir. de), *La contribution de la jurisprudence à la construction du droit de la propriété intellectuelle en Europe/The contribution of case-law to the construction of the intellectual property in Europe*, LexisNexis, 2013 ; A. OHLY, J. PILA (sous dir. de), *The Europeanisation of Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2013 ; Ch. GEIGER (sous dir. de), *Constructing European Intellectual Property, Achievements and New Perspectives*, LexisNexis, 2013 ; M.-C. JANSSENS (sous dir. de), *Harmonisation of European IP law: from European rules to Belgian law and practice. Contributions in honour of Frank Gotzen*, Bruylant-Larcier, 2012 ; T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012 ; N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, p. 51-64 ; E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009.

[2575] Voir par exemple la conférence internationale à l'honneur de F. GOTZEN, « Harmonisation of European IP Law from European Rules to Belgian Law and Practice », Leuven, 8 juin 2012, « European Methods and Interactions in the Field of intellectual Property Law », programme disponible sur : < www.law.kuleuven.be/cir/pdf/folder-june-8-2012> ; « European Methods and Interactions in the Field of Intellectual Property Law », Université d'Oxford, 7 et 8 janvier 2012, conférence organisée par A. Ohly et J. Pila, programme disponible sur : <www.law.ox.ac.uk/conferences/europeanmethods/Jan2012%20conference,%20final%20programme-1.pdf> ; 12e EIPIN Congress 2011, « Constructing European Intellectual Property, Achievements and New Perspectives », 24-25 fevrier 2011, programme disponible sur : <www.ceipi.edu/uploads/media/Ceipi_EIPIN_programme_15_feb_04.pdf> ; International Conference on European Copyright Law : Towards a European Copyright Code ?, 14-15 avril 2011, Université de Chypre ; 1er Forum de Trans Europe Experts (TEE), Pole « Propriété intellectuelle », Atelier Propriété intellectuelle, « Les enjeux juridiques européens », 31 mars 2010, Chambre du Commerce et de l'Industrie de Paris, sous la présidence de C. Zolynski, programme disponible sur : <www.transeuropexperts.eu/documents/AtelierPI.pdf?PHPSESSID=b8ccaeeb109b02b448af5c5c622a2bcd> ; International Conference, « Common principles of European Intellectual Property Law », Université de Bayreuth, 20 et 21 novembre 2009, programme disponible sur : <gkrw.uni-bayreuth.de/uploads/media/Common_Principles_of_European_IP_Law_11-2009_01.pdf>. Sur cette conférence, v. C. ALBERT, K. BRZEZINSKI, H. KICKLER, « Common Principles of European Intellectual Property Law. International Conference, Bayreuth, 20 and 21 November 2009 », *GRUR Int.* 2010, p. 970 s. ; les rencontres franco-allemandes sur l'harmonisation du droit d'auteur en Europe, Ch. GEIGER, M. BOYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, t. 29, Litec, 2007.

[2576] V. aussi *supra* n° 320 à propos de l'européanisation du droit des contrats d'exploitation.

significatif qu'une revue juridique soit consacrée au droit européen de la propriété intellectuelle (*European Intellectual Property Review, EIPR*). De même, au cours des dernières années, plusieurs groupes de recherche transnationaux ont vu le jour[2577]. Ajoutons que l'enseignement juridique supérieur a été également touché par le mouvement d'européanisation du droit de la propriété intellectuelle. L'existence du réseau européen des différentes institutions d'enseignement du droit de la propriété intellectuelle « *EIPIN* »[2578] ou l'orientation européenne des programmes d'étude du droit de la propriété intellectuelle du 3e cycle[2579] sont significatives en ce sens. L'analyse précédente démontre que le débat scientifique concernant l'européanisation du droit de la propriété intellectuelle se trouve en pleine explosion[2580].

534.- Ainsi à l'heure actuelle, la conjoncture paraît très opportune pour la mise en œuvre d'un projet de construction d'un droit européen des contrats d'exploitation[2581]. Compte tenu du préalable de l'européanisation savante, le monde juridique européen semble suffisamment averti et préparé pour la mise en place d'une démarche d'européanisation en matière de contrats d'exploitation.

2°.- L'apport de l'expérience actuelle d'européanisation.

535.- L'expérience de l'européanisation actuelle en matière de droit des contrats et de droit de propriété intellectuelle constitue un préalable important au projet d'élaboration d'un droit européen des contrats d'exploitation. Au-delà de sa contribution à la démonstration du caractère réductible de la diversité culturelle au niveau européen[2582], l'expérience d'européanisation actuelle est susceptible

---

[2577] Par exemple, la European Copyright Society (janvier 2012), le Pole Droit de la propriété intellectuelle et du numérique du Groupe TransEuropeExperts (2009) et le Wittem Project, ayant pour objet l'élaboration d'un *Code européen de droit d'auteur*.

[2578] Voir le site web <www.eipin.org>.

[2579] V. par exemple le diplôme M2 du CEIPI, Université de Strasbourg intitulé Droit européen et international de la propriété intellectuelle. L'objectif de ce programme est « de faire appréhender aux étudiants l'ensemble des dimensions de la propriété intellectuelle, telles qu'elles sont saisies par le droit français, les droits étrangers et surtout le droit communautaire et le droit international. », informations disponibles sur : <www.ceipi.edu/index.php?id=5476&L=0>.

[2580] Certes, la production scientifique est certainement moins volumineuse par rapport à celle en droit européen des contrats. V. sur ce point, A OHLY, « The quest for Common Principles of European Intellectual Property Law- Useful, Futile, Dnagerous ? » *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 3 et s., p. 5 : « In intellectual property research, the interest in common principles which *are European and which also apply horizontally* to all intellectual property rights is much less developed that in general private law, where research into common European principles has reached a high level of sophistication. […] European private law academics have moved beyond formulating general principles and have reached the point where they feel confident enough to come up with blueprints for a European Civil Code. »

[2581] Rappr. J. SENECHAL, « Le contrat d'entreprise, un enjeu du mouvement de re-codification du droit des contrats », *Revue Lamy Droit civil*, sept. 2009, pp. 66-72, pour qui, « le vent de re-codification du droit des contrats qui traverse actuellement la France et l'Europe constitue une opportunité permettant d'envisager une refondation des contours [du contrat d'entreprise]. »

[2582] V. *supra* n° 532.

de participer de manière tangible à la concrétisation du projet de construction d'un droit européen des contrats d'exploitation. Ce projet ne part pas de zéro[2583]. L'expérience actuelle d'européanisation savante, tant en matière de droit des contrats qu'en matière de propriété intellectuelle, offre un nouveau point de départ[2584] au projet d'un droit européen des contrats d'exploitation. Elle constitue en effet une assise importante pour la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation, tant en termes techniques (a) qu'en termes de substance (b).

a.- Une assise technique.

536.- L'expérience actuelle d'européanisation pourrait constituer une source de « savoir-faire » d'européanisation pour le projet de construction d'un droit européen des contrats. Au-delà du fait que l'existence d'une européanisation savante démontre que de la diversité juridique en Europe est réductible[2585], l'existence d'un débat paneuropéen en droit des contrats, comme en droit de la propriété intellectuelle, garantit que l'idée de l'européanisation du droit des contrats d'exploitation n'est pas marginale[2586]. Il est significatif que dans le passé les écrits scientifiques concernant le droit européen des contrats d'exploitation portaient principalement sur le droit contractuel d'auteur et étaient plutôt défavorables à l'idée d'harmonisation[2587]. Ces dernières années en revanche, l'intérêt

---

[2583] M. STORME, « There is Nothing Like European Private Law 20 Years Later », *ERPL*, 2012, vol 1, *editorial*, pp. 1-2. Comp. G. ALPA, « Towards a European Contract Law », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 23 et s. et not. p. 27 : « the journey must not be started from scratch » et *ibid.* p. 28 : « [T]oday-*unlike thirty years ago*- we are not faced with a *tabula rasa*, but rather a canvas- the canvas of an Impressionist painter-having many points of light which, however, reveal an overall blurred picture. »

[2584] G. ALPA, « Towards a European Contract Law », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 23 et s. et not. pp. 24-25 : « Precisely thanks to the success of the previously mentioned initiatives, the starting point is different from the one which prevailed thirty years ago. Over time, significant achievements have been recorded. »

[2585] V. *supra* n° 532.

[2586] *Cf.* A. WIJFFELS, « Préface », *in* A. WIJFFELS (sous dir. de), *Le Code civil entre ius cmmune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. V s. et not. XIII.

[2587] A. DIETZ, « The Harmonization of Copyright in the European Community », *IIC*, 1985, p. 379 s. et not. p. 403 : « I hardly dare add that a modern copyright law in the broadest sense must also include elaborate regulations concerning copyright contract law […]. But a minimum of European clearing in the area of (licensing) contract law and the rights of collecting societies is inevitable due to the ever-surfacing possibilities of conflict with Arts. 85 and 86 of the EEC Treaty. » ; lapidaires, F. K. BEIER, A. DIETZ *et alii*, « Harmonisation of Industrial Property and Copyright Law in the European Community. Report of a Symposium held by the Max Planck Institute for Foreign and International Patent, *Copyright* and Competition Law, at Ringberg Castle near Tegernsee », *IIC*, 1987, p. 303 s. et not. p. 326 s. : « Modern copyright law must continue to be seen and developed as a comprehensive system which requires harmonious agreement among the four most important parts of the system, namely substantive *copyright* law, *copyright* contract law, the law of collecting societies and neighboring rights. » ; A. DIETZ, « La réforme législative allemande du 22 mars 2002. Maigres perspectives européennes », *in* F. LABADIE, F. ROUET (sous dir, de), *Travail Artistique et économie de la création, Ministère de la culture et de communication,* collection Questions de culture, 2008, p. 159 et s. et not. p. 169 : « Il est peut-être trop tôt pour une initiative européenne relative au droit contractuel » ; B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 153 et 157 ; Rencontres franco-allemandes sur le droit d'auteur, *UNESCO e-bulletin du droit d'auteur*, oct.-déc. 2005, disponible sur : < http://portal.unesco.org/culture/fr/files/29738/11382063731rencontres_fr.pdf/rencontres_fr.pdf>, p. 2 : « [L]e moment n'est pas propice à une harmonisation européenne en la matière. »

doctrinal pour l'européanisation du droit des contrats d'exploitation s'est renforcé[2588] et paraît présenter une tendance croissante à l'avenir, sous l'influence des courants d'européanisation du droit des contrats et du droit de la propriété intellectuelle[2589]. De plus, la plupart des voix doctrinales se placent en faveur d'un droit européen des contrats d'exploitation[2590]. Ajoutons que l'expérience d'européanisation actuelle a mené à un changement radical de la recherche juridique en Europe, devenue davantage transnationale et collective[2591]. Ceci dit, l'acquis doctrinal actuel constituera le point de départ à la réalisation d'une deuxième génération de travaux de recherche dans une perspective européenne[2592]. Ces derniers faciliteront certainement l'édification future du droit européen, y compris du droit européen des contrats d'exploitation.

Dans une optique plus pratique, plusieurs questions d'ordre technique liées à la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation, telles que des questions méthodologiques[2593] ou de technique législative, ont déjà été abordées lors de l'européanisation d'autres parties du droit des

---

V. cependant, A. DIETZ, « The possible Harmonisation of Copyright Law Within the European Community », *IIC*, 1979, p. 395 s. et not. p. 410 s. : « Still, one must attempt-at least in the "general" part of the law of copyright contracts- to arrive at a common regulation favorable to authors by starting from the existing binding provisions as practiced in France and Germany. »

[2588] Voir *supra* les références sous n° 320. Par ailleurs, certains éléments du droit des contrats d'exploitation de droit d'auteur peuvent être retrouvés au sein du Code européen du droit d'auteur élaboré par le groupe Wittem. Pour une présentation v. A. STROWEL, B. VANBRABANT, « Copyright licensing : a European view », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 29 s. et not. p. 45 s.

[2589] Pour l'intersection du projet d'européanisation du droit des contrats avec la matière des contrats d'exploitation v. Plan d'action, p. 46, se référant aux contributions de la part des universitaires : « D'autres suggestions concernent l'élaboration d'autres codes pour le droit relatif aux marchés publics et le *droit des licences de propriété intellectuelle.* » Comp. Ph. JOUGLEUX, « The Plurality of Legal Systems in Copyright Law : An Obstacle to a European Codification ? », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 55 s. et not. p. 59 : « [T]he debates regarding an eventual codification of civil law have certainly influenced the propagation of this idea in the domain of intellectual property. » Comp. G. SCHRICKER, « German and Comparative Intellectual Property Law. Efforts for a Better Law on Copyright Contracts in Germany-A Never-Ending Story », *IIC*, 2004, p. 850 s. et not. p. 856 : « [T]he most important types of copyright contracts, including those related to the new media of the information society, should constitute the object of an adequate codification. Such legislation could be included in the coming harmonized law of contracts of the European Union. »

[2590] Voir *supra* n° 320.

[2591] B. FAUVARQUE-COSSON, *The rise of Comparative Law* : *a Challenge for Legal Education in Europe*, Walter van Gerven Lectures n° 7, Europa Law Publishing, 2007, p. 11 : « The rapid development of European legal thinking led to a radical change : research in the field of law became less national and more European and transnational. It takes place collectively across national and generational barriers, with teams of young researchers working together with experienced professors. »

[2592] F. CAFAGGI, « Introduction », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. viii et s. : « a plea for a second generation of research. » : « This book should be understood as an attempt to pave the way for and to initiate second generation research in European private law subsequent to the DCFR. » ; A. VAQUER, (sous dir. de), *European private law beyond the common frame of reference*, Essays in honour of Reinhard Zimmermann, Europa Law publishing, 2008. V. cependant M. FICSOR, « An Imaginary « European Copyright Code » and EU copyright policy », 20th Annual Intellectual Property Law & Policy Conference, Fordham University School of Law, 12-13 avril 2012, disponible sur : <http://fordhamipconference.com/wp-content/uploads/2010/08/Ficsor.EUCopyCode.pdf>, p. 32, à propos du Code européen du droit d'auteur doctrinal : « What is suggested is that the draft should be set aside for a while. In this form, with these objectives, for quite a long while. »

[2593] Comp. G. DANNEMANN, « The Working Method of the Acquis Group- A Model ? » *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 15 s.

contrats. Les solutions apportées pourraient constituer des enseignements d'ordre techniques[2594] pour le projet de construction d'un droit européen des contrats d'exploitation[2595]. Sur ce point, l'idée d'élaboration d'un instrument autosuffisant[2596], à l'instar de celui véhiculé par la proposition de Règlement en matière de vente[2597], qui consiste en l'établissement d'un corps de règles mixte- droit général et droit spécial[2598]- peut s'avérer source d'inspiration pour la construction d'un droit

---

[2594] S. VOGENAUER, « Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law ? », *ERCL*, Vol. 6, n° 2., 2010, p. 143-183 et not. p. 182 : « Lessons for the CFR process ».

[2595] Certes, les instruments du droit international pourraient constituer des modèles d'un point de vue technique, tels que la Convention de la Vente internationale des Marchandises (CVIM). V. en ce sens, O. DESHAYES, « L'option « hybride » : l'instrument optionnel de droit des contrats (option 4) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 101 et s. et not. p. 112 : « C'est un autre travail qu'il convient de mener : offrir aux contractants un instrument « clé en mains », à l'utilisation simple, répondant à des besoins précis. La CVIM pourrait à cet égard servir de modèle. Dans cette perspective *il serait envisageable de concevoir plusieurs instruments optionnels : un par type de contrat.* » ; O. DESHAYES, Ch. HANNOUN, « Dits et non-dits du livre vert », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 11 et s. et not. p. 23 : « Une troisième voie est celle de l'élaboration de règles matérielles applicables aux types de contrats transfrontaliers internes à l'Union les plus courants. À l'image de la CVIM des textes pourraient régir tout ou partie des aspects juridiques des types de contrats les plus fréquemment conclus. Ainsi, il serait possible d'imaginer un corps de règles applicables aux ventes, aux contrats d'entreprise ou de transport par exemple. Cette voie consistant en somme à privilégier le droit des contrats spéciaux sur le droit commun des contrats, serait surtout utile pour régir les contrats internationaux. Elle ne supprimerait pas toutes les difficultés liées à la diversité des droits nationaux car le caractère inévitablement incomplet des règles ainsi posées ne permettrait pas de faire l'économie d'une détermination et d'une application de la loi nationale applicable à toutes les questions non résolues dans l'instrument. Mais on peut penser que *la piste méritait là encore d'être suivie.* » ; C. AUBERT DE VINCELLES, « Double harmonisation du droit européen des contrats : instrument optionnel et directive cadre », *RTD eur.*, 2011, p. 621 s., n° 8 : « [Le mixte, droit général et droit spécial] permet d'établir un corps de règles complet, cohérent et autonome sur un contrat spécial, évitant le recours à des règles nationales dont le chevauchement avec les règles européennes serait source d'insécurité. » *Adde* J. SENECHAL, « Vers une ou plusieurs catégories d'instruments en droit européen des contrats ? », Réponse au livre vert du 1er juillet 2010 (COM (2010) 348/3), disponible sur : <ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/293_fr.pdf>, p. 18. Sur l'utilisation de la CVIM en tant que modèle d'instrument européen optionnel en matière de droit des contrats, basé sur le modèle *opt-out* v. O. LANDO, « On a European Contract Law for Consumers and Businesses- Future Perspectives », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 203 et s. et not. p. 212 et s.

[2596] B. FAUVARQUE-COSSON, M. BÉHAR-TOUCHAIS, *La mise en œuvre des instruments optionnels dans le domaine du droit civil européen*, étude réalisée par Trans Europe Experts devant le Parlement Européen, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documentss/juri/dv/pe462425_/pe462425_fr.pdf>, p. 37. Sur ce point v. aussi *infra* n° 589. Une autre technique consiste à attacher le régime spécial des contrats d'exploitation à une codification doctrinale du droit des contrats, telle que le DCFR ou les principes Lando. Ce faisant, les règles du droit commun des contrats contenues constitueraient la partie générale de référence. V. en ce sens, à propos des « Principes du droit européen du contrat d'assurance » (PDECA), préparés par le groupe « Restatement of European Insurance Contract Law », disponible sur : <www.restatement.info>, J. BASEDOW, « The Optional Application of the Principles of European insurance Contract Law », *in European Contract Law, Era Forum Spécial Issue*, 2008, n° 9, supplément n° 1, septembre 2008, p. S111 s. et not. p. S114 s. *Cf.* aussi l'article 1 :105 par. 1 et 2 des Principes en question : 1. Le droit national ne peut être invoqué ni pour restreindre, ni pour compléter les PDECA. Cette règle ne s'applique toutefois pas aux dispositions impératives du droit national édictées spécialement pour des branches d'assurance non couvertes par des règles particulières des PDECA. 2. Les questions émergeant du contrat d'assurance que les PDECA ne règlent pas de manière expresse, doivent être résolues en conformité avec les PDEC [Principes Lando] et, lorsque ces derniers ne contiennent pas de dispositions applicables, en accord avec les principes généraux communs aux droits des États membres.

[2597] L'instrument proposé se veut être un corps de règles, afin d'assurer la plus grande autonomie normative possible (« application en bloc »). La consécration des 186 articles qui traitent les règles principales relatives au contrat, au-delà de la seule vente, à travers l'établissement d'un corps des règles mixte- droit général et droit spécial- ainsi que le *principe d'interpretation autonome* (art. 4.1 et 4.2 de l'instrument) sont les qualités utilisées à cette fin.

[2598] C. AUBERT DE VINCELLES, « Double harmonisation du droit européen des contrats : instrument optionnel et directive cadre », *RTD eur.*, 2011, p. 621 s., n° 8. La plupart des règles sont inspirés par le DCFR, *ibidem* n° 7.

européen des contrats. La consécration au niveau européen d'une *lex specialis*[2599] aussi autosuffisante que possible, pourrait[2600] atteindre les objectifs de l'action envisagée, même en l'absence de droit européen général des contrats[2601], en offrant une « panoplie complète » de solutions juridiques attachées aux contrats d'exploitation[2602].

b.- Une assise substantielle.

537.- Droit européen des contrats d'exploitation et européanisation du droit général des contrats. L'expérience d'européanisation actuelle constitue un précédent important pour déterminer le contenu substantiel du droit européen des contrats d'exploitation. L'acquis doctrinal offre un thesaurus d'information comparative des droits nationaux des États membres jamais développé auparavant[2603]. De manière pratique, les solutions contenues dans les codifications doctrinales, telles que les Principes Lando, le DFCR ou le Code Gandolfi[2604], pourraient constituer un point de

---

[2599] Sur le besoin d'une *lex specialis* en matière des contrats d'exploitation v. *supra* n° 317.

[2600] Certes, l'autonomie de cet instrument optionnel trouve ses limites car plusieurs aspects tels que l'illégalité du contrat ou la représentation, ou même le droit applicable à l'acte juridique déclarant l'option pour l'application de cet instrument, devra être régie par les droits nationaux O. DESHAYES, « L'option « hybride » : l'instrument optionnel de droit des contrats (option 4) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 101 et s. et not. p. 105 : « [L'inconvénient de l'application des règles des droits nationaux pour compléter l'instrument] est presque impossible à éviter. Pour s'y soustraire, il faudrait que tous les pans du droit soient réglementés dans l'instrument, ce qui n'est pas sérieusement envisageable et conduirait de toutes façons à rendre l'instrument tellement long et complexe qu'il en deviendrait pratiquement impossible à connaitre et à manipuler. » Sur les difficultés de cette technique, v. J. SENECHAL, « Quels contrats spéciaux pour quels futurs instruments en droit européen des contrats ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 17 s. et not. p. 35, pour qui, l'application autonome d'un instrument européen, sans le recours aux droits nationaux semble difficilement possible.

[2601] V. en ce sens, C. AUBERT De VINCELLES, « Acquis européen, cadre commun de référence et proposition de Directive européenne au droit des consommateurs : quelle place pour les contrats spéciaux ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 53 s. et not. p. 55 : « Si les liens entre droit spécial et droit commun sont certes réels, l'histoire des contrats spéciaux dans les droits romano-germaniques nous apprend également qu'un droit spécial peut très bien exister sans droit commun, puisque tel était le cas dans l'ancien droit romain. » Comp. Avis du Comité économique et social européen sur « Le contrat d'assurance européen », Journal Officiel du 28 juin 2005-Numéro C 157, p. 12, sous le titre 6.4 Le marché intérieur de l'assurance requiert-il l'harmonisation du droit général des contrats ? : « La législation des contrats d'assurance est systématiquement intégrée au droit général des contrats. D'où la question de savoir si l'harmonisation de la législation des contrats d'assurance ne peut atteindre ses objectifs que si l'ensemble du droit des contrats (ou, du moins, le droit général des contrats) est harmonisé ou si l'harmonisation peut être réalisée indépendamment de cela. C'est cette dernière solution qui semble l'emporter. […] En réalité, l'harmonisation du droit général des contrats simplifierait la tâche d'harmonisation de la législation des contrats d'assurance. L'unique objectif des arguments présentés est d'essayer de montrer que l'harmonisation de la législation des contrats d'assurance peut atteindre son but par elle-même. »

[2602] J. SENECHAL, « Quels contrats spéciaux pour quels futurs instruments en droit européen des contrats ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 17 s. et not. p. 49.

[2603] Sur l'importance des travaux doctrinaux réalisés jusqu'à présent, voir not., à propos du DCFR, E. DACORONIA, « Cadre commun de référence : les nouvelles règles-modèles du droit européen privé, Intervention à l'Institut grec du droit international et étranger, 1er février 2010, disponible sur : <www.hiifl.gr/wp-content/uploads/Dakoronia-Final1.pdf>; *EfAD*, 2010, p. 497 et s., p. 9 ; H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, « Introduction », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. viii s. et not. p. viii : « The DCFR contributed to change the legal landscape in European private law. »

[2604] Par ailleurs, il est important de signaler l'existence de plusieurs textes doctrinaux qui pourraient servir de référence. *Cf.* en ce sens, O. LANDO, « Final remarks », *in* R. CABRILLAC, D. MAZEAUD, A. PRÜM, *« Le contrat en Europe*

référence très utile au projet de construction d'un droit européen des contrats d'exploitation[2605], surtout pour les questions non règlementées par la législation spéciale du droit de la propriété intellectuelle et réglées par le droit commun des contrats[2606]. Ceci pourrait diminuer le temps et les efforts dépensés pour déterminer le contenu du droit européen des contrats d'exploitation. Il nous semble ainsi que l'argument utilisé il y a quinze ans environ[2607] relatif à l'inopportunité d'une démarche d'européanisation du droit des contrats d'exploitation en l'absence d'un droit européen commun des contrats ne pourrait plus être repris[2608]. Sur cette base, l'acquis d'origine doctrinale contribue à rendre réalisable une démarche de construction d'un droit européen des contrats.

Droit européen des contrats d'exploitation et européanisation du droit substantiel du droit de la propriété intellectuelle. Il a été clairement dégagé par les développements précédents que le droit des contrats d'exploitation est étroitement lié au droit substantiel de la propriété intellectuelle. C'est la raison pour laquelle il a pu être soutenu dans le passé que l'européanisation du droit des contrats d'exploitation ne pouvait être réalisée en l'absence d'européanisation préalable ou

---

aujourd'hui et demain », Colloque du 22 juin 2007, Société de législation comparée, 2008, p. 177 s. et not. p. 187 : « I now see that in the process of unifying the contract law of Europe it is no disadvantage to have more than one proposal. »

[2605] En fait, la plupart des règles de la proposition de Règlement en matière de vente est inspirée des principes européens du DCFR. En ce sens, C. AUBERT DE VINCELLES, « Double harmonisation du droit européen des contrats : instrument optionnel et directive cadre », *RTD eur.*, 2011, p. 621 s., n° 8.

[2606] Comp. en ce sens, J. SENECHAL, « Vers une ou plusieurs catégories d'instruments en droit européen des contrats ? », Réponse au livre vert du 1er juillet 2010 (COM (2010) 348/3), disponible sur : <ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/293_fr.pdf>, p. 15 : « À cet égard, les nombreux travaux doctrinaux sur le droit commun des contrats sont un socle d'ores et déjà substantiel pour construire ce corpus de règles générales. En effet, l'acquis académique en droit commun des contrats, bien que partiellement prospectif, a l'avantage de se fonder sur une fine analyse, non seulement de droit comparé, mais également du droit européen existant. »

[2607] En 2002, au sein de l'étude B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 157 : « In light of our findings, a Community initative on the harmonization of the rules on copyright contracts may be, at the present stage, wholly premature. » ; en 2004 Ch. GEIGER e*t alii*, « Compte-rendu du colloque et clôture », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 571 s. et not. p. 613 : « C'est pourquoi il a indiqué rejoindre M. Hugenholtz lorsqu'il affirme qu'il serait inopportun d'harmoniser le droit contractuel d'auteur tant que le droit européen des contrats n'a pas été harmonisé. » ; *ibid.* p. 614, point F : « en revanche, il faut pour l'instant prendre de la distance par rapport à une harmonisation du droit contractuel d'auteur. […] la conclusion de M. Hilty selon laquelle le moment n'est pas opportun pour entreprendre une harmonisation européenne du droit contractuel a suscité l'approbation générale. » ; A. DIETZ, « La réforme législative allemande du 22 mars 2002. Maigres perspectives européennes », *in* F. LABADIE, F. ROUET (sous dir, de), *Travail Artistique et économie de la création, Ministère de la culture et de communication*, collection Questions de culture, 2008, p. 159 et s. et not. p. 169 : « Il est peut être trop tôt pour une initiative européenne relative au droit contractuel. » Voir aussi plus récemment, R.-M. HILTY, « Reflections on a European Copyright Codification », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law* : *challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 355 s. et not. p. 371 : « In fact, copyright is not an isolated subject matter, but is interlinked with many other fiels of law. Insofar as those other fields are not (or not yet) subject to comprehensive-directly applicable- European law, a unitary European copyright law would fail to produce reasonable effects. »

[2608] Rappr. S. DUSOLLIER, C. KER, M. IGLESIAS, Y. SMITS, *Contractual arrangements applicable to creators: law and practice of selected Member States*, European Parliament – Directorate General for International Policies – Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs – Legal Affairs, 2014, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/RegData/.../IPOL-JURI_ET(2014)493041_EN.pdf>, p. 100 et s.

simultanée du droit substantiel de la propriété intellectuelle[2609]. Toutefois, l'harmonisation incomplète du droit substantiel de la propriété intellectuelle ne doit pas être perçue comme un sorte d'obstacle à la réalisation du projet de droit européen des contrats d'exploitation. D'une part, des instruments juridiques supranationaux afférents aux contrats spéciaux ne touchant pas les régimes nationaux de propriété (intellectuelle) ont pu voir le jour[2610]. D'autre part, au-delà de la tendance d'européanisation du droit substantiel de la propriété intellectuelle[2611], l'acquis communautaire officiel existant en droit substantiel de la propriété intellectuelle (surtout en matière de marques) comme l'acquis des travaux doctrinaux en droit d'auteur[2612], constituent un préalable non négligeable à l'édification du droit européen des contrats d'exploitation[2613]. Notons sur ce point que la consistance entre le projet de la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation et

---

[2609] V. en ce sens not. B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, p. 153 : « First, any harmonising measure in the field of copyright contract law must rest on a solid bedrock of harmonised substantive copyright law. Although the European legislature has been successful in approximating important aspects of the law of copyright and related rights, most recently by adopting of the Directive on the harmonisation of copyright and neighbouring rights in the Information Society, important areas of the law remain un-harmonised. This is particularly true for two main pillars of copyright that are particularly relevant, and in fact, directly related to the field of copyright contracting : initial ownership of rights and moral rights. » et ibid. p. 153 : « It is hard if not impossible, to imagine harmonisation of copyright contract law without prior, or simultaneous, approximation of rules on moral rights and ownership, which have not been harmonised at the European level, with the exception of the rules of ownership on audiovisual works. » ; L. GUIBAULT, « Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s. et not. p. 525 : « First, any harmonizing measure in the field of copyright contract law must rest on a solid bedrock of harmonized substantive copyright law. […] It is hard, of not impossible, to imagine harmonization of copyright contract law without prior or simultaneuous, approximation of rules on moral rights and ownership which have not been harmonized at the European leve, with the exception of the rules on ownership of audiovisual works. » ; Ch. GEIGER e*t alii*, « Compte-rendu du colloque et clôture », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 571 s. et not. p. 606 : « L'harmonisation du droit contractuel d'auteur a été, de l'avis général, jugée souhaitable mais difficile à mettre en oeuvre en l'absence de poursuite de l'harmonisation du droit privé dans son ensemble. »

[2610] Sur ce point v. not. l'art. 4, « Relation to Intellectual Property Law » du « Model Intellectual Property Contract Law » : « This law applies to all matters that may be the subject of a contract under applicable intellectual property law. Nothing in this law expands or diminishes any exclusive rights, or exceptions and limitations on exclusive rights, under applicable intellectual property law. » Sur ce point v. aussi L. BRENNAN, J. DODD, « A Concept Proposal for a Model Intellectual Property Contracting Law / Model Intellectual Property Contract Law (Concept Draft for Discussion Only*)* », Presentation at the UNCITRAL Third International Colloquium on Secured Transactions Presentation, 1-3 March 2010, Vienna, <www.uncitral.org>, p. 3 : « [T]he model law only deals with contracting rules, not property rules. » ; L. BRENNAN, J. DODD, « A concept proposal for a model intellectual property commercial law », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 257 s. et not. p. 263 : « The model law only deals with contracting rules, not property rules ». *Adde* l'art. 4 de la CVIM ainsi que la Note explicative du secrétariat du CNUDCI, disponible sur : <www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/V1056998-CISG-f.pdf>, n° 11, p. 37 : « Il ressort clairement de plusieurs articles que l'objet de la Convention est restreint à la formation du contrat et aux droits et obligations de l'acheteur et du vendeur nés d'un tel contrat. En particulier, la Convention ne traite pas de la validité du contrat, des effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendues, ni de la responsabilité du vendeur pour décès ou préjudice corporel causé à quiconque par les marchandises. »

[2611] V. *supra* n° 537.

[2612] Notamment le Code européen du droit d'auteur, v. *supra* n° 33 *sq*.

[2613] V. sur ce point A. STROWEL, B. VANBRABANT, « Copyright licensing : a European view », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 29 s. et not. p. 45 s., pour qui les éléments du droit des contrats d'exploitation de droit d'auteur contenus au sein du Code européen du droit d'auteur élaboré par le groupe Wittem pourraient constituer le point de départ pour l'élaboration des règles-modèles pour les licences de droit d'auteur.

l'acquis communautaire en matière de droit substantiel de la propriété intellectuelle devrait être assurée[2614].

D'après l'analyse précédente, il semble que le contexte actuel permette de mener la démarche de la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation[2615]. En effet, l'intérêt politique[2616] et l'expérience d'européanisation offrent des conditions favorables au projet d'édification d'un droit européen des contrats d'exploitation, surtout si nous prenons en considération l'importance des contrats en question[2617].

[2614] Comp. sur ce point R.-M. HILTY, « Reflections on a European Copyright Codification », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 355 s. et not. p. 370, pour qui l'adoption d'un instrument juridique distinct, relatif aux contrats d'exploitation d'auteur ne semble pas opportune, compte tenu du lien étroit entre le droit contractuel et le droit substantiel du droit d'auteur.

[2615] Rappr. R. SCHULZE, J. STUYCK, « Towards a European Contract Law- An Introduction », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 3 s. et not. p. 3 : « After almost thirty years of academic research on European contract law, the time now appears right for such initiative. »

[2616] *A contrario* H. PERINET-MARQUET, « Vers un droit européen des contrats spéciaux de service », *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 153 s. et not. 160.

[2617] V. *supra* n° 286 *sq.*

Conclusion de la Section 2.

538.- L'analyse précédente a démontré que les défis liés au cadre institutionnel européen ne sont pas de nature à freiner le projet de la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation. Il n'y a pas d'obstacles institutionnels insurmontables en pratique au projet de construction d'un droit européen des contrats d'exploitation[2618]. L'élaboration d'un droit européen des contrats d'exploitation est en effet juridiquement possible et politiquement acceptable (du moins au niveau des politiques de l'Union)[2619]. D'autre part, la tendance actuelle d'européanisation qui caractérise à la fois le droit des contrats et le droit de la propriété intellectuelle semble très opportune pour que le projet soit réalisé. Aussi bien l'expérience actuelle d'européanisation que le progrès scientifique des matières connexes du droit européen des contrats et du droit (substantiel) de la propriété intellectuelle offrent un contexte favorable au projet de la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation.

[2618] Comp. T. COOK, E. DERCLAYE, « An EU Copyright Code : What and How, if Ever ? », *Intellectual Property Quarterly*, n° 3, 2011, p. 259 s. et not. p. 266, à propos de l'adoption d'un Règlement en matière de droit d'auteur : « The two principles should not therefore be seen as an insurmontable obstacle to the adoption of a Regulation. »

[2619] Comp. Communication de la Commission, Pour une Europe des Résultats – Application du Droit Communautaire, COM(2007) 502 final Bruxelles, 5.9.2007, note n° 12 ; « European Methods and Interactions in the Field of Intellectual Property Law », Université d'Oxford, 7 et 8 janvier 2012, conférence organisée par A. Ohly et J. Pila, programme disponible sur : <www.law.ox.ac.uk/conferences/europeanmethods/Jan2012%20conference,%20final%20programme-1.pdf> : « Now is an ideal time to explore these themes. The amount of IP litigation at the domestic and European levels is increasing, the interaction between domestic and European légal sources and institutions is becoming increasingly complex and contested, and further IP Europeanisation initiatives are being pursued. »

Conclusion du Chapitre I.

539.- Suite à l'analyse précédente, le projet de la construction d'un droit commun européen rénové et transversal des contrats d'exploitation parait ambitieux mais réalisable. En effet, toutes les objections liées à la faisabilité de la (re)construction envisagée[2620] ont pu être levées. En effet, il s'avère que la matière des contrats d'exploitation est un terrain propice à un projet d'européanisation[2621], comme l'atteste le caractère surmontable de la diversité juridique qui caractérise cette matière au niveau européen. D'autre part, l'absence d'obstacles institutionnels insurmontables ainsi que le *momentum* actuel font du droit des contrats d'exploitation un « candidat parfait » pour une européanisation et confèrent ainsi des perspectives optimistes et réalistes à la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation. Ceci dit, il y aura certainement « quelques réticences dogmatiques à surmonter et naturellement quelques évolutions pour chacun à accepter »[2622].

Le caractère réalisable de notre proposition étant démontrée, nous pouvons ci-après émettre quelques réflexions concernant la mise en œuvre de celle-ci (Chapitre II).

[2620] V. *supra* n° 389 *sq.*

[2621] Comp. Ph. JOUGLEUX, « The Plurality of Legal Systems in Copyright Law : An Obstacle to a European Codification ? », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 55 s. et not. p. 57 : « [W]e can say that intellectual property is deemed to be the perfect candidate for codification. »

[2622] N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64 et not. p. 55.

CHAPITRE II.- LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROPOSITION.

"The visionary is the only true realist."

- *Federico Fellini*

540.- L'analyse précédente nous a permis de démontrer que le projet de la construction d'un droit commun européen rénové et transversal des contrats d'exploitation était ambitieux mais réalisable. Dès lors, il semble légitime et utile d'émettre certaines réflexions relatives à la voie à suivre pour sa réalisation. Sur cette base, nous jugeons utile de réfléchir à la forme que pourrait (et non pas devrait !) prendre la voie à suivre en vue de l'édification du droit européen des contrats d'exploitation[2623]. À cette fin, nous proposons quelques pistes concernant la (re)construction du droit des contrats d'exploitation (Section 1) avant d'en esquisser d'autres concernant la perspective européenne de cette (re)construction (Section 2).

[2623] Comp. L. BRENNAN, J. DODD, « A Concept Proposal for a Model Intellectual Property Contracting Law / Model Intellectual Property Contract Law (Concept Draft for Discussion Only) », Presentation at the UNCITRAL Third International Colloquium on Secured Transactions Presentation, 1-3 March 2010, Vienna, <www.uncitral.org>, p. 2 : « We hasten to add that this is merely a concept paper regarding what such a law might look like, not what it should be. We only propose it to facilitate discussion. […] Again, we only present this model as a way to facilitate discussion, not to indicate what the international community, in its collective wisdom, ultimately should adopt. » ; J. A. L.STERLING, « International Codification of Copyright Law : Possibilities and Imperatives », Part one, *IIC*, 2002, p. 270 s. et not. p. 284 : « It is not by any means that these suggestions and proposals are put forward as definitive : they are rather intended to indicate the possibilities of international codification, and particular obstacles which must be overcome. » ; J. A. L. STERLING, « International Codification of Copyright Law : Possibilities and Imperatives », Part two, *IIC*, 2002, p. 464 s. et not. p. 466 : « In this section, some general suggestions are made as to how the Code might be drafted, but it is emphasized that all these suggestions are only tentative and may be amended as studies on the preparation of the Code proceed. » ; M. VIVANT, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », *in Mélanges à l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 415 s. et not. p. 427 : « Reconnaîtra-t-on dans ces trois traits de lignes de cette épure de la propriété intellectuelle du droit d'auteur au brevet, que nous nous sommes proposés d'esquisser? Nous ne saurions évidemment le dire. Et puis une épure est faite pour être retouchée… »

Section 1.- Pistes de (re)construction : Repenser le droit des contrats d'exploitation.

« Imagination is more important than knowledge.
For knowledge is limited to all we now know
and understand, while imagination embraces the entire world,
and all there ever will be to know and understand. »
- Albert Einstein

541.- Rénovation et innovation : repenser le droit des contrats d'exploitation. Le projet de la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation implique la rénovation du cadre juridique spécial afférent aux contrats d'exploitation. Par définition, un tel projet exige un degré d'innovation[2624]. Une approche innovante d'une matière juridique présuppose un progrès intellectuel par rapport à l'état actuel[2625] et reflète la volonté de repenser les structures et solutions existantes[2626]. Une telle (re)construction permettrait de remédier aux causes d'insuffisance

---

[2624] En ce sens, en matière de propriété intellectuelle, N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64 et not. p. 52 : « On se demande si [l]e conservatisme n'est pas un frein à la dynamique de la matière. L'innovation juridique est possible, et pourquoi ne pas innover avec le droit de l'innovation ? ». À propos de l'innovation en droit privé en général et de l'apport de la doctrine v. M. Van HOECKE, « Le Code civil et la base commune du droit privé en Europe », *in* A. WIJFFELS (sous dir. de), Le Code civil entre ius cmmune et droit privé européen, Bruylant, 2005, p. 29 et s. et not. p. 46 : « Une telle science juridique européenne devra forger, *parfois en innovant*, des concepts des théories des structures et des institutions juridiques qui formeront la base nécessaire pour le développement d'un droit privé européen, qu'il soit codifié ou non. » ; N. JANSEN, « The authority of an academic 'Draft Common Frame of Reference' », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 146 et s. et not. p. 165 : « Yet, the first thing to be done under such conditions is to develop comparative restatements of the law, as it stands in the different legal systems of Europe; at the same time, *new doctrinal approaches* could be proposed as an academic contribution to the legal discourse» ; G. AJANI, « Le multilinguisme, les langues du droit et la recherche de cohérence du droit privé européen », *in* G. AJANI *et alii*, *The Multilanguage Complexity of European Law*, European Press Academic Publishing, 2007, p. 23 et s. et not. p. 38 : « […] aujourd'hui c'est principalement la doctrine qui a pour rôle de déterminer les concepts communs. »

[2625] F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft) Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 175 : « Legal innovation requires some new, creative element which was not part of the relevant legal framework. It requires some sort of *intellectual advance* relative to the current state of the law. »

[2626] M. Van HOECKE, F. OST, « Legal doctrine in crisis : towards a European legal science », *Legal Studies*, vol. 18, n° 2, 1998, pp. 197-215 et not. p. 214 : [A]ll national legal systems will have to face similar problems. They will have to *rethink* their traditional conceptual frameworks. » ; F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft) Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 183 : « [Innovation] requires not only the selection of a single best solution form a given set, but the creation of additional new approaches ». Rappr. H. COLLINS, « Governance implications for the European Union of the changing character of private law », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 269 et s. et not. p. 274, qui se réfère à l'évolution du cadre juridique actuel à travers le réexamen des concepts fondamentaux du droit privé (« the rethinking of basic conceptual frameworks »). *Cf.* l'intitulé du cycle de conférences du CEIPI « (Re) penser la propriété

structurelle et réglementaire du cadre juridique actuel des contrats d'exploitation. Ainsi, la démarche de (re)construction du droit des contrats d'exploitation dans une perspective européenne devrait être vue comme l'occasion permettant de « libérer le raisonnement juridique de certains carcans conceptuels sclérosants en ouvrant la porte à d'autres grilles de lecture »[2627]. La matière du droit des contrats d'exploitation est un terrain fertile pour l'innovation, compte tenu des insuffisances qui caractérisent le cadre juridique actuel, tant au niveau national qu'européen[2628].

542.- La structure d'abord. Tout projet de rénovation a besoin d'un « plan architectural », d'une esquisse qui constituera le guide pour son élaboration. De manière similaire, la démarche de (re)construction du droit des contrats d'exploitation envisagée doit être basée sur une esquisse de structure innovante[2629]. Car, « la structure est la manière dont s'organise la construction d'un objet, la relation du tout à ses parties, à ses éléments »[2630]. L'esquisse en question fournira alors les éléments structurels[2631] qui permettront de déterminer le contenu du futur droit européen des

---

intellectuelle, Questions fondamentales et nouveaux éclairages », < www.ceipi.edu/uploads/media/Calendrier_Cycle_Conference_CEIPI_2011-2012_02.pdf>.

[2627] H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 3-2000, p. 503. En ce sens Th. WILHELMSSON, « Private Law in the EU : Harmonized or Fragmented Européanisation ?, *ERPL*, 1/2002, pp. 77-94 et not. p. 91 : « [O]ne should attempt to see how EC law can be used in a creative way to break up *petrified structures of national law*, that are hampering the development of the law. » Par ailleurs, l'insuffisance qui caractérise le cadre juridique actuel offre un terrain fertile pour appliquer une approche innovante de la matière. En ce sens, F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft)Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 183 : « […] innovative solutions are presented either at the detailed level of specific rules or in areas that *are not well covered by the existing legal frameworks* (like service contracts). » *Cf.* F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft) Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 183, à propos du Cadre commun de référence : « The official mission simply left no wider scope for legal innovation. This constraint is inevitably at odds with the explicit claim to provide a modern legislative framework. » En faveur de l'européanisation à travers la conception des concepts et des institutions juridiques inédits, v. not. M. Van HOECKE, « Le Code civil et la base commune du droit privé en Europe », *in* A. WIJFFELS (sous dir. de), Le Code civil entre ius cmmune et droit privé européen, Bruylant, 2005, p. 29 et s. et not. p. 45 : « Une telle science juridique européenne devra forger parfois en innovant des concepts des theories des structures et des institutions juridiques qui formeront la base nécessaire pour le developpement d'un droit privé européen, qu'il soit codifié ou non. » ; M. Van HOECKE, « The Harmonization of Private Law in Europe : Some Misunderstandings », *in* M. Van M. HOECKE, F. ORT, *The Harmonization of European Private Law*, Hart Publishing, 2000, p. 1 et s. et not. p. 20 : « Instead of going on asking ourselves whether any convergence of law in Europe might be possible or not, it is time to ask which kinds of legal systems, legal structures, legal concepts, legal principles and the like we need and how to develop them. »

[2628] En fait, l'insuffisance du cadre juridique actuel offre la liberté de manœuvres pour repenser le droit des contrats d'exploitation et procéder à l'élaboration d'un prototype nouveau pour ces contrats. Comp. en ce sens, F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft) Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 183 : « […] innovative solutions are presented either at the detailed level of specific rules or in areas that are *not well covered by the existing legal frameworks* (like service contracts). »

[2629] S. GRUNDMANN, M. SCHAUER (sous dir. de), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, Kluwer Law International, 2006, p. 4 : « With all these changes, it would be astonishing if the system, if the architecture of codes did not have to change as well. The architecture matters if one takes the starting point seriously that codes and system reflect the inherent nature of substantive law solution (at the time when the code is enacted). » L'élaboration du DCFR a été menée à partir d'une proposition de structure pour un Code civil européen. Sur ce point v. E. DACORONIA, « Vers un Code civil européen », *KritE*, 2/2001, p. 135 et s., et not. p. 147 s.

[2630] J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 303, p. 338.

[2631] Comp. en ce sens, M. LEISTNER, « Common Principles of Secondary Liability ? », *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 117 et s. et not. p. 145 : « indeed the development of a minimum framework of certain common European principles might play an important role as an

contrats d'exploitation[2632]. Sur cette base, une structure innovante du cadre juridique européen est susceptible de « canaliser » l'innovation vers le contenu de celui-ci[2633]. Il en résulte que la (re)construction du droit des contrats d'exploitation devrait commencer par la rénovation de la structure de celui-ci[2634]. Il faudrait donc avant tout proposer un nouveau prototype pour cette derniere[2635].

---

overarching structural orientation for the necessarily selective case law, particularly in smaller Member States. Thus a European system of common principles could ideally establish certain structural elements for the assessment of secondary liability in IP cases. »

[2632] Rappr. S. GRUNDMANN, M. SCHAUER (sous dir. de), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, Kluwer Law International, 2006, p. 4 : « [C]odes and system should reflect the inherent nature of substantive law solutions. » ; R. SCHULZE, « Problèmes et perspectives du droit européens des contrats-introduction », *in* G. MÄSCH, D. MAZEAUD, R. SCHULZE, *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Sellier, sept. 2009, p. 5 et s. et not. p. 8 : « Cette structure soulève une série de questions revêtant une importance fondamentale eu égard à l'évolution future du droit prive européen. » Comp. F. ZOLL, « A Need for a New Structure for European Private Law », *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 555 et s. et not. p. 555 : « These three drafts have in common that they envisage-or should at least envisage- a certain concept of the structuring of private law. » et *ibidem* « despite their substantive content, provide a different structure of legal organisation. »

[2633] En ce sens, v. Th. WILHELMSSON, « Private Law in the EU : Harmonized or Fragmented Européanisation ?, *ERPL*, 1/2002, pp. 77-94 et not. p. 91 : « [O]ne should attempt to see how EC law can be used in a creative way to break up *petrified structures of national law*, that are hampering the development of the law. » Comp. G. AJANI, « Legal Taxonomy and European Private Law », *in* R. SCHULZE, G. AJANI (sous dir. de), *Common Principles of European Private Law*, Studies of a Research Network, Coll. Europaeisches Privatrecht n° 22, Nomos, 2003, p. 349 et s. et not. p. 352, se référant à l'approche innovante face au dessein des taxinomies en matière de droit des contrats.

Certes, pour certains, l'encadrement serait susceptible d'aboutir à des résultats « sclérosants », qui empêcheraient l'innovation juridique. Sur ce point F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft) Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 188 s. et not. p. 189 : « Framing is also relevant with respect *to system building* within the DCFR for instance with regards to classification of different instruments and types of contracts. Service contracts are just one example : many national contract laws have different categories and there has been non prototype in European contract law so far. Nonetheless *future discussions* will probably focus on *specific rules* of service contracts *rather than on the systematic category itself.* » Comp. P. ROSSI, « The Language of Law between the European Union and the Member States », *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 23 et s. et not. p. 45, à propos de l'élaboration de terminologie commune : « It is clear that the EU common framework (to which the uniform terminology belongs) requires an *adaptive structure*, rejecting any straight forward definition of legal terms. » Pour des préoccupations similaires, voir, R. SCHULZE, « Problèmes et perspectives du droit européens des contrats-introduction », *in* G. MÄSCH, D. MAZEAUD, R. SCHULZE, *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Sellier, sept. 2009, p. 5 et s. et not. p. 8, à propos de la structure (architecture) du DCFR : « Cette structure soulève une série de questions revêtant une importance fondamentale eu égard à l'évolution future du droit privé européen. Autant elle peut apparaître logique aux juristes allemands imprégnés du raisonnement pandectique, autant elle peut être problématique de la perspective d'autres traditions et expériences juridiques. »

[2634] Comp. S. GRUNDMANN, M. SCHAUER (sous dir. de), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, Kluwer Law International, 2006, p. 4 : « [I]n emerging European private and contract law, it may be even more important to discuss the 'architecture' than in national laws. The idea would be that in the process of European codification, a fundamentally new systematic concept should be the aim. The reason for this is that over the last three to five decades, contract law, and the world which contract law has to reflect, has changed so radically. […] with all these changes, it would be astonishing if the system, if the architecture of codes did not have to change as well. The *architecture of codes matters-old and new, already invented and still to be developed- if one does not just want to stick to traditional models created for other times and a different world and if one takes the starting point seriously that codes and system should reflect the inherent nature of substantive law solutions.* » ; H.-S. NÖLKE, F. ZOLL, « Structure and Values of the Acquis Principles : New features and their possible use for political purposes », *in* Research Group on the existing EC Private Law, *Acquis Principles, Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services)*, Sellier, 2009, p. xxiii et s. et not. p. xxvi, parlant de « process of structure building ».

[2635] Voir F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft) Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 189 : « Framing is also relevant with respect to system building within the DCFR for instance with regards to classification of different instruments and types of contracts. Service contracts are just one example : many national contract laws have different categories and there has *been non prototype in European contract law so far.* »

Nous allons dans un premier temps conceptualiser ci-après la restructuration nécessaire du droit des contrats d'exploitation (§1) avant de concrétiser sa nouvelle structure (§2).

§1.- Conceptualiser la structure du droit des contrats d'exploitation.

543.- La conceptualisation de la structure rénovée du droit européen des contrats d'exploitation correspond à l'étape de détermination des impératifs et des directions générales qui doivent être pris en considération pour l'esquisser. Si le choix de la systématisation s'impose (A), il n'en reste pas moins que le caractère adaptable de la structure devra être assuré (B).

A.- Une structure systématique : pour une codification du droit des contrats d'exploitation.

544.- Les paradigmes structurels disponibles : Systématisation et fragmentation. La structure du droit européen des contrats d'exploitation peut être fondée sur deux paradigmes opposés : le paradigme de systématisation et le paradigme de fragmentation[2636].

De manière générale, la systématisation[2637] d'une matière juridique est une démarche dont l'objectif est la mise en ordre et en harmonie[2638] et d'ordonner un ensemble « chaotique »[2639], grâce à l'établissement de distinctions qui sont toujours le résultat d'un travail de l'esprit. C'est pourquoi

---

[2636] Sur ce point voir R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'européanisation du droit privé », *RTD Civ.*, 2007, p. 451 s. : « Le contraire d'une *harmonisation fragmentaire* est *une harmonisation d'ensemble et systématique*. Une loi d'ensemble et systématique est normalement appelée code. » ; Th. WILHELMSSON, « Private Law in the EU : Harmonized or Fragmented Européanisation ?, *ERPL*, 1/2002, pp. 77-94 et not. p. 78 : « I believe that one can describe two different basic attitudes towards Europeanization […] with the help of [the concepts of harmonization and fragmentation]. » et *ibidem* p. 78, à propos de l'élaboration d'un Code civil européen : « I shall distinguish two attitudes, or rather two ways of emphasizing matters towards Europeanization firstly one may strive toward a *systematic harmonization*. On the other hand, one may prefer a more fragmented Europeanization. In this view Europeanization emphasizes the *unsystematic, the fragmented, the flexible.* » Sur la question de la structuration du droit européen en général, v. Comp. F. ZOLL, « A Need for a New Structure for European Private Law », *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 555 et s. et not. p. 555 : « The current evolution of European private law refreshes the old discussions concerning the mode of the desired structure of the body of law. […] These three drafts have in common that they envisage-or should at least envisage- a certain concept of the structuring of private law. »

[2637] *Sytematisation*, n.f. : Action de systématiser, de rendre systématique, fait de systématiser, de former un système, action de systématiser, d'organiser des éléments en système.

[2638] J. HUET, « Des distinctions entre les obligations », *Revue des contrats*, 01 janvier 2006, n° 1, p. 89 : « voir les choses harmonieusement rangées ».

[2639] Comp. M. Van HOECKE, F. OST, « Legal doctrine in crisis : towards a European legal sciecne », *Legal Studies*, vol. 18, n° 2, 1998, pp. 197-215 et not. p. 208 : « Systematisation of law means, in the first place, *ordering a chaotic set of concrete rules* with the help of general principles. » et *ibidem* : « Instead of a chaotic view of an unordered set of rules and decisions, which are hardly ordered but frequently just reproduced and incorporated in doctrinal legal writing, many lawyers are seeking a more systematized view of the law. »

l'approche systématique du droit est nécessairement une approche théorique de la matière[2640]. L'articulation entre les différentes distinctions mène à l'élaboration de constructions théoriques[2641], plus ou moins élaborées, qui offrent une structure rationnelle et cohérente[2642] à la matière juridique concernée. Pour mettre en œuvre une distinction, il convient de s'entendre préalablement sur un ou plusieurs critères. Plus on possède de critères, plus on obtient de distinctions[2643]. Les critères de distinction résultent parfois de la réalité des choses (distinctions fonctionnelles). En revanche, d'autres critères peuvent être le résultat d'un effort intellectuel visant à l'élaboration d'une construction plus abstraite[2644].

La systématisation en matière de contrats spéciaux, et donc en matière de contrats d'exploitation, correspond à l'élaboration d'un système de catégories contractuelles[2645], à travers la mise en œuvre

---

[2640] T. TAURAN, « Les distinctions en droit civil », *Les Petites Affiches*, n° 70, 07/04/2000, p. 5 s. : « les distinctions sont toujours le résultat d'un travail de l'esprit, même pour les distinctions les plus simples qui découlent de la réalité des choses. » À cause exactement du caractère théorique-et donc abstrait- de la systématisation, pour la plupart de fois, la systématisation du droit constitue une œuvre doctrinale Sur ce point voir Th. WILHELMSSON, « Private Law in the EU : Harmonized or Fragmented Européanisation ?, *ERPL*, 1/2002, pp. 77-94 et not. p. 80 : « All phenomena of life can be systematized and it is the task of science to create such systems. Legal science creates the system of the legal order. » ; T. TAURAN, « Les distinctions en droit civil », *Les Petites Affiches*, n° 70, 07/04/2000, p. 5-14, p. [1] : « Les distinctions correspondent à des techniques essentielles de mise en ordre des règles juridiques, très précieuses pour les juristes. » ; *idem* « Les distinctions en droit commercial », *Les Petites Affiches*, 12 septembre 2000, n° 182, p. 5 : « [L]a mise en œuvre de distinctions est, comme chacun le sait, un des instruments les plus précieux des juristes permettant de classer des règles de droit et par la suite de résoudre des problèmes concrets. » ; D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 4e éd., Dalloz, 2004, n° 10, p. 16 : « Les juristes, tels des entomologistes, classent, distinguent, dissèquent, nomment, sérient les contrats comme d'autres épinglent les insectes. C'est une manie qui n'est pas propre aux juristes mais elle est remarquable chez eux. »

[2641] T. TAURAN, « Les distinctions en droit civil », *Les Petites Affiches*, n° 70, 07/04/2000, p. 5 s. : « Les distinctions en droit civil aboutissent, lorsqu'on les articule les unes par rapport aux autres, à des *constructions théoriques* qui procurent une structure cohérente à la matière juridique. » Par ailleurs, le degré de la théorisation peut arriver jusqu'à la conception d'une théorie générale des distinctions. Sur ce point voir par exemple, Th. TAURAN, « Les distinctions en droit commercial », *Les Petites Affiches*, 12 septembre 2000, n° 182, p. 5 et s. C'est pourquoi la systématisation est synonyme de la théorisation ou de la conceptualisation, voir <dictionnaire.reverso.net/francais-synonymes/syst%C3%A9matisation>. Comp. M. Van HOECKE, F. OST, « Legal doctrine in crisis : towards a European legal sciecne », *Legal Studies*, vol. 18, n° 2, 1998, pp. 197-215 et not. p. 197 : « Systematization is the construction of a conceptual framework of the law, which is a necessary basis for any legal rule and for any legal reasoning. »

L'ordonnancement systématique d'une matière juridique est aussi représenté par le terme de la « taxinomie ». V. en ce sens, G. AJANI, « Legal Taxonomy and European Private Law », *in* R. SCHULZE, G. AJANI (sous dir. de), *Common Principles of European Private Law*, Studies of a Research Network, Coll. Europaeisches Privatrecht n° 22, Nomos, 2003, p. 349 et s. et not. p. 349, note n° 1 : « Taxonomy is used here as a generic word for the classification used in any jurisdiction to represent the systematisation of legal rules and facts relevant for the daily functioning of private law at any socio-economic level ».

[2642] G. SAMUEL, « Classification of contracts : A view from a common lawyer », *in* F. JAVIER ANDRES SANTOS, Ch. BALDUS, H. DEDEK (sous dir. de), *Vertragstypen in Europa*, Sellier, 2011, p. 117 et s. et not. pp. 120-121, parlant à propos de la systématisation de « rational form » ; M. Van HOECKE, F. OST, « Legal doctrine in crisis : towards a European legal sciecne », *Legal Studies*, vol. 18, n° 2, 1998, pp. 197-215 et not. p. 208, parlant de « coherent whole ».

[2643] En ce sens, Th. TAURAN, « Les distinctions en droit commercial », *Les Petites Affiches*, 12 septembre 2000, n° 182, p. 5.

[2644] T. TAURAN, « Les distinctions en droit civil », *Les Petites Affiches*, n° 70, 07/04/2000, p. 5 s. : « les distinctions sont toujours le résultat d'un travail de l'esprit, même pour les distinctions les plus simples qui découlent de la réalité des choses. Ce qui varie d'une distinction à l'autre, c'est que dans certains cas les efforts intellectuels sont réduits, alors que dans d'autres, il est nécessaire de réaliser un raisonnement abstrait pour réussir à les concevoir. C'est dans un tel contexte que se placent les classifications. »

[2645] Sur la notion des catégories juridiques contractuelles, v. par exemple G. CHANTEPIE, « La recomposition des catégories juridiques contractuelles par le droit de la consommation européenne », D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 71 s. et not. p. 72 s.

de certains critères de distinctions. L'utilisation d'une structure systématique du droit européen des contrats d'exploitation mènerait à l'organisation rationnelle de catégories contractuelles des contrats d'exploitation, et donc à la codification européenne de la matière.

D'autre part, la fragmentation du droit correspond à la production désordonnée des règles destinées à aborder des situations problématiques concrètes (*problem approach*)[2646]. Une structure fragmentée correspondrait à l'encadrement isolé des certains contrats d'exploitation dont la conclusion semble problématique[2647].

Étant donné les objectifs de la (re)construction envisagée, le choix[2648] d'une structure systématique du droit des contrats d'exploitation est nécessaire (1°), tout en étant acceptable au niveau européen (2°).

[2646] M. Van HOECKE, F. OST, « Legal doctrine in crisis : towards a European legal sciecne », *Legal Studies*, vol. 18, n° 2, 1998, pp. 197-215 et not. p. 208 : « instead of haphazard solutions for concrete cases ». Comp. Th. WILHELMSSON, « Private Law in the EU : Harmonized or Fragmented Européanisation ?, *ERPL*, 1/2002, pp. 77-94 et not. p. 78 parlant de « unsystematic, the fragmented, the flexible. » Comp. G. SAMUEL, « Classification of contracts : A view from a common lawyer », *in* F. JAVIER ANDRES SANTOS, Ch. BALDUS, H. DEDEK (sous dir. de), *Vertragstypen in Europa*, Sellier, 2011, p. 117 et s. et not. pp. 120-121 : « And so, most legal texts were written not in a systematic way but as lists. »

[2647] Telle est généralement l'approche utilisée lors de l'adoption du droit européen. Sur ce point v. par exemple H.-S. NÖLKE, F. ZOLL, « Structure and Values of the Acquis Principles : New features and their possible use for political purposes », *in* Research Group on the existing EC Private Law, *Acquis Principles, Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services)*, Sellier, 2009, p. xxiii et s. et not. p. xxv : « Unlike many national laws, EC contract law does not strive to regulate areas of law comprehensively like a codification but rather follows a functionalist or instrumentalist approach. The main reasons for that lie, on the one hand in the style of politics of the EU and on the other hand in the principle of conferred powers which limits the EU competence for legislation to specific confined fields. The incentive for legislative activity is usually just a problem seen as important or neuralgic in the light of the specific purposes of the EU. This problem approach is reflected in the fragmented legislative landscape of EC contract law and is one of the reasons for the lack of coherence and consistence of the *acquis*. […] The *acquis* does not operate with a codification-like classificatory definition of contract types. In contrast the problem approach of the acquis just tries to *identify certain needs for action* or protection and to describe the situations in which such action or protection shall become effective. » ; Research Group on the existing EC Private Law, *Acquis Principles, Contract I (pre-contractual Obligations, Conclusion of a Contract, Unfair Terms)*, Sellier, 2007, p. xxv : « Unlike many national laws, EC contract law does not strive to regulate areas of law comprehensively like a codification but rather follows a functionalist or instrumentalist approach. […] This 'problem' approach is reflected in the fragmented legislative landscape of EC contract law and is one of the reasons for the lack of coherence and consistence of the acquis. » Effectivement, les travaux de l'Acquis groupe ont pour objectif de renforcer la cohérence de l'acquis communautaire en matière de droit des contrats. Sur ce point v. C. AUBERT DE VINCELLES, « La recherche d'une cohérence en droit européen : de l'acquis communautaire à l'ébauche d'un droit européen des contrats », *in* G. WICKER, *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe. Quelles perspectives pour quel équilibre »*, Actes du colloque organisé par le Centre d'étude et de recherche en droit des affaires et des contrats (CERDAC) le 19 septembre 2007, Litec Lexis Nexis, 2008, p. 7 s.

[2648] Comp. J. SMITS, P. LETTO-VANAMO, « Introdution », *in* P. LETTO-VANAMO, J. SMITS, *Coherence and Fragmentation in European Private Law*, Sellier, 2012, p. 1 s. et not. p. 3 : « The main choice that needs to be made in this respect is whether one wants to systematise European norms, national law or both. »

1°.- Le besoin d'une organisation systématique du droit des contrats d'exploitation.

Le choix de la systématisation ne va pas de soi dans le cadre de la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation[2649]. Ce choix semble toutefois s'imposer compte tenu des objectifs de la démarche de (re)construction envisagée.

a.- L'option pour la (re)construction horizontale du droit des contrats d'exploitation.

545.- La (re)construction envisagée devrait faire écho de l'approche horizontale de la matière du droit de la propriété intellectuelle[2650]. Pour ce faire, le choix du paradigme de l'organisation systématique du droit des contrats d'exploitation semble indispensable.

b.- L'impératif de cohérence et de consistance du droit européen des contrats d'exploitation.

546.- Les mérites d'un cadre juridique contractuel cohérent. D'un point de vue théorique, le choix d'une structure rationnelle du droit européen des contrats d'exploitation se justifie par le besoin d'élaborer un droit européen des contrats d'exploitation cohérent[2651]. La quête de cohérence devrait être considérée comme un véritable principe général[2652] dans la démarche de (re)construction du droit des contrats d'exploitation dans une perspective européenne, et ce pour plusieurs raisons. En effet, la notion de cohérence renvoie à l'harmonie[2653], à l'unité et la

---

[2649] Comp. S. GRUNDMANN, M. SCHAUER (sous dir. de), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, Kluwer Law International, 2006, p. 4 : « There are strong reasons not to write a European system or architecture just for system's shake and on the basis of what codes present so far, but rather to reconsider and extensively rewrite what is known as system in traditional codes. This is the reason why, in emerging European private and contract law, it may be even more important to discuss the architecture than in national laws. The idea would be that in the process of European codification, a fundamentally new systematic concept should be the aim. »

[2650] A. KUR, « Introduction », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. xii : « One possible response to those trends would be to embark on a quest for a One Right system, which could provide the groundwork for establishing a well-calibrated IP regime. The task would be to identify the features of a core right […] The architecture of such a system would have to be elaborated on the basis of a holistic approach, investigating the commonalities […]. »

[2651] *Cf.* Ch. GEIGER, « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 2 ; Ch. GEIGER, « The construction of intellectual property in the European Union » *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *Constructing European Intellectual Property. Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar, 2013, p. 5 s.

[2652] J. MESTRE, « L'exigence de cohérence », *Revue de la jurisprudence Commerciale*, n° 3, mai 2011, pp. 221-245 et not. p. 238 : « Il ne faut pas hésiter à affirmer ici que la cohérence doit être un véritable principe général gouvernant le droit ».

[2653] J. SMITS, P. LETTO-VANAMO, « Introdution », *in* P. LETTO-VANAMO, J. SMITS, *Coherence and Fragmentation in European Private Law*, Sellier, 2012, p. 1 s. et not. p. 2 : « coherence is seen as being about harmony of law. »

logique[2654]. À la cohérence s'oppose l'incohérence ou la confusion et le désordre[2655]. Pour ce qui nous intéresse, la cohérence du droit se réfère à l'harmonie[2656], à l'unité et la logique du cadre juridique en question. Plus précisément, un cadre juridique cohérent est susceptible d'assurer la prévisibilité des solutions juridiques[2657] et de renforcer ainsi le sentiment de sécurité juridique des parties. De même, l'idée de la cohérence du droit se nourrit principalement du souci de traiter les cas semblables de façon semblable et de manière inverse, les cas différents de manière différente[2658]. Ainsi, *a priori* la cohérence du cadre juridique assure l'équité et l'intelligibilité[2659] des solutions prévues et favorise la simplicité dans son utilisation par les parties. Notons que le besoin d'intelligibilité et de simplicité[2660] du cadre juridique est très important dans l'hypothèse d'une matière juridique complexe, comme celle des contrats d'exploitation[2661]. L'idée d'un tel cadre juridique prévisible clair et intelligible s'inscrit, par ailleurs, dans la stratégie de la Commission européenne pour l'amélioration de la qualité de la législation européenne[2662].

[2654] Pour une présentation de la notion de cohérence du droit privé en général, v. J. SMITS, P. LETTO-VANAMO, « Introduction », *in* P. LETTO-VANAMO, J. SMITS, *Coherence and Fragmentation in European Private Law*, Sellier, 2012, p. 1 s. et not. p. 2 ; J. SMITS, « Coherence and Fragmentation in European Private Law » *in* P. LETTO-VANAMO, J. SMITS, *Coherence and Fragmentation in European Private Law*, Sellier, 2012, p. 9 s.

[2655] V. le dictionnaire « Reverso », disponible sur : <dictionnaire.reverso.net/francais-synonymes/cohérence>.

[2656] Rappr. Th. WILHELMSSON, « Private Law in the EU : Harmonized or Fragmented Européanisation ?, *ERPL*, 1/2002, pp. 77-94 et not. p. 82 : « A European civil code *would restore harmony* in the legal order on a broader European scale. »

[2657] Comp. M. LOOS, « Service Contracts » *in* A. HARTKAMP *et al.* (sous dir. de), *Towards a European Civil Code*, 3e éd., 2004, Ars Aequi Libre/Kluwer Law International, pp. 571-582, p. [3] : « The lack of system in the substantive law, however, makes it difficult for the client to properly estimate the content of the foreign rule. »

[2658] V. MAK, « A Shift in Focus : Systematisation in European Private Law through EU Law (November 23, 2009), *European Law Journal*, *Vol.* 17, No. 3, pp. 403-428, 2011, *Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper No. 2009/12*, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1511624>, p. 2 ; M.-W. HESSELINK, *The New European Private law*, Kluwer Law International, 2002, p. 68 ; W. Van GERVEN, « Codifying European Private Law », *in* M. Van HOECKE, F. OST, L.WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 137 et s. et not. p. 147 : « [H]ow coherent a legal system must be. That is a question not only of efficiency but also of fairness and justice (i.e. of treating similar situations equally and different situations unequally). »

[2659] Comp. J. SMITS, P. LETTO-VANAMO, « Introduction », *in* P. LETTO-VANAMO, J. SMITS, *Coherence and Fragmentation in European Private Law*, Sellier, 2012, p. 1 s. et not. p. 2 : « [T]he main aim of making the law coherent is to keep it intelligible, thereby promoting values such as legal certainty, predictability and equality. »

[2660] Rappr. J. A. L.STERLING, « International Codification of Copyright Law : Possibilities and Imperatives », Part one, *IIC*, 2002, p. 270 s. et not. p. 285 : « the code will be expressed in simple statements. Complex provisions to deal with particular aspects will be the subject of local regulation and judicial decision. »

[2661] F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats speciaux*, LGDJ, 1969, p. 12 : « plus une matière se complique, se diversifie, plus il devient nécessaire de la structurer, de l'enserrer dans les cadres précis, *si l'on veut y voir plus clair.* », cité sur N. CARDOSO-ROULOT, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, L'Harmattan, 2009, p. 319, note n° 590. Rappr. M. VIVANT, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », *in Mélanges à l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 415 s. et not. p. 427 : « Pour ceux qui accepteraient de se livrer à ce jeu, qu'il nous soit simplement permis de rappeler avec Saint-Exupery, car le droit ce sont d'abord des principes et les principes sont choses simples, que tout l'effort de l'homme créateur- et l'on peut tenter de l'être en droit…- tend vers la simplicité […] ».

[2662] V. par exemple, Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions, Une réglementation intelligente au sein de l'Union européenne, Bruxelles, le 8.10.2010, COM(2010) 543 final, p. 9 : « Pour gérer la qualité de la législation, il faut également veiller à ce qu'elle soit aussi claire et accessible que possible. La Commission examine toutes les nouvelles propositions de législation et

547.- Organisation systématique et cohérence du droit des contrats d'exploitation. L'organisation systématique de la matière des contrats d'exploitation est en mesure de servir l'objectif de cohérence d'un droit européen des contrats d'exploitation[2663]. Plus précisément, la mise en place d'une telle organisation correspond à une démarche de rationalisation[2664] de la matière. Ainsi, la systématisation de la matière est susceptible de renforcer la prévisibilité des solutions juridiques et renforcer le sentiment de sécurité juridique des parties[2665], en empêchant l'apparition d'inconsistances et de redondances[2666]. De même, l'ordonnancement systématique des contrats d'exploitation à travers la consécration d'un système de plusieurs catégories contractuelles, est

---

veille à ce que les droits et les obligations créés soient exposés de manière simple afin d'en faciliter l'application et la mise en œuvre. En ce qui concerne la législation existante, la Commission poursuivra la codification, la refonte et la consolidation des textes juridiques. Elle continuera aussi de réduire le volume de la législation en abrogeant les dispositions obsolètes. » Voir aussi en ce sens, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, « Réponse à la commission europenne : à propos de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », disponible sur : < http://www.henricapitant.org/sites/default/files/R%C3%A9ponse%20finale%20de%20l%27Association%20Henri%20Capitant%2031%2001%202011_0.pdf>, n° 13, p. 6 : « La simplification et l'amélioration de la qualité rédactionnelle et technique des nombreuses directives intéressant déjà les contrats de consommation ne peuvent qu'être un priorité : il faut accroître l'intelligibilité du droit de l'Union européenne. » *Cf.* I. GRISS, « The European Contract Law- Seen by a Judge », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 179 et s. et not. p. 179 : « Judges have a fundamental interest in rules that are practicable and understandable for the citizens. » *Cf.* Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 12.2.2003, un droit européen des contrats plus cohérent, un plan d'action, COM(2003) 68 final.

[2663] Sur le lien entre cohérence et systématisation, v. par exemple H.-S. NÖLKE, F. ZOLL, « Structure and Values of the Acquis Principles : New features and their possible use for political purposes », *in* Research Group on the existing EC Private Law, *Acquis Principles, Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services)*, Sellier, 2009, p. xxiii et s. et not. p. xxix : « European private law can gain coherence only if there is a system of European law. » ; M.-W. HESSELINK, « The European Commission's Action Plan : Towards a More Coherent European Contract Law ? », *ERPL*, 4/2004, pp. 397-419, not. p. 410 : « Certainly, a more systematic organisation of the acquis, e.g. through codification in one or more regulations, would doubtlessly make part of European contract law more coherent. »

Cf. J. GAUDEMET *et al.*, *La codification*, 3 vol., PUF, 1996-1998, p. 203 : « La codification est toujours au droit écrit, une réunion de loi ordonnée et systématique, un ensemble cohérent de règles normatives. »

[2664] C'est pourquoi la codification, expression majeure de la systématisation est liée à l'idée de rationalité. Voir sur ce point J. GAUDEMET *et al.*, *La codification*, 3 vol., PUF, 1996-1998, p. 200 : « La codification est liée á l'idée de rationalité. » ; J. GAUDEMET *et al.*, *La codification*, 3 vol., PUF, 1996-1998, p. 206 : « La raison d'être, la cause de la codification, c'est la rationalisation du droit. »

[2665] Sur ce point voir J. MESTRE, « L'exigence de cohérence », *Revue de la jurisprudence Commerciale*, n° 3, mai 2011, pp. 221-245 et not. p. 238 : « Tel est d'ailleurs l'objet premier des codifications. Le mot même de codex exprime une cohérence (cf. la thèse précitée de D. Houtcieff), et le souci d'unité, de présentation ordonnée de la norme, de prévisibilité des solutions juridiques est au cœur de tout travail de codification. » ; R. CABRILLAC, *Les codifications*, PUF, 2002, p. 136 : « Toute codification poursuit un objectif technique fondamental qui s'explique par la crise des sources du droit qui la suscite et à laquelle elle est censée remédier : assurer une plus grande sécurité juridique. » et *ibidem*, p. 189 : « Nous avons vu qu'à l'origine toute codification naît d'un besoin social de sécurité juridique, relayé par une forte volonté politique. » ; B. OPETIT, *Essai sur la codification*, PUF, 1998, p. 12 : « Cette exigence d'unité et de sécurité du droit est selon certains, inhérente au concept même de code. »

[2666] *Cf.* M.-W. HESSELINK, *The New European Private Law*, Kluwer-Deventer, 2002, p. 12, à propos de la codification : « The code is presumed to be comprehensive and coherent. The code is presumed to be coherent in the sense that there is no contradiction between the rules contained in it, that each rule has one true meaning, and that it provides only one right answer to each legal question. » ; J. SMITS, P. LETTO-VANAMO, « Introduction », *in* P. LETTO-VANAMO, J. SMITS, *Coherence and Fragmentation in European Private Law*, Sellier, 2012, p. 1 s. et not. p. 3 : « [T]he main concern is to present existing material so as to avoid inner contradictions. Principles, rules and cases are then all seen as part of one overall system […] ».

susceptible de renforcer la clarté et l'intelligibilité du cadre juridique afférent[2667] et donc la communication efficace du contenu du droit[2668]. Par ailleurs, les inconvénients liés à l'adoption d'un acquis fragmenté, basé sur une approche sectorielle de la matière des contrats d'exploitation (ainsi que de la propriété intellectuelle dans son ensemble) ont été déjà signalés plus haut[2669].

Le choix de la consécration d'un système de catégories contractuelles des contrats d'exploitation se justifie ainsi par l'objectif d'assurer la cohérence et la consistance de l'acquis communautaire prospectif dans cette matière[2670].

[2667] Sur la relation de complémentarité entre la cohérence et l'intelligibilité du droit, voir J. MESTRE, « L'exigence de cohérence », *Revue de la jurisprudence Commerciale*, n° 3, mai 2011, pp. 221-245 et not. p. 238 : « Il ne faut pas hésiter à affirmer ici que la cohérence doit être un véritable principe général gouvernant le droit, à l'instar, par exemple, de l'intelligibilité. Est d'ailleurs, en étroite complémentarité avec cette dernière. » ; Th. WILHELMSSON, « Private Law in the EU : Harmonized or Fragmented Européanisation ?, *ERPL*, 1/2002, pp. 77-94 et not. p. 82 : « The answer would then lie in attempts to reduce the disintegration with the help of systematic harmonization to cure the criticized lack of system by creating a codified system. » ; A. GAMBARO, « The Plan d'Action of the European Commission- A Comment », *ERPL*, 6/2003, pp. 768-781 et not. p. 774 : « [T]he private law rules devoted to basic social relationships must organize themselves systematically in order to balance the centrifugal force determined by the very broad constellation of practical cases that social life proposes. » ; J. GAUDEMET *et al.*, *La codification*, 3 vol., PUF, 1996-1998, p. 200 : « Un droit simple et cohérent est facilement intelligible et appliqué. » Comp. J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 269, p. 299 : « Ces projets (de réforme du droit civil français) trouvent tous deux leur origine dans le constat qu'un droit civil patrimonial français, sorti du Code civil en raison de l'accumulation des lois éparses, des strates jurisprudentielles et des théories doctrinales, appelle une restauration de ses qualités de lisibilité, d'accessibilité et d'intelligibilité. Poursuivant cet objectif, ces deux projets se sont traduits par une *présentation systématique et cohérente*, dans une langue claire et concise, des solutions légales ou jurisprudentielles préexistantes, auxquelles sont venues s'ajouter la proposition de certaines règles totalement neuves. »

Par ailleurs, la systématisation d'une matière facilite la compréhension et l'étude de celle-ci. En fait, il paraît beaucoup plus facile de capturer l' « univers » d'une matière juridique de l'expliquer et de le maîtriser en procédant à la consécration des distinctions et l'élaboration des catégories qui peuvent faire l'objet d'une étude à titre (quasi) autonome. V. sur ce point J.-P. CHAZAL, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *Revue des contrats*, 01 décembre 2003, n° 1, p. 27 et s., paraphrasant K. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, Payot, 1973 : « À l'instar de toute théorie, la théorie dite "générale du contrat" n'est, pour paraphraser K. Popper, qu'un filet destiné à capturer l'univers du contrat, à le rendre rationnel, l'expliquer et le maîtriser. ». C'est pourquoi, par ailleurs, la systématisation présente également un intérêt pédagogique. En ce sens, T. TAURAN, « Les distinctions en droit civil », *Les Petites Affiches*, n° 70, 07/04/2000, p. 5-14, note n° 33.

[2668] Voir en ce sens, M.-W. HESSELINK, « The Structure of the New European Private Law », *Electronic Journal Of Comparative Law*, (December 2002), vol. 6.4, disponible sur : <www.ejcl.org/64/art64-2.html>, p. 19 : « The main practical function of the law's structure is of course that it should allow for efficient communication. » Comp. G. AJANI, « Legal Taxonomy and European Private Law », *in* R. SCHULZE, G. AJANI (sous dir. de), *Common Principles of European Private Law*, Studies of a Research Network, Coll. Europaeisches Privatrecht n° 22, Nomos, 2003, p. 349 et s. et not. p. 350 : « It will be apparent that a common terminology and systematic arrangement is necessary to *facilitate the rapid adoption of European law* by new member states. »

[2669] V. *supra*, n° 254 *sq*.

[2670] Rappr. en ce sens J. De WERRA, « La création d'un droit européen des contrats de licence : quelques réflexions sur l'arrêt *Pie Optiek* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris (LexisNexis) 2014, p. 801-811 et not. p. 811, parlant de l'élaboration d'un système cohérent et uniforme du droit des contrats de licence. » *A contrario* Th. WILHELMSSON, « Private Law in the EU : Harmonized or Fragmented Européanisation ?, *ERPL*, 1/2002, pp. 77-94 et not. p. 82 : « The answer would then lie in attempts to reduce the disintegration with the help of systematic harmonization to cure the criticized lack of system by creating a codified system. » Comp. A. GAMBARO, « The Plan d'Action of the European Commission- A Comment », *ERPL*, 6/2003, pp. 768-781 et not. p. 774, note n° 28, parlant de la vocation naturelle du droit privé à la systématisation.

2°.- La pertinence de l'organisation systématique du droit des contrats d'exploitation.

548.- Le choix de modèle de référence structurel pour la construction du droit des contrats d'exploitation peut s'avérer délicat au niveau européen car ce choix n'est pas neutre d'un point de vue culturel[2671]. En effet, la systématisation et la codification est une caractéristique de la tradition juridique du continent et il est *a priori* incompatible avec la tradition juridique de la *common law*[2672]. Le droit européen peut être également considéré comme un droit non systématisé[2673]. En

---

[2671] En ce sens, Acquis group, Research Group on the existing EC Private Law, *Acquis Principles, Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services)*, Sellier, 2009, p. xlix : « Nevertheless, system neutrality can be difficult to achieve. » *Adde* W. VAN GERVEN, « Codifying European Private Law » *in* VAN HOECKE M. (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford (Hart Publishing) 2004, p. 137 s. et not. p. 148 : « the decision as to how much fragmentation a legal system can tolerate, is very much influenced by one's legal background. As an academic trained in a system of codified law, and therefore 'naturally' imbued with the ideas of rationalisation, unification and legal certainty, my gut reaction would be in favour of codification. » Comp. R. HILLMAN, M. O'ROURKE, « ALI Principle of the law of software contracts : some proposals for a global software licensing policy », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 54 s. et not. p. 74 : « Ultimately, our *common law* tradition perhaps led us to be more receptive than lawyers from civil law countries to adopt flexible standards rather than bright-line rules for areas as diverse as consumer protection and the enforcement of terms that alter intellectual property rights. »

[2672] Les droits de la tradition de la *common law* de manière générale ne partagent pas la dogmatique des catégories contractuelles ainsi que de la codification du droit des contrats. En ce sens, v. A. GEORGIADIS, *Nouveaux types des contrats de l'économie contemporaine*, 5e éd., Sakkoulas, 2008, n° 46, p. 21. V. cependant *supra* sur la relativisation de cette affirmation.

[2673] Sur ce point v. not. M.-W. HESSELINK, *The New European Private law*, Kluwer Law International, 2002, p. 65 : « The emerging new European private law and the new European legal culture are definitely less formalist than the classical method of national legal cultures in Europe. Actors in European private law seem to share a much more moderate belief in the power of abstraction and of concepts. Moreover they seem to be less concerned with system and on the whole their approach to the law is less dogmatic and less deductive. There is less belief in right answers and in integrity and in the necessity and rationality of a given legal system which is more considered as contingent. » Pour une critique plus générale sur l'opportunité de l'organisation systématique du droit, v. M.-W. HESSELINK, « The Structure of the New European Private Law », *Electronic Journal Of Comparative Law*, (December 2002), vol. 6.4, disponible sur : <www.ejcl.org/64/art64-2.html>, p. 9 : « The Eu has consistently adopted a functional approach to the law, in which private law as much as public law is instrumental to the political aims which the EU means to achieve by way of tis directives and regulations ». *Cf.* K. RIEDL, « The work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint », *ERPL*, 1, 2000, pp. 71-83 et not. p. 80 : « Given the objective of a common market, the Community operates a flexible system, preferring dynamic harmonisation to a 'static' codex. »

À propos de la non systématisation de la matière des contrats, v. H. SCHULTE-NÖLKE, F. ZOLL, « Structure and Values of the Acquis Principles : New features and their possible use for political purposes », *in* Research Group on the existing EC Private Law, *Acquis Principles, Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services)*, Sellier, 2009, p. xxiii et s. et not. p. xxv : « One of the striking differences between national codifications and EC contract law is that EC contract law is not built upon the classical typology of contracts. National codifications contain usually at the beginning of a specific chapter a definition of the contract dealt with. Such classical definitions mainly list the so-called *essentialia negotii* i.e. the main obligations under the contract allowing a distinction from other kinds of contracts. The acquis does not operate with a codification-like classificatory definition of contract types. » ; C. AUBERT De VINCELLES, « Acquis européen, cadre commun de référence et proposition de Directive européenne au droit des consommateurs : quelle place pour les contrats spéciaux ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 53 s. et not. p. 58 : « Cette approche générale des contrats spéciaux par le droit européen semble ainsi dépourvue de volonté de systématisation. » Comp. F. ZOLL, « A Need for a New Structure for European Private Law », *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 555 et s. et not. p. 560 : « We have assumed that the acquis communautaire despite some limited exceptions, does not contain types of contracts. » Comp. H.-S. NÖLKE, F. ZOLL, « Structure and Values of the Acquis Principles : New features and their possible use for political purposes », *in* Research Group on the existing EC Private Law, *Acquis Principles, Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services)*, Sellier, 2009, p. xxiii et s. et not. p. xxvi se référant à « [t]he reluctance (or even hostility) of the acquis to use the classificatory definition techniques ».

pratique, le choix du paradigme de systématisation peut être isolé dans le cadre d'une législation européenne à caractère fonctionnel. Il est vrai qu'au sein de l'acquis communautaire en matière des contrats, seule la Directive 86/653/CEE du 18 décembre 1986[2674] relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, pourrait être mentionnée comme un exemple de systématisation d'une catégorie de contrats spéciaux[2675]. La fragmentation caractérise également l'acquis en matière de propriété intellectuelle, et, entre autres la matière des contrats d'exploitation[2676].

La rigueur de cette affirmation est toutefois à relativiser en matière de contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle[2677]. Comme nous l'avons vu, le droit britannique, représentatif de la tradition de la *common law*, prévoit un système de catégorisation des contrats d'exploitation dans toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle. Ainsi, la catégorisation systématique des contrats d'exploitation semble compatible avec tous les systèmes juridiques *a priori* opposés au niveau européen[2678]. Il est également remarquable que la réglementation (incomplète) du contrat de licence au sein de l'acquis communautaire en matière de marques[2679] relève d'une approche plus systématique que pragmatique, si nous prenons en considération le caractère abstrait de la réglementation et la consécration de sous-catégories (par exemple, la catégorisation selon le caractère exclusif du contrat). On note actuellement un renouvellement de l'intérêt pour l'approche systématique de la matière des contrats spéciaux au niveau européen[2680]. Nous pouvons mentionner ici l'initiative de la Commission visant une directive-cadre à portée horizontale en matière de droit

---

[2674] JO n° L 382 du 31/12/1986 p. 0017 – 0021.

[2675] Sur ce point, H.-S. NÖLKE, F. ZOLL, « Structure and Values of the Acquis Principles : New features and their possible use for political purposes », *in* Research Group on the existing EC Private Law, *Acquis Principles, Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services)*, Sellier, 2009, p. xxiii et s. et not. p. xxv : « An exception may be the early and somewhat solitary Commercial Agents Directive, which contains a kind of 'mini-codification' of a certain contract type, covering the full range of *essentialia negotii* with the function of determining the scope of application by distinguishing between other types of contracts. »

[2676] V. *supra* n° 127 *sq*.

[2677] Rappr. Ph. JOUGLEUX, « The Plurality of Legal Systems in Copyright Law : An Obstacle to a European Codification ? », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 55 s. à propos de l'ensemble du droit de la propriété intellectuelle.

[2678] *Cf.* sur cette question à titre indicatif K. RIESENHUBER (sous dir. de), *Systembildung im Europäischen Urheberrecht*, de Gruyter Recht, 2006 ; F. JAVIER ANDRES SANTOS, Ch. BALDUS, H. DEDEK (sous dir. de), *Vertragstypen in Europa*, Sellier, 2011.

[2679] V. *supra* n° 145 *sq*.

[2680] En ce sens v. not. J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 10, p. 18 : « Il est à noter que les termes *système et codification* sous-tendent l'ensemble des appels et prises de conscience actuels de la nécessité de l'amélioration des législations nationale et européenne. », *ibidem*, n° 11, p. 20 ; J. SENECHAL, « Le contrat d'entreprise, un enjeu du mouvement de re-codification du droit des contrats », *Revue Lamy Droit civil*, sept. 2009, pp. 66-72, parlant du « vent actuel de faveur en Europe et en France, pour la systématisation et la re-codification du droit des contrats. » Voir cependant *contra* A. WIJFFELS, « European Private Law : A New Software-Package for an Outdated Operating system ? », *in* M. HOECKE, F. ORT, *The Harmonisation of European Private Law*, Hart Publishing, 2000, p. 101 et s.

des consommateurs[2681] ainsi que l'organisation rationnelle des contrats spéciaux au sein des travaux doctrinaux[2682]. Ajoutons aussi la « codification » des licences libres *Creative Commons*. En pratique, la dernière version des différents types de licences prend la forme de « Codes juridiques »[2683], dont les caractéristiques sont regroupées de manière ordonnée[2684].

B.- Une structure adaptable.

549.- En dépit de ses mérites, le choix du paradigme structurel de la systématisation n'est pas à l'abri de critiques[2685]. Plus précisément, il est soutenu que l'organisation ordonnée des catégories contractuelles au niveau européen est un choix empreint de formalisme et de rigidité[2686] qui pourrait

---

[2681] Même si finalement la Directive adoptée ressemble plutôt à une compilation et non à une directive cadre à effet horizontal. Sur ce point voir F. ZOLL, « A Need for a New Structure for European Private Law », *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 555 et s. et not. p. 558 et s. : « It is accurate that the description of the 'horizontal directive' is not in use any more. It is merely a compilation, and does not provide a secure basis for further development. In the 'Green Book on consumer law' the Commision has declared a need for a framework directive on consumer law. The Commision purported to envisage a directive which could provide a basis for the future development of European consumer rights. This directive is merely a compilation of the four existing consumer directives. »

[2682] V. not. le livre IV du DCFR ainsi que les travaux de la Conférence Internationale de Pavie, 27-28 juin 2009, réalisée dans le cadre du projet « Gandolfi » et se référent au deuxième livre du « Code civil européen », ou il apparaît que différents contrats spéciaux sont traités de manière transversale, sous le titre générique « contrats de coopération », Commission Européenne – Académie des Privatistes Européens, Contrats 'de services' (ou 'de coopération') dans le Code européen des contrats, Milan, Giuffrè Editore 2009, également disponibles sur : <www.eurcontrats.eu/files/Les%20travaux.pdf>.

[2683] « Chaque licence commence comme un outil juridique traditionnel, dans le type de langage et de format de texte que la plupart des *avocats emploient et apprécient*. Nous l'appelons la couche de Code Juridique de chaque licence », v. le site : <creativecommons.org/licenses/?lang=fr>.

[2684] « Conception et fondements des licences. Toutes les licences *Creative Commons* ont de nombreuses caractéristiques importantes en commun. […] », v. le site : <creativecommons.org/licenses/?lang=fr>.

[2685] Pour une critique fondamentale de l'européanisation systématique en général, v. M.-W. HESSELINK, *The New European Private law*, Kluwer Law International, 2002, p. 44, citant Ch. JOERGES, « Interactive Adjudication in the Européanisation Process ? A Demanding Perspective and a Modest Example », *ERPL*, 1/2000, pp. 1-16 et not. : « Accordingly, he argues that legal scholarship should try to imagine and conceptualise a law of Europeanisation rather than some pan-European system that might be codified or compiled out of Europe's common legal heritage. » Rather than creating new static coherent structures or rigid institutional arrangements, we should find a dynamic solution for the interplay between EU law and 27 national legal systems of private law. » et M.-W. HESSELINK, *The New European Private law*, Kluwer Law International, 2002, p. 44 citant Ch. JOERGES, « The Impact of European Intégration on Private Law : Reductionist Perceptions True Conflicts and a new Constitutional Perspective », *European Law Journal*, 1997, p. 378 s. et not. p. 396 : « lawyers should not at the outset attempt to develop or promote comprehensive and systematic responses to the integration challenge. European integration forces us to re evaluate the societal links of our legal systems in general and to reconsider the normative task of private law in particular Since this is an extraordinary complex task and because future European evolution is contingent in so many ways the design of new readymade systems does not seem feasible and it would instead appear to me more constructive to restrict oneself to the analysis of patterns of exemplary importance and to generalize only in relation to methodological considerations. »

[2686] L'organisation systématique des catégories contractuelles est fréquemment représentée comme une forme de *standardisation* structurelle qui offre un « cliche instantané » de la matière des contrats d'exploitation basée sur la situation existante à un moment donné. *Cf.* F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft)Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 187 : « The DCFR is no more than a snap-shot […] ».

mener à la pétrification de la matière concernée[2687]. L'organisation systématique, en raison de son caractère statique, risque de s'avérer insuffisante pour anticiper le caractère évolutif de la matière et devenir obsolète. De même, le reproche du caractère artificiel de l'organisation en question se pose inévitablement[2688]. Par ailleurs, l'établissement d'un système commun de catégories contractuelles serait, pour certains, contraire à l'idée de la création d'une identité européenne commune, dont la force réside dans le pluralisme[2689].

Dès lors, et compte tenu des caractéristiques particulières de la matière du droit des contrats d'exploitation, le caractère statique et univoque d'une organisation systématique des catégories contractuelles doit être contrebalancé par la recherche d'un équilibre entre, d'une part, exhaustivité et ouverture du système (1°) et, d'autre part, unité et diversité culturelle et catégorielle qui caractérise la matière des contrats d'exploitation (2°).

1°.- Concilier l'exhaustivité et l'ouverture du système des catégories contractuelles.

550.- Le caractère évolutif de la matière des contrats d'exploitation. De manière générale, « ce qui est considéré moderne aujourd'hui peut devenir obsolète demain »[2690]. Ainsi, le cadre juridique doit être le plus durable possible dans le temps et résister aux évolutions nouvelles. De même, ainsi que déjà été signalé, le choix du paradigme structurel est susceptible d'influencer l'adaptabilité du cadre juridique. Plus particulièrement, nous avons vu qu'une structure systématique pouvait mener à la « pétrification » de la matière concernée. De son côté, l'environnement de la propriété intellectuelle et de son exploitation n'est pas du tout immobile. Le caractère extrêmement évolutif de la matière des contrats d'exploitation s'explique d'une part par le renouvellement du droit

---

[2687] Comp. F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft) Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 187 : « Instead of fostering legal innovation, the CFR risks *exacerbating petrification and obsolescence* in European contract law. »

[2688] Le droit intervient *a posteriori*, afin de régler une réalité sociale existante, en d'autres termes, « le législateur a l'air d'un artiste qui peint d'après nature », Ph. JESTAZ, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », *in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 120. Ceci étant, les divisions juridiques présentent plus ou moins un degré d'artificialité. Comp. F. GRUA, « Les divisions du droit », *RTD civ.*, 1993, p. 59 et s., n° 4 : « [Les divisions par domaines] sont en nombre illimité, car l'esprit peut bien se proposer à lui-même les objets d'étude qu'il désire […] Depuis quelques temps, la doctrine invente un ou deux par an. »

[2689] Th. WILHELMSSON, « Private Law in the EU : Harmonized or Fragmented Européanisation ?, *ERPL*, 1/2002, pp. 77-94 et not. p. 90 : « Does European identity really require unified systems of law-or unified social and cultural structures in general ? Is not the prevailing European identity the opposite one ? Is not the core of European identity an attitude which recognizes the plurality of languages, social structures and cultures, and which regards the interplay between the different elements as one of the strengths of Europe ? *A systematic harmonization of law would, in this view, destroy rather than strengthen the identity of Europe*. »

[2690] F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft) Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 174.

substantiel de la propriété intellectuelle et d'autre part, par le renouvellement des pratiques contractuelles relatives à leur exploitation.

Plus précisément, le droit substantiel de la propriété intellectuelle peut être renouvelé soit par l'extension de la protection conférée par des titres existants à de nouveaux objets[2691] ou de nouvelles formes d'exploitation, apparues en raison du changement technologique[2692], soit par l'apparition de nouveaux titres de protection, surtout au niveau européen[2693]. De même, la matière des contrats d'exploitation a pu être qualifiée de « terre promise de l'innommé du moins comme son terrain de prédilection[2694] », comme l'atteste l'apparition des nouveaux types de contrats d'exploitation[2695] et d'emblée, l'apparition des licences ouvertes[2696].

Il est ainsi manifeste que la question de la capacité du cadre juridique des contrats d'exploitation et de sa structure à saisir les évolutions se pose de manière accrue[2697].

[2691] L'exemple du logiciel et de la « licence d'utilisation » est significatif en ce sens.

[2692] En ce sens, v. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 14, p. 14 : « Les évolutions technologiques, le développement de l'informatique, renouvellent les besoins et suscitent la création de figures innommées apparemment originales. » ; *ibid. eod. loc.* n° 143, p. 133 : « Par ailleurs, le développement de la numérisation et de l'internet ajoute encore à ces changements du fait de la dématérialisation et de la convergence des techniques et des médias qui en découlent. »

[2693] Sur la base de l'article 118 TFUE. *Cf.* la discussion relative à la création d'un titre européen de droit d'auteur, instituant un régime soit optionnel soit contraignant. Sur ce point v. par exemple K.-N. PEIFER, « A legal view of selected aspects and the development of Digital Europe », *GrurInt*. 2010, p. 671 s. et not. p. 676 et les références y citées ; B. HUGENHOLTZ, « Harmonisation of Unification of EU *Copyright* Law », *in* J. AXHAMN (sous dir. de), *Copyright in a borderless online environment*, Nodstedts Juridik, 2012, p. 189 s. et not. p. 203 ; B. HUGENHOLTZ, « Copyright in Europe : twenty years ago, today and what the future holds », *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 2013, p. 503 s. et not. p. 522 ; T. COOK, E. DERCLAYE, « An EU Copyright Code : What and How, if Ever ? », *Intellectual Property Quarterly*, n° 3, 2011, p. 259 s. et not. p 260 s. ; A. STROWEL, « Towards a European Copyright Law : Four issues to consider » *in* E. STAMATOUDI, P. TORREMANS, *EU Copyright Law. A Commentary*, Edward Elgar, 2014, n° 21.01 s, p. 1127 s. et not. n° 21.22 s., p. 1135 s.

[2694] N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 14, p. 14.

[2695] Sur l'évolution des pratiques contractuelles en matière de droit d'auteur v. à titre indicatif, N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 14, p. 14 : « Les conventions nouvelles y fleurissent sous des dénominations fixées par la pratique contractuelle : contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle, contrat de location de films, out put deal, contrat de mise en ligne d'une œuvre protégée, cession de droits d'exploitation de logiciels, licence libre. Les évolutions technologiques, le développement de l'informatique, renouvellent les besoins et suscitent la création de figures innommées apparemment originales. » ; *ibidem* n° 78, p. 74 : « Parce que les contrats désignés par la loi n'ont pas, en droit d'auteur, le même éclat que ceux du Code civil, la pratique contractuelle s'est montrée très imaginative. » *ibidem* p. 35 : « Les contrats de la propriété littéraire et artistique sont multiples. Cette discipline en renouvellement permanent voit en effet la pratique développer sans cesse nombre de contrats apparemment nouveaux. » ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 692 : « Sans doute serait-il bon de s'en souvenir à une époque ou, ainsi que l'atteste par exemple l'apparition de contrats dits à « 360 » ou de modèles alternatifs propres aux œuvres libres, la pratique cherche de plus en plus *à s'affranchir de catégories traditionnelles*, sans que l'on puisse toujours en mesurer les risques pour les créateurs. »

[2696] L. GUIBAULT, Ch. ANGELOPOULOS (sous dir. de), *Open Content Licensing. From Theory to Practice*, Amsterdam University Press, 2011, disponible egalement sur : <www.ivir.nl/publications/guibault/9789089643070_TEXT_HR_DRUK.pdf>. Sur l'ascension du « libre », v. par exemple N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 987, pp. 692-693.

[2697] *Cf.* N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 143, p. 133 : « La question de la capacité des contrats nommés du droit d'auteur à saisir cette double évolution se pose de manière accrue. »

551.- La recherche d'équilibre entre complétude et souplesse du système des catégories contractuelles. Selon les observations précédentes, il devient évident que la structure systématique du droit des contrats d'exploitation doit se concilier avec le caractère évolutif de la matière. Ceci dit, le système des catégories contractuelles des contrats d'exploitation envisagé ne doit pas être rigide et fermé[2698], il doit être suffisamment flexible[2699] et adaptable[2700] afin d'appréhender les évolutions futures de la matière[2701]. Pour reprendre l'affirmation du Professeur Zoll, la structure du cadre juridique moderne doit être « open enough for the changes of the law in the age of permanent change »[2702]. Sur cette base, la recherche d'un équilibre entre la sécurité juridique et la souplesse, ou, en d'autres termes, la complétude et l'ouverture du cadre juridique, semble indispensable[2703]. Ainsi, la systématisation des catégories contractuelles des contrats d'exploitation doit être fondée sur une application mesurée de la logique formelle, en vue d'assurer le caractère à la fois complet et ouvert du droit des contrats d'exploitation. En effet, la souplesse du cadre juridique et des distinctions consacrées constitue finalement le gage d'une réelle sécurité[2704].

[2698] En ce sens à propos des contrats d'auteur, S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 692.

[2699] Rappr. I. GRISS, « The European Contract Law- Seen by a Judge », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 179 et s. et not. p. 179 : « Nevertheless the question arises whether it would not be better to abstain from trying to regulate every single facet *and rather adopt a flexible system* like that of Walter Wilburg defining the criteria that are to be taken into account. »

[2700] F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft) Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 174 : « An effective contract law must primarily be adaptive. […] markets, products and transactions are changing rapidly, and this dynamic is nonetheless relevant for the design and assessment of the legislative framework. The responsiveness to change seems particularly relevant when a contract law instrument is not primarily designed as a directly applicable legal text, but as an instrument for law-making. Legislation at a more or less distant stage can produce rules only if supported by adaptive instrument ».

[2701] En ce sens aussi S. GRUNDMANN, « The role of competition in the European codification process », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 36 et s. et not. p. 48 : « After all, A European Code must reach forward into the 21st Century and propose a system for contract law as it exists now and in the foreseeable future. » ; F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft) Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. pp. 174-175 ; P. SIRINELLI, « Brèves observations sur le « raisonnable » en droit d'auteur », *in* Mélanges en l'honneur de André Françon, Dalloz, 1995, p. 397 s. et not. p. 405 : « Pour éviter le réflexe interventionniste, le législateur doit dès l'adoption d'un texte fondateur instaurer une certain souplesse dans le système ». Comp. F. ZOLL, « A Need for a New Structure for European Private Law », *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 555 et s. et not. p. 559, parlant de « platform in order to accumulate possible future development. »

[2702] F. ZOLL, « A Need for a New Structure for European Private Law », *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 555 et s. et not. p. 557.

[2703] Sur ce point v. J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 313, p. 350 : « La conciliation de l'ouverture et de la complétude. […] Cette indétermination de la catégorie générique du contrat, doublée de la nécessaire détermination et de la nécessaire exhaustivité des catégories qui sont incluses sous elle, entraînent une contrainte systémique : il faut, d'une part, classer les catégories définies, déterminées et, d'autre part, prévoir *des fenêtres* au sein du système contractuel complet et savant, des ouvertures permettant d'intégrer les finalités nouvelles non encore inventées au moment de l'élaboration, de la construction de la classification du contrat, donc non encore déterminées, définies. » Comp. M.-W. HESSELINK, *The New European Private Law*, Kluwer-Deventer, 2002, p. 69 : « Therefore every legal system will have to *find its own balance between form and substance*, between formal and substantive arguments. »

[2704] R. CABRILLAC, *Les codifications*, PUF, 2002, p. 307.

2°.- Concilier l'unité et la diversité en matière de contrats d'exploitation.

552.- Nous avons déjà signalé que le droit européen des contrats d'exploitation devait et pouvait être construit selon l'impératif de l' « unité dans la diversité »[2705]. Ainsi, la structure du droit européen des contrats d'exploitation et, plus précisément, le système des catégories contractuelles proposé devront refléter l'*unitas* et respecter la *diversitas* de la matière. Deux conséquences en découlent.

D'une part, l'organisation systématique des catégories contractuelles devra avoir comme point de référence les dénominateurs transversaux communs[2706] qui forment l'*unitas* de la matière des contrats d'exploitation au niveau européen[2707]. D'autre part, le système des catégories contractuelles des contrats d'exploitation devra être suffisamment flexible, afin de laisser l' « espace » nécessaire pour que s'exprime la diversité catégorielle de la matière. En fait, la structure systématique adoptée devrait assurer un maximum de flexibilité et de différenciation[2708]. Sur cette base, une idée serait de s'orienter vers l'utilisation des critères de catégorisation fonctionnels, édictés par la réalité de l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles[2709]. Un tel choix aurait le double intérêt de

---

[2705] Voir *supra n*° 434 et s.

[2706] *Cf. supra* n° 490 *sq.*

[2707] Nous avons vu plus haut qu'il ne serait pas acceptable d'utiliser un droit national comme modèle pour la (re)construction envisagée, surtout lorsque ce dernier serait insuffisant d'un point de vue structurel. V. *supra* n° 338. Notons que toute tentative de (re)construction du cadre juridique ayant pour point de départ le *status quo* actuel devrait être considérée comme une *évolution* plutôt qu'une *révolution* Rappr. H. COLLINS, « Governance implications for the European Union of the changing character of private law », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 269 et s. et not. p. 274 : « Such reforms, though triggered by the influence of European principles, would be constructed within the framework of national legal traditions, an evolution rather than a revolution. »

[2708] Formule empruntée par A. KUR, « Introduction », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. xii : « translated into law, this means that full room is given for consideration of the specificities found in individual cases, while nevertheless, all solutions must respond and must conform to the common objectives and principles that provide the backbone of the system so as to avoid arbitrary and inconsistent decisions »

[2709] Pour la catégorisation fonctionnelle des contrats spéciaux, v. M.-W. HESSELINK, « The Structure of the New European Private Law », *Electronic Journal Of Comparative Law*, (December 2002), vol. 6.4, disponible sur : <www.ejcl.org/64/art64-2.html>, p. 20 : « Even if abstract categories are used it may make sense to use categories which are more *recognizable to practitioners and even for ordinary citizens*. Categories that fit better with the way in which they conceive the law. For example, when one looks at the way in which practitioners organize their law firms and their specialties one rarely finds a lawyer or a section in a firm which specialize in the law of obligations, or the law of restitution, or juristic acts. No, more likely one will find merger & acquisition, litigation, company law, medical law, environmental law, labour law. These are functional categories which seem to fit the needs of practice. What would be convincing new, less abstract categories ? For contract law, the Tilburg team within the European Civil Code project has proposed new categories to deal with the law of services. Most legal systems deal with most services in a combination of general contract law and the general law of services. The Tilburg team now proposes 10 new categories in addition to general contract law. Thus they divide the broad category of service provision into 10 activities. This means tremendous progress… » ; M. B. M. LOOS, « Towards a European Law of Service Contract », *ERPL*, 2001, n° 4, pp. 565-574 et not. p. 569 : « The draft of an overarching European regulation cannot but be preceded by an extensive search of the better rule. However, it seems wise not to focus that research primarily on the specific contracts presently dealt with in the existing codifications. After all, although these codifications usually deal with the same contracts, important discrepancies exist that might hinder unification considerably. […] These observations suggest the Law of Services had better be approached differently. In my view it would be more fruitful to direct the research towheads the functional basic types of which these service contracts are composed. » Par ailleurs, l'utilisation des catégories fonctionnelles permettrait de dépasser les obstacles d'ordre dogmatique. V. sur ce point Ch. GEIGER e*t alii*,

concilier la flexibilité du système face au caractère évolutif et à la diversité qui caractérisent la matière[2710].

Nous allons examiner ci-après comment la flexibilité et la différenciation idéale pourraient être exprimées par la structure du droit européen des contrats d'exploitation.

§2.- Concrétiser la structure du droit des contrats d'exploitation.

553.- Au sein du présent paragraphe nous allons faire une proposition d'épure du droit européen des contrats d'exploitation, suivant les critères d'élaboration d'une structure systématique rénovée développées plus haut. Le droit européen des contrats d'exploitation pourrait avoir une structure bipartite (A) qui véhiculerait un système rénové des catégories contractuelles (B).

A.- Une structure bipartite.

554.- Nous pourrions imaginer une structure bipartite du droit des contrats d'exploitation, qui distinguerait la partie générale contenant le droit commun des contrats d'exploitation de la partie spéciale, qui représenterait le droit spécial des contrats d'exploitation. L'idée d'une structure bipartite n'est certes pas nouvelle. Il est recouru depuis longtemps à la division structurelle entre partie générale et partie spéciale pour l'organisation de la matière des contrats spéciaux, tant au niveau national – dans la réglementation du droit contractuel d'auteur dans certains pays européens

---

« Compte-rendu du colloque et clôture », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 571 s. : « il a également noté que aussi bien en droit allemand qu'en droit français, l'enjeu était finalement de garantir que la transmission ne puisse pas porter sur le droit d'auteur en tant que tel, dans sa globalité, comme c'est le cas par exemple aux États-Unis, mais seulement sur des fractions de ce droit, à savoir les droits d'utilisation. Ainsi, Ulmer avait en son temps, dans un échange avec M. Dietz, fait observer que, des lors que cet objectif pouvait être atteint, la question de savoir si l'acte de transfert devait être qualifié de concession ou de cession perdait de son importance. » Sur l'opportunité de l'utilisation des catégories fonctionnelles en général v. M.-W. HESSELINK, « The Structure of the New European Private Law », *Electronic Journal Of Comparative Law*, (December 2002), vol. 6.4, disponible sur : <www.ejcl.org/64/art64-2.html>, p. 20 : « Even if abstract categories are used it may make sense to use categories which are more recognizable to practitioners and even for ordinary citizens. For example, when one looks at the way in which practitioners organize their law firms and their specialties one rarely finds a lawyer or a section in a firm which specialize in the law of obligations or the law of restitutions or juristic acts. No, more likely one will find merger and acquisition, litigation, company law, medical law, etc. These are functional categories which seem to fit the needs of practice. What would be convincing new less abstract categories ? Clearly an even more functional approach to categories would go hand in hand with a structure of the law which no longer makes a division between private and public law, but rather divides the law into functional fields which are mixed. »

[2710] Par ailleurs, la flexibilité du système est nécessaire en vue d'assurer le respect de la diversité culturelle qui caractérise les différents systèmes juridiques européens. V. *infra* n° 549 *sq.*

continentaux[2711] -, qu'au niveau européen[2712], surtout au sein des travaux doctrinaux[2713]. Cependant, le choix de la structure bipartie répond au besoin d'assurer l'optimum de flexibilité (1°) et de différentiation (2°) lors de la systématisation du droit des contrats d'exploitation.

[2711] V. *supra* n° 17 *sq.* et 29 *sq.* la présentation du droit contractuel d'auteur grec et français. Comp. A. DIETZ, « The possible Harmonisation of Copyright Law Within the European Community », *IIC*, 1979, p. 395 s. et not. p. 409 s. : « Still, one must attempt-at least in the « *general » part* of the law of copyright contracts- to arrive at a common regulation favorable to authors by starting from the existing binding provisions as practiced in France and Germany. »

[2712] V. F. ZOLL, « A Need for a New Structure for European Private Law », *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 555 et s. et not. p. 559 : « The framework directive should be a sort of *general factotum* for European Private Law. In this manner, all directives would get a common background, containing common terminology and concepts. » *Adde* AUBERT De VINCELLES C., « Acquis européen, cadre commun de référence et proposition de Directive européenne au droit des consommateurs : quelle place pour les contrats spéciaux ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 53 s. et not. p. 67, à propos de la proposition de Règlement en matière de vente.

[2713] V. la structure de la réglementation proposée des contrats d'agence commerciale, de franchise et de distribution et des contrats des services. À propos la structure de ces derniers v. E. HONDIUS *et al.*, *Principles of European Law. Sales (PEL S)*, 2008, p. 129 : « It contains a first chapter with general provisions dealing with the issues that are typical for any type of service. […] In addition to the provisions of Chapter 1, Chapters 2 to 7 contain specific rules that only apply to the specific service contracts dealt with in these chapters. » Il s'agit des contrats suivants : le contrat de construction (Chapitre 3), le contrat de traitement (Chapitre 4), le contrat de dépôt (Chapitre 5), le contrat de dessin (Chapitre 6), le contrat de conseil (Chapitre 7), le contrat de traitement medical (Chapitre 8). ; M. B. M. LOOS, « Towards a European Law of Service Contract », *ERPL*, 2001, n° 4, pp. 565-574 ; *idem*, « Service Contracts » *in* A. HARTKAMP *et al.* (sous dir. de), *Towards a European Civil Code*, 3e éd., 2004, Ars Aequi Libre/Kluwer Law International, pp. 571-582 ; *idem*, « Service Contracts », January 26, 2010, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1542506>. *Adde* F. ZOLL, « The DCFR's specific part of the la of obligations and its feasibility for the development of a modern contract law », *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 105 s. et not. p. 112 s., pour qui « the structure of services is interesting and inspiring » and « the service part bears the traces of a future-oriented approach. »

À propos de la structure des contrats d'agence commerciale, de franchise et de distribution v. O. BUENO DIAZ, *Franchising in European contract law* : *a comparison between the main obligations of the contracting parties in the Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC), French and Spanish law*, Sellier, 2008, p. 24.

La même idée d'une structure bipartite peut être également détectée au sein de la nouvelle structure des *Acquis principles* qui est connue sous la dénomination de « mirror model ». D'après ce modèle de structure bipartite, il n'y a pas uniquement une partie générale qui est accompagnée d'une partie spéciale. Par contre, la structure consiste à juxtaposer plusieurs parties générales et leurs parties spéciales respectives. Sur ce point v. H.-S. NÖLKE, F. ZOLL, « Structure and Values of the Acquis Principles : New features and their possible use for political purposes », *in* Research Group on the existing EC Private Law, *Acquis Principles, Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services)*, Sellier, 2009, p. xxiii et s. et not. p. xxvi : « The Paris structure may be described as a mirror model. It does not have one general part of contract law followed by a specific part. Instead it juxtaposes several general parts and corresponding specific parts as the above examples may have shown. » ; F. ZOLL, « The DCFR's specific part of the la of obligations and its feasibility for the development of a modern contract law », *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 105 s. et not. p. 108.

Sur la fonction de modèle de cette structure v. F. ZOLL, « A Need for a New Structure for European Private Law », *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 555 et s. et not. p. 560 : « the new structure of the Acquis principles may serve as a model for the new systematization of European contract law and could be used as a model for the framework Directive. » ; G. DANNEMANN, « The Working Method of the Acquis Group- A Model ? » *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 15 s. et not. pp. 28-29.

Comp. aussi la structure proposée pour un future Code européen de la propriété intellectuelle. V. sur ce point, A. KUR, « Introduction », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. xiii : « A modest and probably more realistic aim for a holistic approach towards IP would be to promulgate an enhanced form of an Intellectual Property Code, which contains common rules on (administrative) procedures and sanctions as well as, for example, on IP rights as objects of property, where that is feasible. This might also help to sharpen the perception of the common falters of legal fields which have remained separate up till now, and of the need for more differentiated treatment in others. » V. sur ce point, N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64 et not. p. 61 : « Ce code communautaire de la propriété intellectuelle, loin de reprendre le plan du Code de la propriété intellectuelle, pourrait distinguer, d'une part des éléments spécifiques aux propriétés intellectuelles, et d'autre part, conjointement, *l'ensemble des questions communes aux propriétés intellectuelles* – communes car

1°.- La structure bipartite et le niveau idéal de flexibilité.

555.- La division structurelle du droit des contrats d'exploitation en parties générale et spéciale est susceptible de concilier la complétude et l'ouverture du système des catégories contractuelles[2714]. En effet, la partie générale serait susceptible de garantir la cohérence et la complétude du cadre juridique des contrats d'exploitation (a) alors que la partie spéciale constituerait la « fenêtre » permettant l'adaptation du système aux évolutions de la matière (b).

a.- La partie générale, gage d'intégrité du système.

556.- « La légitime aspiration à une meilleure sécurité juridique passe par la recherche d'une *jus commune*, fondée sur de grands principes ou au moins des solutions générales »[2715]. Car la généralité des solutions offertes est susceptible d'appréhender et de régir les innombrables réalités de l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles, présentes ou futures[2716]. Ainsi, la consécration d'une partie générale du droit des contrats d'exploitation est la technique la plus appropriée pour assurer le caractère complet du système juridique[2717]. Une telle partie aurait la fonction de « cadre de référence » ou de cadre général pour l'ensemble de la matière et pour tout contrat d'exploitation. Elle garderait le « thesaurus » de règles, de concepts et de terminologie[2718]

---

essentiellement influencées par le caractère immatériel des biens intellectuels, notamment les contrats, le domaine public, la concurrence et la contrefaçon. »

[2714] Comp. H.-S. NÖLKE, F. ZOLL, « Structure and Values of the Acquis Principles : New features and their possible use for political purposes », *in* Research Group on the existing EC Private Law, Acquis Principles, *Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services)*, Sellier, 2009, p. xxiii et s. et not. p. xxvi : « The new structure of the Acquis principles aims at a golden mean between the closed and systematic structure of some national codifications and the problem approach of the existing EC contract law. »

[2715] R. CABRILLAC, *Les codifications*, PUF, 2002, p. 307. Sur le caractère général des solutions législatives v. en droit français déjà, J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil Discours de présentation du Code civil*, Confluences, 1999, p. 19 : « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application. » ; J.-C. BECANE et M. COUDERC, *La loi*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1994, p. 53 : « En vérité, tournée vers un avenir peuplé d'un nombre indéterminé de cas dont la survenance est imprévisible, la loi répond au caractère événementiel et aléatoire de la vie juridique par la *généralité de ses prévisions.* » ; P. TREFIGNY, « Les contrats d'exploitation », *JCP Cahiers de Droit de l'entreprise*, n°42, Dossier « Propriétés intellectuelles ; unité ou diversité ?, 2004, p.16 et s. et not. p. 21 : « une loi doit être générale, pour pouvoir facilement s'adapter aux évolutions nécessaires de la société » ; A. GEORGIADIS, *Nouveaux types des contrats de l'économie contemporaine*, 5e éd., Sakkoulas, 2008, n° 5, pp. 3-4, parlant des mérites d'un encadrement abstrait.

[2716] Rappr. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 111, p. 107 et *ibid.* n° 116, p. 111, à propos de l'absorption des figures contractuelles diverses sous le cadre juridique du contrat de représentation du Code de la propriété intellectuelle français.

[2717] J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 277, p. 309.

[2718] *Cf.* F. ZOLL, « A Need for a New Structure for European Private Law », *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 555 et s. et not. p. 557 : « Consistent law requires consistent terminology. »

ayant trait à l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles[2719]. Ceci renforcerait la cohérence du droit des contrats d'exploitation. En effet, l'existence d'une partie « intégrée, englobant l'ensemble du spectre des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle[2720] » permettrait de mettre fin à la fragmentation du droit des contrats d'exploitation et aux inconvénients en découlant. L'existence de la partie en question du droit des contrats d'exploitation serait alors un instrument de sécurité[2721], susceptible d'assurer l'intégrité normative et la lisibilité du cadre juridique applicable aux contrats d'exploitation. Ajoutons que l'expérience démontre que des « parties générales » similaires ont pu voir le jour à propos d'autres types des contrats, tels que les contrats des services, au niveau européen[2722].

b.- La partie spéciale, fenêtre d'adaptation aux besoins de réglementation ultérieurs.

557.- La structure systématique du droit des contrats d'exploitation devrait être façonnée de façon à permettre le développement constant du cadre juridique des contrats d'exploitation[2723]. En pratique, le système complet de la partie générale devrait être doté d'un mécanisme d'extension et d'adaptation de la réglementation propre aux contrats d'exploitation, au fur et à mesure des évolutions pouvant affecter le droit des contrats d'exploitation, comme par exemple l'apparition de nouveaux objets de protection ou de nouvelles formes d'exploitation. À cette fin, l'existence d'une partie spéciale du droit des contrats d'exploitation afférente à la réglementation des questions particulières de l'exploitation des propriétés intellectuelles, pourrait constituer la « fenêtre » d'adaptation du système aux besoins de réglementation ultérieure. La partie spéciale à « texture ouverte » et susceptible d'être étendue sans limitation serait susceptible de couvrir la réglementation des nouvelles réalités susceptibles d'apparaître dans le futur.

[2719] Comp. E. HONDIUS *et al.*, *Principles of European Law. Sales (PEL S)*, 2008, p. 129 : « There are several issues that are typical for a service process in abstracto […] These issues are typical for all services referred to above and the proposition is that they are also inherent in other services. »

[2720] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, Une stratégie dans le domaine des droits de propriété industrielle pour l'Europe, COM(2008) 465 final, Bruxelles, le 16.7.2008, p. 3.

[2721] J.-J. BARBIERI, « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », *RDC*, 01 avril 2006, n° 2, p. 261.

[2722] Comp. M. LOOS, « Service Contracts », January 26, 2010, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1542506>, p. 3 : « The first chapter of the PEL SC thus constitutes a general framework of European service contract law […] » ; S. BARTELS, I. GIESEN, « The Principles of European Law on Service Contracts : The Rules on Medical Treatment in a Future Europe Compared to the Rules in the Netherlands », *in* K. BOELE-WOELKI, W. GROSHEIDE, *The future of European contract law*, Wolters Kluwer, 2007, p. 149 s., not. p. 169 s. et not. p. 172 s. : « [T]he system for dealing with services included herein is built up from several general rules applicable to all types of services, followed by specific rules for the specific contract in question. »

[2723] Comp. H.-S. NÖLKE, F. ZOLL, « Structure and Values of the Acquis Principles : New features and their possible use for political purposes », *in* Research Group on the existing EC Private Law, *Acquis Principles, Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services)*, Sellier, 2009, p. xxiii et s. et not. p. xxvi : « This new structure is built with the aim to remain open for the permanent development of the acquis. New pieces of EC contract law may be easily incorporated without a permanent deconstruction of the general framework. »

2°.- La structure bipartite et le niveau idéal de différentiation.

558.- L'*optimum* de différentiation recherché lors de la systématisation du droit des contrats d'exploitation pourrait être reflété au sein de la structure bipartite susvisée. En effet, la partie générale serait sensée refléter l'*unitas* (a) alors que la partie spéciale représenterait la *diversitas* (b) qui caractérise la matière des contrats d'exploitation.

a.- La partie générale, vecteur de l'*unitas* du droit des contrats d'exploitation au niveau européen.

559.- La partie générale du droit européen des contrats d'exploitation, en reflétant l'approche horizontale de la (re)construction envisagée, constituerait le cadre juridique européen transversal de l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles. Son contenu serait développé autour des dénominateurs transversaux (communs) formant l'*unitas* catégorielle de la matière des contrats d'exploitation au niveau européen et définirait les conditions générales applicables à tous les contrats d'exploitation[2724]. La partie générale exprimerait alors l'unité du droit des contrats d'exploitation en Europe, en discernant, au-delà des apparences, les similitudes profondes, les identités de nature et les « points communs pertinents décisifs »[2725] parmi les différents droits nationaux et les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle[2726]. Ainsi, l'approche « *one size fits all* » laisserait sa place à l'approche « *some fit all* »[2727], ce qui permettrait de respecter la diversité - culturelle et catégorielle- de la matière tout en assurant la simplicité du cadre juridique des contrats d'exploitation.

[2724] *Cf.* A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2011, p. 359, à propos des contrats d'exploitation en droit d'auteur : « Il convient notamment de définir des conditions générales applicables à tous les contrats. ».

[2725] J. MESTRE, « L'exigence de cohérence », *Revue de la jurisprudence Commerciale*, n° 3, mai 2011, pp. 221-245, citant G. CORNU, « Le règne de l'analogie », *in L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 331 s.

[2726] Par ailleurs, ceci permettrait de souligner le besoin de traitement particulier des éléments relevant de la *diversitas* qui caractérise la matière des contrats d'exploitation. Comp. A. KUR, « Introduction », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. xiii : « This might also help to sharpen the perception of the common features of legal fields which have remained separate up till now, and of the need for more differentiated treatment in others. »

[2727] G. DINWOODIE, « Remarks : 'One Size Fits All'. Consolidation and Difference in Intllectual Property Law », University of Oxford Legal Research Paper Series, may 2010, Paper No 45/2010, disponible sur SSRN: <ssrn.com/abstract=1601225> (aussi *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 3 et s. et not. p. 10 : « clearly one size does not fit all […] whether we are talking about eradicating differences in the application of the rules within a single régime […] ». *Cf.* D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 4e éd., Dalloz, 2004, n° 10, p. 16 : « De même que la généralité de la vie sur terre n'empêche ni la différenciation des espèces ni n'entrave l'intérêt de son étude. »

b.- La partie spéciale, vecteur de la *diversitas* catégorielle au niveau européen.

560.- L'application de l'*unitas* via *diversitas* au sein du droit de la propriété intellectuelle a effectivement pour objectif d'assurer le respect de la diversité catégorielle qui caractérise la matière des contrats d'exploitation en Europe. La seule existence de la partie générale précitée ne suffit pas pour assurer cet objectif. C'est pourquoi, au-delà de la partie générale du droit des contrats d'exploitation, il est nécessaire de prévoir l'existence d'une partie spéciale, qui laisserait l'espace nécessaire pour prendre en compte les particularités catégorielles caractérisant l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles[2728]. Il s'agit alors de prévoir une partie spéciale qui accompagnerait et compléterait la partie générale susvisée, et aurait pour objectif d'apporter des réponses spécifiques à des problèmes d'intérêt catégoriel. Notons que, à l'instar de la partie générale, les réponses en question devraient également respecter la diversité culturelle qui caractérise les droits nationaux. Ceci étant, la partie spéciale devrait être basée sur des dénominateurs communs « catégoriels », qui refléteraient l'*unitas* à la fois catégorielle et culturelle au niveau européen. En termes d'architecture du cadre juridique, ceci pourrait être assuré grâce à l'élaboration d'un corps de règles destinées à apporter des réponses spécifiques aux cas individuels, tout en étant en conformité avec le contenu de la partie contenant le corps des règles applicables à tout contrat d'exploitation[2729]. Ainsi, selon le schéma proposé, il n'y a pas une confusion des régimes mais, plutôt un rapprochement dans un cadre commun[2730].

[2728] En ce sens, à propos de l'élaboration d'un droit de propriété intellectuelle unitaire, A. KUR, « Introduction », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. xii : « Of course, *the outcome of that exercise would be deplorable* if it left less room than at present for the fine-tuning of protection. » Comp. d'un point de vue français, M.-E. LAPORTE, « Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle », *JCP, éd. G* 1991, I, 3540, p. 371 et s. et not. n° 34, p. 375 : « Une fois ce cadre général posé pour l'exploitation des propriétés incorporelles, il conviendrait de l'adapter au cas par cas en fonction de certains objectifs, objectifs économiques ou de protection du créateur… ».

[2729] Comp. A. KUR, « Introduction », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. xii: « Translated into law, this means that full room is given for consideration of the specificities found in individual cases, while nevertheless, all solutions must respond and must conform to the common objectives and principles that provide the backbone of the system so as to avoid arbitrary and inconsistent decisions. » ; A. WIJFFELS, « European Private Law : A New Software-Package for an Outdated Operating system ? », *in* M. HOECKE, F. ORT, *The Harmonisation of European Private Law*, Hart Publishing, 2000, p. 101 et s. et not. p. 115 : « [T]he professional demands on lawyers will require a combination of specializations in very specific fields, but that these specializations will require a *new general theory* ensuring the compatibility of the various components of the law. »

[2730] N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 1, p. 20. Comp. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 4, p. 4, à propos des contrats d'auteur : « Toutefois les risques de la catégorisation ne sauraient être exagérés. Comme les noms, les catégories sont faillibles et permettent simplement de structurer le réel sans en aplanir toutes les spécificités. » ; F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit special- et retour », *in Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 925 et s. et not. p. 950, à propos de la dialectique entre le droit commun et le droit spécial des contrats : «Le droit commun sera à compléter et à transcender les branches du droit ou les coutumes, mais il ne constitue pas l'instrument d'une unification ou d'une uniformisation du droit. Il n'est pas le jus unum qui supprime la diversité. Au contraire, il permet d'introduire de la cohérence dans cette diversité- ce qui explique aussi les limites de son efficacité. » ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 314, p. 204 : « Une

B.- Un système de catégories contractuelles des contrats d'exploitation rénové.

561.- L'organisation systématique des catégories contractuelles des contrats d'exploitation sera adaptée aux caractéristiques de la structure bipartite du droit des contrats d'exploitation. De même, le système des catégories contractuelles devra être vecteur de rénovation et, donc, d'innovation, afin de remédier à l'insuffisance (structurelle) du cadre juridique actuel, surtout au niveau national[2731]. Il s'agit alors d'avoir un regard renouvelé, en d'autres termes, un regard de recomposition[2732], en vue d'ordonner systématiquement les contrats d'exploitation en recomposant les catégories contractuelles autour de la structure bipartite proposée. Nous allons en premier lieu présenter la description du système de catégories contractuelles proposé (1°) avant d'exposer son fonctionnement (2°).

1°.- La description du système de catégories contractuelles des contrats d'exploitation.

562.- Le système de catégories contractuelles se basera sur la structure bipartite du droit européen des contrats d'exploitation. Nous allons d'abord proposer les catégories contractuelles de la partie générale (a), avant de procéder à la présentation des catégories contractuelles de la partie spéciale (b).

a.- Le système de catégorisation des contrats d'exploitation au sein de la partie générale.

563.- La catégorisation des contrats d'exploitation au sein de la partie générale a pour objectif de découvrir des catégories contractuelles génériques et transversales, auxquelles il serait possible d'assortir un corps de règles lui-même cohérent et homogène[2733]. À cette fin, il faudrait consacrer

---

qualification unitaire peut conduire à un régime tenant compte de spécificités, tenant notamment au genre des œuvres qu'elle englobe, sans s'en trouver dénaturée pour autant. »

[2731] V. *supra* n° 166 *sq*.

[2732] G. CHANTEPIE, « La recomposition des catégories juridiques contractuelles par le droit de la consommation européenne », *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 71 s. et not. p. 88 : « Il reste encore à les déconstruire, les reconstruire de nouveau, pour donner à l'instrument contractuel sa pleine force d'instrument d'utilité et de justice à l'égard de l'ensemble des contractants, et non des seuls consommateurs. »

[2733] J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 291, p. 324. Comp. F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats speciaux*, LGDJ, 1969, p. 122 : « c'est là , nous semble-t-il, l'utilité essentielle d'une classification des contrats. Une classification fondée sur un critère précis qui permet de découvrir des catégories génériques bien tranchées se subdivisant elles-mêmes en sous-catégories fortement structurées et compartimentées. »

des catégories bien tranchées, autrement dit, « des cadres qui ne permettent pas de classer des contrats fondamentalement dissemblables au sein d'une même catégorie et qui ne laissent pas à un même contrat la faculté d'être classé dans plusieurs catégories à la fois. »[2734] Par ailleurs, compte tenu du caractère transversal et européen de la catégorisation envisagée, les catégories devraient être déterminées en fonction de l'*unitas* (culturelle et catégorielle) de la matière[2735]. Ainsi, les dénominateurs transversaux communs retrouvés parmi les droits nationaux retenus plus haut[2736] offriront les repères structurels pour l'élaboration de nouvelles catégories transversales fonctionnelles des contrats d'exploitation.

i.- La summa divisio des contrats d'exploitation proposée : contrats d'exploitation avec ou sans charge d'exploitation.

564.- La finalité poursuivie par les parties constitue un élément décisif pour la détermination des catégories contractuelles[2737]. En effet, comme d'ailleurs souligné plus haut[2738], l'existence ou l'absence d'une obligation d'exploitation attribue au contrat d'exploitation une finalité particulière[2739] et influence décisivement l'économie de celui-ci[2740]. Cette finalité porte sur le degré de jouissance du droit de la propriété intellectuelle envisagé par les parties[2741]. En pratique, en l'absence d'une obligation d'exploitation à la charge du cocontractant, ce dernier se voit attribué de

---

[2734] F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats speciaux*, LGDJ, 1969, p. 122. Dans le même sens, J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD Civ.*, 1984, p. 255 et s. et not. p. 261 s.

[2735] Comp. Ch. LARROUMET (sous dir. de) *Droit civil, Les obligations, le contrat*, Tome III, 5e éd., Economica, 2003, p. 154, n° 176 : « Pour déterminer les catégories des contrats il faut se placer à un point de vue général, car si on entre dans tous les détails, on en arrive à considérer que chaque contrat constitue à lui seul une catégorie, ce qui bien évidement est le contraire d'une classification. Il faut donc rechercher certains points communs entre les contrats, ce qui va permettre d'avoir des catégories en fonction de ces points communs, catégories opposées à une autre qui aura des points communs différents ou opposés. »

[2736] V. *supra* n° 432 *sq*.

[2737] Comp. J. RAYNARD, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC*, 2/2006, p. 597 s. : « Ainsi, les concepts d'« opération », d' « obligation essentielle » ou de « prestation caractéristique » n'émergent qu'avec peine du droit commun où ils restent largement inexploités ; autant de notions contemporaines décisives pour définir l'identité des familles contractuelles et saisir la richesse du rapport contractuel ; autant de concepts étrangers à la théorie générale de droit commun et qu'il conviendrait d'appeler au soutien d'une théorie des contrats spéciaux. » De manière générale, déjà E. GOBLOT, « Fonction et finalité », *Revue philosophique*, 1899, tome I, p. 495 et s., et 631 et s., p. 635 : « L'importance du terme final n'a jamais été méconnu ; le nom même de finalité en témoigne. Celle du terme initial est bien plus grande encore. À lui se rapportent en réalité tous les problèmes que soulève la finalité. Pour comprendre un processus de finalité, il ne suffit pas de regarder ou il va, il faut surtout regarder d'où il vient. Le terme final peut faire défaut, car il y a des séries de moyens qui manquent leur fin : tout but visé n'est pas atteint. La question n'est pas d'ailleurs de savoir s'il est atteint, mais s'il est visé. À lui seul, le terme final n'explique rien ; il ne saurait être la raison des antécédents, il n'en est que l'effet. »

[2738] V. *supra* n° 219.

[2739] J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 32, p. 38 : « Plus que le contrat, c'est la finalité contractuelle : l'opération économique visée et souhaitée par les parties contractantes. […] la finalité contractuelle, c'est-à-dire l'opération économique visée. »

[2740] J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 645, p. 573. Comp. A. DESPOTIDOU, *Nature et fonctionnement du contrat d'édition*, Sakkoulas, 2003, p. 15, note n° 1 et *ibid.*, p. 27 note n° 45.

[2741] Voir les trois degrés de jouissance proposés par A.-V. Le FUR, « L'acte d'exploitation de la chose d'autrui », *RTD Civ.*, 2004, p. 429 s., p. [5], à savoir, le simple usage, la jouissance passive et la jouissance active.

la faculté de puiser dans l'exploitation du droit de la propriété intellectuelle[2742], à l'instar d'un acheteur ou d'un locataire qui acquiert un droit (de propriété ou d'usage) sur un bien tangible. Ainsi, l'intérêt du transmettant se limite à l'acquisition du bénéfice résultant de la seule transmission du droit en question. En revanche, dans la seconde hypothèse, le titulaire du droit confie l'exploitation de son droit à un tiers. Il en résulte que les parties n'optent pas uniquement pour une simple mise en jouissance passive mais plutôt pour une jouissance active de la part du cocontractant. En effet, la mise en jouissance du cocontractant constitue un moyen de réaliser le but ultime du contrat, à savoir, l'exploitation effective du droit transmis[2743].Dès lors, l'obligation mise à la charge du cocontractant l'oblige à se comporter comme un associé du titulaire afin d'exploiter le droit transmis[2744]. Il en découle le caractère *intuitu personae* ou *intuitu firmae* très fort du contrat et le lien particulier qui se tisse entre les parties - des éléments qui font largement défaut dans l'hypothèse des contrats purement permissifs. Somme toute, au-delà du fait que l'existence d'une obligation d'exploitation constitue un élément original des contrats d'exploitation, l'existence ou l'absence d'une obligation d'exploitation permet de démarquer avec netteté les deux catégories opposées des contrats d'exploitation qui véhiculent deux opérations contractuelles distinctes[2745]. L'obligation d'exploitation constitue alors un critère opératoire pour la *summa divisio* des contrats

---

[2742] *Cf.* M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 2e éd., Dalloz, 2013, n° 764, p. 635. Cette faculté correspond au « simple usage » ou à la « jouissance passive » (deux expressions du droit de retirer des fruits) selon la distinction faite par A.-V. Le FUR, « L'acte d'exploitation de la chose d'autrui », *RTD Civ.*, 2004, p. 429 s. : « Le simple usage consiste à tirer parti de la fonction de la chose en s'en servant, à profiter de l'utilité que peut procurer une chose par elle-même. […] Ensuite la jouissance passive permet à celui qui l'exerce de profiter des fruits spontanément sans aucune activité particulière. […] On ne peut manquer de rapprocher l'usage et la jouissance passive de l'usus et du fructus. Ces deux dernières notions sont cependant souvent confondues et l'usage est alors rattaché à la jouissance, c'est-à-dire au droit de retirer les fruits. »

[2743] Dans ce cadre, « l'exploitation implique la création des richesses grâce à l'exercice d'une activité personnelle et effective, ainsi que la perception de ces richesses. » Ainsi, « l'exploitant est celui qui profite directement des richesses issues de la chose. », A.-V. Le FUR, « L'acte d'exploitation de la chose d'autrui », *RTD Civ.*, 2004, p. 429 s., p. [3].

[2744] Comp. B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 33, p. 55.

[2745] Sur l'universalité de la discrimination entre les contrats d'exploitation au regard de la présence d'une obligation d'exploitation, voir J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 648 *sq.*, p. 574 s. Sur la pertinence de cette distinction d'un point de vue du droit international privé (détermination de l'obligation essentielle du contrat), v. D. MOURA VICENTE, *La Propriété Intellectuelle en droit international privé*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, Martinus Nijhoff Online, disponible sur : <www.nijhoffonline.nl>, n° 146, p. 322 : « Dans [l'hypothèse ou le bénéficiaire de la licence ou l'acquéreur du droit assument par rapport à son titulaire l'obligation d'exploiter le droit donné en licence ou transmis] c'est normalement l'obligation du bénéficiaire de la licence ou de l'acquéreur qui caractérise le contrat. [En absence d'obligation d'exploitation] ce sera plutôt l'obligation de la partie qui octroie la licence ou qui transmet le droit qui permet de l'inclure dans un type contractuel juridique ou social déterminé et qui, donc, le caractérise. » *Cf.* P. TORREMANS, « Cross-border licensing in the absence of a choice of law : is there a way forward ? », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 25 et s. et not. p. 27-28, citant le commentaire du projet Clip (préc.) : « The wide variety of contracts relating to intellectual property rights also calls for a differentiated solution instead of one strict, clear-cut rule. […] More complex intellectual property transactions often include an explicit or implicit duty of the licensee to exploit the intellectual property right […] ». Sur le problème de la détermination de l'obligation essentielle d'un contrat d'exploitation en vue de la détermination de la *lex contractus* v. *supra* n° 271.

d'exploitation entre les contrats d'exploitation avec charge d'exploitation à l'encontre du cocontractant et les contrats d'exploitation purement permissifs[2746].

Suite à cette distinction cardinale, il est possible de prévoir une série de différents critères de distinction de sous-catégories, permettant la consécration de plusieurs variations de chaque espèce de contrats d'exploitation.

ii.- Des critères de catégorisation en sous-ordres proposés.

565.- Les contrats d'exploitation avec charge d'exploitation comme les contrats simplement permissifs peuvent être subdivisés en plusieurs sous-catégories selon quatre critères de catégorisation, à savoir, le caractère exclusif ou non exclusif (i), le caractère total ou partiel (ii) et le caractère onéreux ou gratuit (iii).

α.- Le caractère exclusif ou non exclusif du contrat : des contrats d'exploitation exclusifs et non exclusifs.

566.- Une distinction cardinale. Une distinction fondamentale de tout contrat d'exploitation devrait être celle opposant les contrats accordant un droit exclusif à ceux qui n'accordent qu'un droit partagé[2747]. En effet, comme nous l'avons vu, la distinction entre contrat exclusif et contrat non exclusif est universelle[2748]. De même, elle s'adapte à l'importance de l'exclusivité pour l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles. Plus précisément, l'exclusivité constitue

---

[2746] En ce sens, en matière de droit d'auteur français, v. M. GUILLEMAIN, *Les chaînes de contrats de droit d'auteur*, thèse Poitiers, 2011 pour qui les contrats d'exploitation d'auteur doivent être divisés en deux grandes catégories, les uns centrés sur l'exploitation des droits, les autres centrés sur leur transfert.

[2747] Notons que cette distinction est tellement fondamentale que pour une partie de la doctrine française, la *summa divisio* traditionnelle du droit positif entre cession et licence devrait être substituée par celle entre contrat exclusif et contrat non exclusif. V. en ce sens, N. ERESEO, *Exclusivité contractuelle*, Litec, 2008, n° 129, p. 83 : « Il apparaît ainsi qu'une autre *summa divisio* des contrats d'exploitation se superpose à la distinction entre cession et licence : celle qui oppose les contrats qui accordent un droit exclusif d'exploitation aux contrats qui n'accordent qu'un droit partagé. » ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4ème éd., Litec, 2012, n° 631, p. 560 : « Plutôt que de focaliser l'attention sur l'introuvable frontière entre cession et licence, il nous paraît plus fructueux de mettre l'accent sur l'idée que le monopole d'auteur se *démembre à volonté*. […] Plus qu'entre la cession d'un droit réel et la concession d'un droit personnel, la ligne de partage semble bien passer *entre le caractère exclusif ou non exclusif du droit transmis*. » ; A. MAFFRE-BAUGE, *Droit d'auteur. Exploitation des droits. Dispositions générales*, préc., n° 4 ; F. COLLART-DUTILLEUL, « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », préc., n° 3 : « En propriété intellectuelle, la distinction entre cession et licence doit être pensée différemment. » Rappr. F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 939, p. 576 : « Certains commentateurs en tirent argument pour rejeter en la matière la distinction entre contrats de cession, portant aliénation du droit, et les contrats de licence, octroyant seulement un droit de créance au licencié (un droit personnel contre le donneur de licence), pour considérer qu'il n'y a que des contrats portant démembrement du droit de propriété intellectuelle, de façon plus ou moins étendue, avec ou sans exclusivité. »

[2748] Comp. L. BRENNAN, J. DODD, « A Concept Proposal for a Model Intellectual Property Contracting Law / Model Intellectual Property Contract Law (Concept Draft for Discussion Only) », Presentation at the UNCITRAL Third International Colloquium on Secured Transactions Presentation, 1-3 March 2010, Vienna, <www.uncitral.org>, p. 3.

un enjeu majeur dans le cadre de l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles[2749] car, lorsqu'elle est employée, elle a pour effet de limiter (artificiellement) l'ubiquité du bien intellectuel[2750]. Il a pu être affirmé en pratique que dans le cadre d'une licence exclusive, « le monopole initialement confié au breveté ou au titulaire de la marque est reconstitué sur la personne du licencié »[2751]. De même, d'un point de vue économique, l'exclusivité joue un rôle primordial dans la détermination de la valeur du droit de la propriété intellectuelle et, donc, du contrat d'exploitation[2752]. La tendance de traitement favorisé du cocontractant exclusif au sein des différents systèmes juridiques nationaux retenus, mais aussi au sein de l'acquis communautaire, fait écho à ce constat. D'où l'intérêt d'utiliser comme critère de distinction des contrats d'exploitation leur caractère exclusif ou non exclusif[2753]. Ajoutons qu'il serait utile de prendre en considération l'incidence de l'exclusivité sur le terrain du droit de la concurrence et d'intégrer au sein du droit européen des contrats d'exploitation l'acquis communautaire relatif aux restrictions imposées à la détermination du contenu des contrats d'exploitation exclusifs[2754].

567.- Les limites de la distinction. Si la distinction entre contrat d'exploitation exclusif et non exclusif est généralement admise au niveau européen[2755], la détermination des contours de l'exclusivité peut s'avérer délicate lors de la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation. Plus précisément, la question est de savoir si l'exclusivité consacrée peut être totale

---

[2749] Sur ce point v. not. N. ERESEO, *Exclusivité contractuelle*, Litec, 2008, n° 115, p. 76 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 7e éd., 2010, n° 263, p. 454 : « L'exclusivité est de l'âme du commerce des objets immatériels » et *ibid.*, n° 475, p. 515 : « [L'exclusivité] est le cœur de la plupart des contrats, conclus en amont avec les auteurs et en aval avec les exploitants » ; O. CACHARD, « L'exclusivité », *in Le monde du droit*, écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer, Economica, 2008, p. 216 et s., not. p. 219 : « L'exclusivité est alors économiquement utile à celui qui s'en empare. »

[2750] V. en ce sens, N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e éd. LGDJ, 2012, n° 963, p. 678. En fait, la rareté des choses incorporelles ne peut être organisée qu'artificiellement, N. ERESEO, *Exclusivité contractuelle*, Litec, 2008, n° 115, p. 75.

[2751] N. ERESEO, *Exclusivité contractuelle*, Litec, 2008, n° 124, p. 80. Voir aussi *ibid.* n° 129, p. 83, qui qualifie tout bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation « propriétaire dérivé ». Comp, F. LEVEQUE, MENIERE Y., *Économie de la propriété intellectuelle*, La découverte, 2003, p. 15, pour qui « la cessibilité [la mise en œuvre] est aussi importante que l'exclusivité [l'existence du droit exclusif] ».

[2752] Comp. N. ERESEO, *Exclusivité contractuelle*, Litec, 2008, n° 123, p. 80 : « l'utilité économique du contrat sera bien souvent fonction de la présence ou de l'absence d'une exclusivité au bénéfice du licencié. »

[2753] Comp. en ce sens, N. ERESEO, *Exclusivité contractuelle*, Litec, 2008, n° 124, p. 80 : « L'idée se fait jour que l'exclusivité éventuellement consentie pourrait constituer un intéressant critère de classement des contrats de la propriété intellectuelle. »

[2754] Effectivement, « la construction du droit européen des contrats ne peut en outre se passer de l'analyse du droit de la concurrence », B. KOHL, « Rapport de synthèse. Les contrats spéciaux dans l'harmonisation du droit européen des contrats », *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 207 s. et not. p. 210. *Cf.* Notice de la Commission, orientations en vue de l'application de l'article 81 du Traité de la CE aux accords de transferts technologiques, J. O. C 101/2 du 274.2004, point 7, cité par F. GOTZEN, « Panel 1 : Les différentes possibilités de gestion du droit d'auteur : Gestion collective du droit d'auteur et octroi de licences communautaires. La législation sur le droit d'auteur et la concurrence revisitée », Conférence « Droit d'auteur et créativité dans l'Union européenne élargie », Dublin, 20-22.06.2004, disponible sur : <ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/conference/2004-dublin/gotzen_fr.pdf>, p. 9 s. : « les droits de propriété intellectuelle et les règles communautaires sur la concurrence […] partagent le même objectif fondamental, à savoir la promotion de l'intérêt du consommateur et l'affectation efficace des ressources. »

[2755] V. *supra* n° 495, l'option entre un contrat d'exploitation exclusif et non exclusif est un dénominateur transversal commun des tous les droits nationaux examinés.

et/ou partielle[2756]. On s'interroge en d'autres termes si un contrat d'exploitation exclusif entraînerait le transfert du droit (exclusivité légale, par définition totale) ou si, au contraire, l'exclusivité serait purement contractuelle[2757]. La nature de l'exclusivité a des répercussions très importantes en pratique. En effet, dans le cadre d'une exclusivité légale, le cocontractant deviendrait le nouveau propriétaire du droit transmis. En revanche, dans le cadre d'une exclusivité contractuelle, le cocontractant se voit attribué d'une exclusivité selon les stipulations du contrat en question. Dans ce cas-là, l'exclusivité constitue une simple modalité de l'exploitation convenue entre les parties[2758]. Bien entendu, la nature de l'exclusivité a des répercussions importantes sur une série de questions juridiques, comme par exemple, le traitement du contrat de licence exclusive dans le cadre d'une procédure de faillite[2759]. La question de la nature de l'exclusivité fait écho à la technique de transmission utilisée dans le cadre d'un contrat d'exploitation exclusif et, de manière subséquente, à la transmissibilité des droits de la propriété intellectuelle. À l'heure actuelle, en l'absence d'approche convergente entre les différents droits nationaux, seule l'exclusivité contractuelle (totale ou partielle) pourrait être envisagée au niveau européen[2760].

Ce constat ne saurait toutefois bloquer la mise en œuvre de la distinction susvisée. En pratique, la distinction entre contrat exclusif et non exclusif peut être entendue de manière fonctionnelle, sans rien présumer du mécanisme de la transmission utilisée. Il revient aux droits nationaux de traiter la question de la nature du transfert[2761]. La reconnaissance du droit d'agir du titulaire d'un droit

---

[2756] L'exclusivité totale nous semble plus proche d'une interprétation « orthodoxe » du mot « exclusivité » qui suppose « la mise à l'écart de toute chose ou personne par rapport à une autre. », voir O. CACHARD, « L'exclusivité », *in Le monde du droit*, écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer, Economica, 2008, p. 216.

[2757] Comp. sur ce point la distinction entre exclusivité « de droit » et exclusivité « de fait », prévue par G. MARIE, *Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais*, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011, p. 174 : « du reste, il convient de distinguer la licence exclusive de droit et de fait. Dans la licence exclusive *de facto*, le licencié est dans une position d'exclusivité parce que le concédant n'a pas accordé d'autre licence. Ici, le concédant peut exploiter la marque ou le brevet directement car il n'a pas renoncé à son droit d'exploiter lui même. En revanche dans la licence exclusive de droit, le licencié se trouve virtuellement à la place du concédant, dans les limites de l'exclusivité. » *Adde* la distinction entre « exclusivité inhérente » et « exclusivité fabriquée » faite par P. GOURDON, *L'exclusivité*, L.G.D.J., 2006, n° 397, p. 192.

[2758] La différence de nature de l'exclusivité fait écho de la *summa divisio* entre cession et licence. *Comp*. en ce sens, N. ERESEO, *Exclusivité contractuelle*, Litec, 2008, n° 130, p. 84 : « Encore faut-il préciser que cette nouvelle *summa divisio* ne conduit pas à remettre en cause la distinction entre cession et licence. Il existe en effet une différence fondamentale entre la cession et la licence […] ».

[2759] *Cf*. sur ce point J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s., p. 91 note n° 3 ; J. De WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European Perspective », *in* J. De WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 450 s. et not. p. 451, note n° 4.

[2760] Effectivement, la nature des droits de propriété intellectuelle est une question de droit national. V. l'article Article 345 TFUE prévoit que « les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres. » V. sur ce point not. Ch. GEIGER, « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 2.

[2761] Comp. L. BRENNAN, J. DODD, « A Concept Proposal for a Model Intellectual Property Contracting Law / Model Intellectual Property Contract Law (Concept Draft for Discussion Only*)* », Presentation at the UNCITRAL Third International Colloquium on Secured Transactions Presentation, 1-3 March 2010, Vienna, <www.uncitral.org>, p. 3 : «The definitions leave open a key concept in modern intellectual property practice, the « exclusive license. »

d'exploitation exclusif- dénominateur commun transversal de tous les droits nationaux examinés ainsi que de l'acquis communautaire[2762]- constitue une illustration d'un tel traitement fonctionnel.

β.- La divisibilité du droit transmis.

568.- Une autre distinction des contrats d'exploitation qui devrait figurer au sein de la partie générale du droit européen des contrats d'exploitation est celle des contrats d'exploitation limités et illimités. En pratique, la divisibilité du droit par contrat est un élément commun transversal à tous les droits nationaux examinés[2763] qui reflète la dynamique et la polyvalence de l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles. Ainsi que précédemment examiné, les limitations des droits transmis dans le temps, l'espace et le contenu sont généralement admis dans tous les droits nationaux examinés[2764]. Chaque type de limitation envisagé présente des besoins réglementaires particuliers. Plus précisément, les contrats temporellement illimités sont des contrats dont l'exécution est successive, ce qui devrait être pris en considération lors de la réglementation des contrats de cette catégorie, afin d'adresser les questions particulières qui en découlent (par exemple la fin du contrat)[2765]. De manière similaire, les contrats d'exploitation comportant des limitations territoriales devraient être conciliés avec le droit européen de la concurrence, surtout lorsqu'il s'agit de contrats exclusifs. Il s'agirait alors d'établir les grandes lignes du principe de divisibilité au niveau européen, à savoir, les types de limitations envisageables et les limites concernant la divisibilité du droit par contrat quant au contenu, tout en laissant au droit substantiel le soin de préciser les questions du contenu de la protection et de la transmissibilité des prérogatives prévues[2766].

[2762] V. *supra* n° 498.

[2763] V. *supra* n° 494.

[2764] V. *supra* n° 494.

[2765] Comp. K. LILLEHOLT, « A European law of lease ? », *in* A. VAQUER, (sous dir. de), *European private law beyond the common frame of reference*, Essays in honour of Reinhard Zimmermann, Europa Law publishing, 2008, p. 57 et s. et not. p. 60 : « One of the characteristics of the lease contract that makes special regulation necessary is the time aspect. The lease contract is performed over a period of time. »

[2766] Comp. les art. 3 et 4 al. 2[e] du « Uncitral Model Intellectual Property Contract Law » : « This law applies to an intellectual property contract if the intellectual property is protected under the law of this State, the centre of main interests of one of the parties is within this state, or the contract provides that this law in this State governs the contract. » « Nothing in this law expands or diminishes any exclusive rights, or exceptions and limitations on exclusive rights, under applicable intellectual property law. » Voir aussi L. BRENNAN, J. DODD, « A Concept Proposal for a Model Intellectual Property Contracting Law / Model Intellectual Property Contract Law (Concept Draft for Discussion Only) », Presentation at the UNCITRAL Third International Colloquium on Secured Transactions Presentation, 1-3 March 2010, Vienna, <www.uncitral.org>, p. 3 : « the Model Law only applies to matters that may be the subject of a contract under IP law. For example, if an author's *droits moral* [sic] are not transferable, the Model Law would not make them so. It also indicates that the Model Law neither expands nor diminishes exclusive rights or their exceptions and limitations, indicating the Model Law only deals with contracting rules, not property rules. »

γ.- La contrepartie du contrat.

569.- Nous avons vu plus haut que l'option entre le caractère onéreux ou gratuit du contrat d'exploitation était un dénominateur commun transversal à tous les droits nationaux retenus. Sur cette base, il semble légitime d'intégrer la distinction entre contrats d'exploitation onéreux et contrats d'exploitation gratuits au sein de la catégorisation des contrats d'exploitation de la partie générale du droit européen des contrats d'exploitation. Effectivement, la présence ou l'absence de[2767] contrepartie est un élément certainement crucial pour un contrat d'exploitation. C'est pourquoi la définition de l'onérosité et de la gratuité du contrat d'exploitation ainsi que leur interaction devraient être explicitement déterminées au sein du droit européen des contrats d'exploitation[2768]. D'une part, il serait utile de préciser expressément que le caractère onéreux du contrat ne découle pas seulement de l'existence d'une prestation monétaire car les parties peuvent généralement stipuler des contreparties non monétaires (par exemple, contrepartie en nature ou autres charges telles que l'obligation d'exploiter ou une obligation de partager à l'identique), en l'absence de toute autre contrepartie ou en plus du prix monétaire. Ceci étant, la possibilité et les conditions relatives à la stipulation des contreparties non monétaires devraient être expressément prévues par le cadre juridique des contrats d'exploitation. D'autre part, il serait utile de clarifier également le statut de la gratuité en droit des contrats d'exploitation en déterminant notamment les critères d'un « véritable »[2769] contrat d'exploitation gratuit. Dans le prolongement de cette démarche[2770], il serait opportun[2771] d'envisager la consécration d'un statut légal[2772] pour les contrats

---

[2767] Notons que la contrepartie monétaire devient un élément distinctif d'un contrat d'exploitation lorsque d'autres types des contreparties, voire l'absence totale de contrepartie sont envisageables. En d'autres termes, la contrepartie monétaire n'est pas un élément commun, une propriété commune, partagée par tous les espèces des contrats d'exploitation. *Contra* J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 645, p. 573 : « De même, l'obligation de paiement du prix, même si ses modalités d'exécution sont fréquemment particulières pour les contrats de propriété intellectuelle, n'est spécifique à aucune catégorie de contrat et finalement ne saurait revêtir un aspect caractéristique pour aucun d'entre eux. » ; à propos des contrats des services, J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 343, p. 389 : « La valeur d'échange est, dans notre société occidentale, totalement déterminée en ce qu'elle n'a plus qu'une seule forme, le prix. A ce titre, représenté de manière univoque par le prix, par la prestation monétaire, elle perd toute possibilité de devenir pour les sous-catégories du contrat-échange symétriquement imparfait un élément distinctif. Elle n'est plus et ne peut plus être qu'un élément commun, une propriété commune, partagée par toutes les espèces et sous-espèces du genre du contrat-échange symétriquement imparfait. »

[2768] V. en ce sens aussi Th. CHIOU, « On royalties and transfers without (monetary) consideration: Looking for the 'magic formula' for assessing the validity of remuneration clauses of copyright transfers under French Copyright law », (Remarks under the light of the decision of the French Supreme Court, 1st Civil Chamber, 1 December 2011, case No. 09-15779), *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 44, n° 5, 2013, pp. 585-598 et not. p. 597.

[2769] Souvent, la gratuité n'est qu'apparente. V. sur ce point M. CLEMENT-FONTAINE, « Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ? », *Propr. Intell.*, Janv. 2008, n° 26, p. 69 et s., p. 76 : « [L]a question de la gratuité, qui n'est souvent d'ailleurs qu'apparente, dépasse de loin le cas de l'œuvre libre. »

[2770] M. CLEMENT-FONTAINE, « Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ? », *Propr. Intell.*, Janv. 2008, n° 26, p. 69 et s. 76 : « la question de la gratuité n'est pas propre à l'œuvre libre ».

[2771] En ce sens, A. STROWEL, B. VANBRABANT, « Copyright licensing : a European view », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 29 s. et not. p. 33 : « As we are moving toward forms of distribution where a direct payment, and thus a remuneration for the author, is not linked to the

d'exploitation basés sur le modèle du « libre »[2773] au sein du futur droit européen des contrats d'exploitation[2774]. Ceci permettrait d'assurer une coexistence harmonieuse entre les deux modèles d'exploitation contractuelle alternatifs, à savoir le modèle du « libre »[2775] et le modèle traditionnel « propriétaire »[2776].

b.- Le système de catégorisation des contrats d'exploitation au sein de la partie spéciale.

570.- La catégorisation des contrats d'exploitation au sein de la partie spéciale aurait pour but d'ordonner la *diversitas* catégorielle de la matière des contrats d'exploitation et de servir des intérêts catégoriels liés à l'exploitation contractuelle des droits de propriété intellectuelle. À cette fin, la matière doit être catégorisée sur la base d'une logique sectorielle, à l'instar des catégorisations actuelles, autour de critères reflétant les pôles de diversité catégorielle en droit des contrats d'exploitation. Les enseignements tirés de l'analyse comparative parmi les régimes sectoriels des contrats d'exploitation des droits nationaux[2777] retenus seront pris en considération.

---

access to a particular work, some copyright rules intended to protect the author (and her remuneration paid by the producer) seem outdated. The law on copyright contract has not yet taken those developments into account. »

[2772] Comp. M. CLEMENT-FONTAINE, « Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ? », *Propr. Intell.*, Janv. 2008. D'un point de vue du droit grec voir A. DESPOTIDOU, « Les contrats d'exploitation », *in* ALAI-groupe hellénique, *L'œuvre de Giorgos Koumantos et les questions contemporaines du droit d'auteur*, Athènes, 7 mai 2010, Sakkoulas, 2011, p. 151 s. et not. p. 186.

[2773] Notons que le modèle de l'autorisation libre ne concerne plus uniquement la matière de droit d'auteur. Il s'étend désormais en matière de propriété industrielle et surtout en matière des brevets. Pour une vue d'ensemble, v. B. JEAN, « La propriété intellectuelle dans l'industrie de l'*open source* », 1re partie, *Gazette du Palais*, 25 octobre 2008, n° 299, p. 19 et B. JEAN, A. ZAPOSKY, « La propriété intellectuelle dans l'industrie de l'*open source* », 2e partie, *Gazette du Palais*, 24 janvier 2009 n° 24, p. 15 et s. ; M. MAGGIOLINO, M.L. MONTAGNANI, « From Open Source Software to Open Patenting-What's New in the Realm of Openness ? », *IIC*, 2011, p. 804 s. ; N. BOUCHE, « Les droits de propriété intellectuelle et les technologies vertes. Diversité internationale des perceptions de la propriété intellectuelle », *in* C. PUIGELIER (sous dir. de), *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 275 s. et not. p. 323, se référant au développement de « Science Commons », déclinaison des « Creative Commons » dans le secteur des sciences. V. cependant, A. STROWEL, B. VANBRABANT, « Copyright licensing : a European view », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 29 s. et not. p. 32, pour qui « the same trend is not so marked for other intellectual property rights ; for instance open patent pledges or patent pools agreements remain quite exceptional. »

[2774] *Cf.* sur ce point A. STROWEL, « European copyright : beyond the additions made by the European Court of Justice, some pieces are still missing » *in* M.-C. JANSSENS (sous dir. de), *Harmonisation of European IP law : from European rules to Belgian law and practice. Contributions in honour of Frank Gotzen*, Bruylant-Larcier, 2012, p. 73 s. et not. p. 96 : « The existing framework based on freedom of contract is probably flexible enough to allow new commercial or not-for-profit forms of copyright licensing to flourish. Nevertheless, rules are still to be designed to ensure creators are adequately remunerated in relation to the new business models which are based on advertising revenues and do not subject the access to the works to a prior payment. »

[2775] V. C. Le GOFFIC, « Licences libres et copyleft : la contractualisation du droit d'auteur », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, décembre 2011, supplément, Les pratiques contemporaines de la propriété intellectuelle, journée d'études JC-RDST et Cuerpi, Grenoble, 30 septembre 2011, pp. 8-10.

[2776] Sur ce point v. B. JEAN, G. VERCKEN, « Comment encadrer l'utilisation de logiciels « libres » dans les contrats ayant pour objet des logiciels « propriétaires » ? », *Propr. Intell.*, janvier 2012, n° 42, p. 106 s. Comp. l'expression « licences propriétaires » utilisée par M. CLEMENT-FONTAINE, « Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ? », *Propr. Intell.*, Janv. 2008, n° 26, p. 69 et s., p. 69, note n° 3. *Adde* B. JEAN, « Propriété intellectuelle et Open Innovation : les frères ennemis ? », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, décembre 2011, supplément, Les pratiques contemporaines de la propriété intellectuelle, journée d'études JC-RDST et Cuerpi, Grenoble, 30 septembre 2011, pp. 32-41.

[2777] V. *supra* n° 434.

Dès lors, la catégorisation des contrats d'exploitation au sein de la partie spéciale peut être basée en premier lieu sur le type de droit de propriété intellectuelle exploité (i) et, à un deuxième niveau, sur l'industrie concernée (ii).

i.- Le type de droit de propriété intellectuelle.

571.- Le type de la propriété intellectuelle peut constituer un critère pertinent pour la catégorisation des contrats d'exploitation à un niveau spécifique. En effet, l'existence de catégories de contrats d'exploitation spéciales, propres à chaque type de propriété intellectuelle, semble adéquate pour servir les intérêts catégoriels afférents[2778]. Suivant ce critère de catégorisation, il serait possible de distinguer au sein de la partie spéciale du droit européen des contrats d'exploitation entre les contrats d'exploitation du droit d'auteur, des brevets et des marques. Dans ce sens, l'approche sectorielle du droit de la propriété intellectuelle pourrait donc « réapparaître » au sein de la partie spéciale.

ii.- L'industrie concernée.

572.- La catégorisation des contrats d'exploitation selon l'industrie concernée pourrait être basée sur deux critères : le type de prérogative de droit de propriété intellectuelle sur lequel porte le contrat d'exploitation et le type d'objet protégé exploité par contrat. Il s'agit alors de faire droit à des revendications catégorielles très précises, en réservant un sort particulier aux contrats portant sur des prérogatives ou des objets immatériels déterminés, dont l'exploitation s'insère dans un schéma économique propre[2779]. Par ailleurs, la consécration de catégories contractuelles spécifiques au sein des différentes juridictions nationales européennes, notamment en matière de droit d'auteur, est façonnée à partir des modes d'exploitation (principaux) envisageables à propos d'un objet immatériel protégé[2780]. Ainsi, chaque catégorie spéciale des contrats d'exploitation, basée sur le type de droit de propriété intellectuelle exploité, pourrait être assortie de sous-catégories, selon le

---

[2778] Par exemple, en matière des marques la question du contrôle de la qualité des produits commercialisés par le licencié est un élément d'intérêt exclusif de la matière des marques. Sur ce point v. N. WILKOF, « Trademark licensing : the once and future narrative », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 196 s. et not. p. 205 s. Notons que les intérêts catégoriels peuvent être liés à la personne des cocontractants (par exemple, le titulaire initial du droit d'auteur ou l'utilisateur final-consommateur).

[2779] Comp. en ce sens, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 6e éd., 2007, n° 252.

[2780] Voir ainsi les différents contrats nommés qui sont consacrés par les législateurs nationaux en matière de droit d'auteur, surtout dans les pays du Continent : contrat d'édition, contrat de transmission télévisuelle etc. Rappr. du point de vue du droit d'auteur français, S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 288, p. 188 : « Sauf de rares hypothèses où une figure innomée s'impose, l'objet du transfert exerce ainsi une double influence sur les qualifications contractuelles propres au droit d'auteur : fondement de l'application du droit commun des obligations artistiques, il joue également un rôle sur la scène des divers contrats nommés, qui ne se distinguent les uns des autres qu'en fonction de la nature des droits qu'il s'agit d'exploiter. »

type de prérogative ou d'objet immatériel protégé par le droit de propriété intellectuelle en question[2781]. Plusieurs contrats d'exploitation (très) particuliers pourraient voir le jour.

2°.- La fonction du système de catégories des contrats d'exploitation proposé.

573.- Le système de catégories contractuelles proposé mène à la théorisation de la matière des contrats d'exploitation (a) et offre un système de qualifications contractuelles élaboré[2782].

a.- Un instrument de théorisation des contrats d'exploitation.

574.- Le système de catégories des contrats d'exploitation proposé correspond à une construction théorique qui organise la matière des contrats d'exploitation de manière rationnelle et cohérente. Plus précisément, le système proposé correspond à une classification (i) qui s'accompagne d'une typologie (ii), ce qui permet d'assurer le caractère complet et ouvert du système.

i.- La classification des contrats d'exploitation au sein de la partie générale.

575.- La classification part du général pour arriver au particulier et permet d'obtenir un système complet, sans redondances ni lacunes[2783]. Pour élaborer une classification, il convient de prendre comme point de départ une distinction très générale et de la décomposer en sous-distinctions, qui constitueront autant de branches de la classification[2784]. Effectivement, le système des catégories contractuelles se base sur un raisonnement abstrait[2785] qui commence avec la consécration d'un genre contractuel recouvrant deux espèces et de nombreuses variations, tous membres d'une famille des contrats spéciaux, celle des contrats d'exploitation[2786].

576.- Le genre. Le système de catégories contractuelles précité propose de découvrir une catégorie contractuelle ultra-générique cohérente et homogène, basée sur le concept de la mise en œuvre

---

[2781] Nous songeons ici le contrat de licence d'utilisation d'un logiciel conclu avec un consommateur. Voir sur ce point S. DUSOLLIER, « La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge des exceptions impératives », *Propr. Intell.*, n° 25, 2007, pp.443-452 ; d'un point de vu du droit comparé voir M. KRETSCHMER, E. DERCLAYE, M. FAVALE, R. WATT, *The Relationship Between Copyright and Contract Law*, Intellectual Property Office, 2010, disponible sur : <http://eprints.bournemouth.ac.uk/16091/1/_contractlaw-report.pdf.>, p. 82 s.

[2782] T. TAURAN, *«* Les distinctions en droit civil », *Les Petites Affiches*, n° 70, 07/04/2000, p. 5-14, p. [5] : « Ce qui est remarquable, c'est le phénomène d'emboîtement des distinctions, dont les étages successifs conduisent à une construction élaborée. »

[2783] J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 22, p. 29.

[2784] T. TAURAN, *«* Les distinctions en droit civil », *Les Petites Affiches*, n° 70, 07/04/2000, p. 5-14, p. [4].

[2785] T. TAURAN, *«* Les distinctions en droit civil », *Les Petites Affiches*, n° 70, 07/04/2000, p. 5-14, p. [4].

[2786] Comp. P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, Ed. Panthéon-Assas, Paris, 2002, n° 13, p. 35.

contractuelle des propriétés intellectuelles[2787]. La catégorie-mère du contrat d'exploitation représente les contrats dont l'objet est de conférer à autrui la jouissance d'un ou plusieurs des droits d'exploitation afférents à un titre de protection, afin de réaliser des actes couverts par le monopole d'exploitation et, qui, à défaut d'autorisation, constitueraient des actes de contrefaçon. La définition du genre du contrat d'exploitation qui en découle est la suivante :

Un contrat d'exploitation est le contrat qui porte nécessairement sur un ou plusieurs droits de propriété intellectuelle et implique la transmission de la maîtrise juridique sur celui-ci afin de permettre à un tiers la jouissance (*lato sensu* : active ou passive[2788]), totale ou partielle, exclusive ou non exclusive,[2789] du ou des droit(s) en question avec ou sans[2790] contrepartie, monétaire ou non monétaire[2791]. Une telle définition-cadre[2792] suffisamment large exprime la dimension classificatoire compréhensive du contrat d'exploitation[2793] et sa vocation à absorber de nombreuses opérations nommées ou innommées[2794].

577.- Les espèces. La classification proposée a comme point de départ la distinction très générale qui se base sur le critère de l'existence ou de l'absence de charge d'exploitation à l'encontre du cocontractant. Sur cette base, la catégorie-mère sera divisée en deux espèces[2795], le contrat d'exploitation avec charge d'exploitation et le contrat d'exploitation simplement permissif[2796].

578.- Les sous-espèces ou variations. Selon la classification proposée, chaque espèce de contrat d'exploitation est soumise à trois types de sous-distinctions, en fonction du caractère exclusif ou

---

[2787] J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 226, p. 256.

[2788] V. A.-V. Le FUR, « L'acte d'exploitation de la chose d'autrui », *RTD Civ.*, 2004, p. 429 s., *passim*.

[2789] Par ailleurs, « l'exclusivité n'est pas de l'essence de la licence de brevet ou marque », N. ERESEO, *Exclusivité contractuelle*, Litec, 2008, n° 123, p. 80. V. cependant, B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 168, p. 229 pour qui l'exclusivité est « la meilleure amie » et « de l'essence du droit d'auteur ».

[2790] *Contrat* en matière de droit d'auteur grec (ancien régime), K. ASPROGERAKAS-GRIVAS, *Contrat d'exploitation des œuvres littéraires et artistiques*, 1972, p. 28 s. et not. p. 37, pour qui l'existence d'une contrepartie est un élément essentiel d'un contrat d'exploitation. V. cependant p. 28 note n° 28, affirmant que la question repose sur la définition acceptée.

[2791] Par ailleurs, l'obligation d'exploitation à la charge du cocontractant (jouissance active) pourrait être considérée comme une contrepartie non monétaire.

[2792] Comp. P. SIRINELLI, « Brèves observations sur le « raisonnable » en droit d'auteur », *in* Mélanges en l'honneur de André Françon, Dalloz, 1995, p. 397 s. et not. p. 406, parlant de la technique du recours aux notions cadres, en vue d'assurer la souplesse du système juridique.

[2793] *Cf.* P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, Ed. Panthéon-Assas, Paris, 2002, n° 8, p. 23.

[2794] P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, Ed. Panthéon-Assas, Paris, 2002, n° 13, p. 35.

[2795] Comp. sur ce point, la définition de l'espèce, donnée par J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p. 24 : « Chaque espèce constitue une catégorie assortie d'une définition aristotélicienne (définition d'obtenant « par genre prochain et différence spécifique », i.e. s'obtenant par l'adjonction, à la propriété du genre, de la propriété qui différencie spécifiquement la dite espèce de ses espèces parallèles. »

[2796] Sur la pertinence d'un tel choix, voir *supra* n° 564.

non exclusif, total ou partiel et onéreux ou gratuit du contrat[2797]. La combinaison des sous-distinctions envisageables mène à la production d'innombrables variations des deux espèces de contrats d'exploitation. En effet, les sous-distinctions envisageables peuvent fonctionner comme « facteurs de modulation »[2798], qui permettront l'adaptation du contrat aux besoins des cocontractants.

579.- En somme, la classification des contrats d'exploitation au sein de la partie générale se présente comme un système complet en forme d'arbre[2799] : le tronc sera la catégorie mère du contrat d'exploitation. Ensuite, ce tronc sera divisé en deux grandes branches, qui correspondent aux deux espèces de contrats d'exploitation. Enfin, chacune des deux branches sera divisée en six « rameaux », selon les trois distinctions suggérées.

ii.- La typologie des contrats d'exploitation spéciaux.

580.- Le système de catégories contractuelles au sein de la partie spéciale prend la forme d'une typologie. En effet, les catégories contractuelles consacrées au sein de la partie spéciale ne sont pas dégagées par la mise en œuvre des distinctions théoriques. En revanche, ce sont des catégories pragmatiques, correspondant aux réalités existantes en matière de titres de protection ou

---

[2797] Notons que les sous-espèces en question pourraient elles-mêmes être divisées en sous-distinctions, telles que celles afférentes aux types d'exclusivité ou aux types de contrepartie (monétaire, non monétaire). Comp. sur ce point T. TAURAN, « Les distinctions en droit civil », *Les Petites Affiches*, n° 70, 07/04/2000, p. 5-14, p. 4 : « Afin d'élaborer une classification, il convient de prendre comme point de départ une distinction très générale et de la décomposer en sous-distinctions, qui constitueront autant de branches de la classification, elles-mêmes divisées en sous distinctions etc.… »

[2798] Expression utilisée par G. LARDEUX, « Le droit des contrats spéciaux hors le Code civil, *Les Petites Affiches*, 14 septembre 2005, n° 183, p. 3, citant A. BENABENT, « Les difficultés de la re-codification : les contrats spéciaux », *in Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 251 : « Un autre auteur préconise d'adopter la *voie des théories spéciales*, c'est-à-dire l'élaboration de régimes transversaux établis en fonction non plus de la nature du contrat mais de l'objet de l'obligation. Ainsi en lieu et place des contrat de vente d'entreprise de mandat etc. verrait-on apparaître les obligations de transfert de propriété, de détention, de service, de paiement… dont le régime serait identique d'un contrat à l'autre sauf à tenir compte de certains facteurs de modulation telles l'existence ou non de contrepartie et la qualité de professionnels ou de profanes des contractants. » Comp. A. KUR, « Introduction », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. xii, parlant de « common catalogue of evaluation factors interacting with each other ».

[2799] Pour l'utilisation de cette métaphore à propos des classifications, v. T. TAURAN, « Les distinctions en droit civil », *Les Petites Affiches*, n° 70, 07/04/2000, p. 5 s. : « Sur un plan théorique, la classification ainsi obtenue se présente sous la forme d'un arbre dont les branches ne cessent de se diviser, au fur et à mesure que l'on s'éloigne de la base. » ; A. KUR, « Introduction », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. xii : « In its ideal form the system could be compared to a tree, where one strong and massive trunk grows out of a meshwork of roots, then separates into different branches which sprout a large number of twigs and finally end up in smaller and smaller sprigs which are too numerous to be counted. » ; à propos des contrats nommés du droit civil français, P.- Y. ANTONMATTEI, J. RAYNARD**,** *Droit civil, contrats speciaux*, 4e éd., Litec LexisNexis, 2004, n° 8, p. 6 : « L'arbre a poussé et s'est enrichi de branches nouvelles » Comp. J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 31, p. 37, qui utilise le métaphore de la « pyramide de genres et d'espèces. »

d'industries relatives au droit de la propriété intellectuelle[2800]. Cette typologie pourrait être modifiée à l'infini, au fur et à mesure des évolutions ultérieures (par exemple, apparition d'un nouveau titre de protection ou d'un nouveau mode d'exploitation)[2801]. Ce faisant, la typologie garantirait le caractère ouvert du système des catégories contractuelles des contrats d'exploitation. Il faut cependant noter que cette typologie présente une nature hybride, dans le sens où chaque type de contrat d'exploitation prévu fait appel aux catégories plus génériques des contrats d'exploitation de la partie générale pour circonscrire sa nature et définir certaines de ses propriétés[2802]. Ainsi, chaque type de contrat d'exploitation de la partie spéciale correspondra à une variation des espèces de la partie générale.

b.- Un système de qualifications contractuelles.

581.- Catégories contractuelles et qualifications contractuelles. De manière générale, l'intérêt de la catégorisation des contrats spéciaux est d'établir des structures contractuelles préétablies, sous une dénomination propre, qui déclenchent l'application d'un ensemble de règles propres, en d'autres termes, d'un régime juridique propre[2803]. Dans la mesure où la soumission d'un contrat à une catégorie préétablie déclenche l'application d'un régime contractuel particulier, ces catégories « se transforment » en qualifications contractuelles ou modèles de rattachement[2804]. De manière similaire, les critères de catégorisation « se transforment » en critères de qualification des contrats d'exploitation. Par conséquent, le véritable but de l'élaboration d'un système de catégories contractuelles des contrats d'exploitation est de pouvoir attacher des régimes juridiques propres à chacune de celles-ci. Ceci dit, lors de l'établissement du système des catégories contractuelles il y a

---

[2800] V. en ce sens, J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 276, p. 309 : « La typologie est donc une série de types très spécifiques correspondant aux réalités existantes, elle s'analyse donc en un système pragmatique *et incomplet* fondé essentiellement sur l'induction. Cette notion envisage le droit des contrats comme la somme de tous les concepts contractuels juridiquement régulée, ce que Monsieur Grua nomme la division-composition. »

[2801] C'est pourquoi elle pourrait être qualifiée par définition incomplète. *Cf.* en ce sens, J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 276, p. 309.

[2802] Par contre « La typologie se contente d'entériner, de consacrer le regroupement de propriétés obtenus par induction et de faire correspondre à chaque regroupement de propriétés un type donné, chaque type possédant au sein de sa définition toutes les propriétés nécessaires à cerner sa nature, sans besoin de faire appel à des catégories plus génériques ou parallèles pour circonscrire sa nature », J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 276, p. 309.

[2803] J. HUET, « Des distinctions entre les obligations », *Revue des contrats*, 01 janvier 2006, n° 1, p. 89 : « Est-ce dire que les distinctions entre les obligations soient inutiles ? La réponse à cette question est indiscutablement négative. L'exercice n'est pas purement théorique : il présente un réel intérêt pratique. Chaque espèce d'obligation, ainsi distinguée, va se voir appliquer des règles différentes de celles qui jouent pour l'autre, ou les autres. Il y a donc dans ces distinctions, non pas simplement un *plaisir intellectuel à voir les choses harmonieusement rangées*, mais un véritable effet structurant dans la répartition de régimes juridiques différents. »

[2804] Ou contrats nommés, v. sur ce point par exemple, N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 39, p. 42.

donc « non pas simplement un plaisir intellectuel à voir les choses harmonieusement rangées, mais un véritable effet structurant dans la répartition de régimes juridiques différents »[2805].

Suivant les observations précédentes, le système de catégories contractuelles des contrats d'exploitation proposé correspondrait à un système de double qualification (i), accompagné d'un régime applicable (ii).

i.- Un système de double qualification spéciale des contrats d'exploitation.

582.- Si l'on s'en tient à la structure et aux critères du système de catégories des contrats d'exploitation proposée, tout contrat d'exploitation, au-delà de la qualification générique de contrat d'exploitation, reçoit nécessairement une double qualification spéciale : une qualification transversale et une qualification sectorielle.

Plus précisément, la qualification de la catégorie ultra-générique du contrat d'exploitation permet de dissocier un contrat d'exploitation d'autres contrats afférents aux droits de la propriété intellectuelle[2806]. Le critère de cette qualification générique découle de la finalité poursuivie par les parties[2807]. La finalité en question est de permettre la réalisation d'actes qui, à défaut d'autorisation, constitueraient des actes de contrefaçon. Sur cette base, les éléments structurels caractéristiques et permanents de la qualification générique du contrat d'exploitation consistent en la présence d'un droit de propriété intellectuelle (ou d'une partie de celui-ci) en tant qu'objet du contrat et la transmission de la maîtrise juridique sur ce dernier par son titulaire à son cocontractant[2808]. Ensuite, la qualification transversale de tout contrat d'exploitation reposerait sur quatre critères : l'existence ou l'absence d'une obligation d'exploitation, l'exclusivité ou non de la mise en jouissance, le

---

[2805] J. HUET, « Des distinctions entre les obligations », *Revue des contrats*, 01 janvier 2006, n° 1, p. 89.

[2806] Tels que par exemple, le contrat de vente, de donation, d'apport en société d'un droit de propriété intellectuelle.

[2807] Comp. J. RAYNARD, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC*, 2/2006, p. 597 s. : « Ainsi, les concepts d'« opération », d'« obligation essentielle » ou de « prestation caractéristique » n'émergent qu'avec peine du droit commun où ils restent largement inexploités ; autant de notions contemporaines décisives pour définir l'identité des familles contractuelles et saisir la richesse du rapport contractuel ; autant de concepts étrangers à la théorie générale de droit commun et qu'il conviendrait d'appeler au soutien d'une théorie des contrats spéciaux. » De manière générale, déjà E. GOBLOT, « Fonction et finalité », *Revue philosophique*, 1899, tome I, p. 495 et s., et 631 et s., p. 635 : « L'importance du terme final n'a jamais été méconnu ; le nom même de finalité en témoigne. Celle du terme initial est bien plus grande encore. À lui se rapportent en réalité tous les problèmes que soulève la finalité. Pour comprendre un processus de finalité, il ne suffit pas de regarder où il va, il faut surtout regarder d'où il vient. Le terme final peut faire défaut, car il y a des séries de moyens qui manquent leur fin : tout but visé n'est pas atteint. La question n'est pas d'ailleurs de savoir s'il est atteint, mais s'il est visé. À lui seul, le terme final n'explique rien ; il ne saurait être la raison des antécédents, il n'en est que l'effet. »

[2808] Comp. J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n° 649, p. 575 : « Sans présumer, à nouveau, de la nature du contrat d'exploitation, il nous est apparu que l'auteur devait en tout état de cause, assurer à son contractant la jouissance du droit ». Notons que dans certaines hypothèses extrêmes, la qualification de contrat d'exploitation selon le système de qualification proposé pourrait s'avérer inadéquate. Telle est, par exemple, l'hypothèse d'un contrat d'exploitation permissif, exclusif et illimité (au moins temporellement), qui ressemble plutôt à une vente (s'il est conclu à titre onéreux) ou à une donation (s'il est conclu à titre gratuit).

caractère total ou partiel de la transmission et le caractère onéreux ou gratuit du contrat[2809]. De même, la qualification transversale serait accompagnée d'une double qualification sectorielle. En pratique, chaque contrat d'exploitation, indépendamment de sa qualification transversale, recevrait également une qualification sectorielle, selon le titre de propriété intellectuelle exploité et, éventuellement, l'industrie concernée.

ii.- Un régime applicable.

583.- Le système des catégories de contrats d'exploitation constituerait le moule à partir duquel il serait possible d'identifier les différentes strates de réglementation applicables aux contrats d'exploitation et déterminer le contenu de celles-ci.

α.- Les strates de réglementation.

584.- Selon le système de la double qualification spéciale proposé, le régime applicable aux contrats d'exploitation serait le résultat de la combinaison du régime attaché à la qualification transversale et celui attaché à la qualification sectorielle.

585.- Le régime transversal : une théorie générale des contrats d'exploitation. Le régime attaché aux qualifications contractuelles transversales de la partie générale constituerait la réglementation générale et transcendante de la matière du droit de la propriété intellectuelle, applicable à tout contrat d'exploitation. Au-delà de la réglementation minimale qui pourrait être prévue pour la qualification ultra-générique de contrat d'exploitation[2810], le contenu du régime transversal serait essentiellement celui des espèces et des sous-espèces de contrats d'exploitation. Ainsi, le régime transversal comprendrait des règles relatives aux garanties de la transmission, à l'obligation d'exploitation, à l'exclusivité, à la divisibilité du droit transmis, au prix de la transmission, les contreparties non monétaires et la gratuité.

La partie générale du droit européen des contrats d'exploitation regrouperait donc les règles communes applicables aux contrats d'exploitation indépendamment de la propriété intellectuelle

---

[2809] Comp. sur ce dernier point A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur* (*études sur la loi du 11 mars 1957)*, préf. R. Savatier, coll. Bibl. de droit privé, tome 30, LGDJ, 1962, n° 30 *sq.*, p. 22, note n° 31-1 : « Peu importe en effet que le contrat soit à titre gratuit ou à titre onéreux. C'est en ce sens que la notion d'exploitation que nous proposons en matière de protection du droit moral s'éloigne du sens originaire du mot exploitation. »

[2810] Comp. F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats speciaux*, LGDJ, 1969, p. 122 : « une bonne classification doit aboutir à la mise en œuvre d'une réglementation générale minimum attachée à la catégorie de contrats qui s'appliquera automatiquement à chaque contrat spécial non réglementé dès que l'on aura déterminé la catégorie à laquelle il appartient. »

exploitée. Sur cette base, il constituerait le droit commun européen des contrats d'exploitation[2811]. Le caractère transversal du régime en question permet d'y voir la consécration d'une théorie (européenne) générale[2812] ou de principes[2813] généraux transversaux (européens) des contrats

---

[2811] *Cf.* en ce sens, d'un point de vue français, M.-E. LAPORTE, « Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle », *JCP, éd. G* 1991, I, 3540, p. 371 et s. et not. n° 34 : « Il serait souhaitable alors que les propriétés intellectuelles, qu'il s'agisse des brevets, des dessins et modèles ou des droits d'auteur, ont acquis en tant que meubles incorporels des statuts juridiques autonomes, d'unifier ces statuts juridiques au moins quant à leur mode d'exploitation. Serait ainsi créé un droit commun de l'exploitation des propriétés intellectuelles. » ; C. ZOLYNSKI, N. MARTIAL-BRAZ (sous dir. de), *Réponse du réseau Trans Europe Experts Pôle droit de la propriété intellectuelle au Livre Vert sur La distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne COM (2011) 427 final*, novembre 2011, disponible sur : <www.transeuropeexperts.eu>, p. 71, parlant d'un « *véritable corpus commun* de la propriété intellectuelle. »

[2812] V. sur ce point L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 80, faisant allusion à la « théorie générale des contrats d'exploitation ». *Cf.* l'idée d'élaboration d'une théorie des contrats spéciaux en général en droit français. Sur ce point v. V. déjà G. FARJAT, *Droit privé de l'économie*, tome II, PUF, 1975, not. p. 191 et s. ; L. CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », *in Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 7 ; J. CARBONNIER, « L'évolution contemporaine du droit des contrats », *Introduction à L'évolution contemporaine du Droit des Contrats. Journées René Savatier* (Poitiers 24-25 octobre 1985), PUF, 1986, p. 29 et s., spéc. p. 31 ; P. PUIG, « Pour un droit commun spécial des contrats », *in* Le monde du droit, *Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 825 s. ; A. BENABENT, « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », *in Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 251 : « Un autre auteur préconise d'adopter la *voie des théories spéciales*, c'est-à-dire l'élaboration de régimes transversaux établis en fonction non plus de la nature du contrat mais de l'objet de l'obligation. Ainsi en lieu et place des contrat de vente d'entreprise de mandat etc. verrait-on apparaître les obligations de transfert de propriété de détention de service de paiement… dont le régime serait identique d'un contrat à l'autre sauf à tenir compte de certains facteurs de modulation telles l'existence ou non de contrepartie et la qualité de professionnels ou de profanes des contractants. » ; F.-B. BERGMANS, « Essai de systématisation nouvelle des contrats de droit privé, contribution à une théorie générale des contrats », *RPJ*, 1990, p 411 et s. Plus récemment, A. BENABENT, « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », Livre du Bicentenaire, Dalloz-Litec, 2004, p. 251 ; J. RAYNARD, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC*, 2/2006, p. 597 et s. ; J.-J. BARBIERI, « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », *RDC*, 01 avril 2006, n° 2, p. 261 ; F. COLLART-DUTILLEUL, « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », *RDC*, 01 avril 2006, n° 2, p. 604 ; P.-Y. GAUTIER, « Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux », *RDC*, 01 avril 2006, n° 2, p. 610, et not. *in fine* qui préconise que les théories générales qui doivent être établies d'urgence et de manière plus facile, sont les théories à l'intérieur de chaque contrat ou « famille » des contrats déjà existante, à savoir, la théorie du bail, du mandat, du dépôt etc. ; D. MAINGUY, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux ? », *art. cit.* Référence faite à la théorie générale des contrats spéciaux par Ph. JESTAZ, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », *in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 135 ; J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ, 3e éd., 2001, n° 106, p. 130 ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 13, p. 11 ; P.- Y. ANTONMATTEI**,** J. RAYNARD**,** *Droit civil, contrats speciaux*, 4e éd., Litec LexisNexis, 2004, n° 3, p. 2 ; A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Montchrestien, 2007, n° 4, p. 3. Les « germes » d'une telle théorie pourraient être détectés en droit grec. V. *a contrario* M. STATHOPOULOS, Remarques introductives aux articles 496-946 *in* A. GEORGIADIS, M. STATHOPOULOS (sous dir. de), *Code Civil*, tome III, *Droit des contrats spéciaux*, Sakkoulas, 1980, n° 143, p. 4 : « Le désavantage d'une approche casuistique est que plusieurs fois la réglementation des problèmes identiques de manière distincte mène à la multiplication des règlementations et alourdissement du texte législatif, sans que celui-ci soit imposé par une certaine particularités des contrats spéciaux. » D'un point de vue européen, v. K. LILLEHOLT, « A European law of lease ? », *in* A. VAQUER, (sous dir. de), *European private law beyond the common frame of reference*, Essays in honour of Reinhard Zimmermann, Europa Law publishing, 2008, p. 57 et s. et not. p. 62 : « In order to avoid the much-used term functional, we call this an « element based approach to contract law ». Par ailleurs, l' « element-based approach » is not « new, in particular not in systems without codifications of the law of contracts. », *ibid. eod. loc.* En outre, Mme Collart-Dutilleul avait également proposé la théorisation des contrats portant sur les biens intellectuels, F. COLLART-DUTILLEUL, « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », *RDC*, 01 avril 2006, n° 2, p. 604. Référence faite également par S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 12, p. 12-13.

Rappr. l'idée de la théorisation du droit de la propriété intellectuelle, v. par exemple S. HADDADIN, *Essai sur une théorie générale en droit d'auteur*, Éds. Universitaires européennes, 2010 ; Ch. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP, Cahiers de Droit de l'entreprise*, n° 42, 2004, p. 3 : « Dès lors, il est possible que, derrière les particularismes propres à chaque discipline, il se cache une théorie générale de la propriété intellectuelle qui reste à construire. » Des réflexions similaires ont été émises également en droit grec des biens immatériels. V. sur ce point K. CHRISTODOULOU, « Remarques sur la théorie générale des biens immatériels », *DiMEE*, 2/ 2007, p. 180 s.

[2813] L'intérêt pour la recherche des principes communs européens est assez élevé pendant les dernières années. V. sur ce point M. Van HOECKE, « Le Code civil et la base commune du droit privé en Europe », *in* A. WIJFFELS (sous dir.

d'exploitation[2814]. La consécration d'une telle théorie assurerait l'intégrité normative et la lisibilité du cadre juridique applicable aux contrats d'exploitation ainsi que le caractère ouvert du système de qualifications contractuelles des contrats d'exploitation[2815].

---

de), Le Code civil entre ius cmmune et droit privé européen, Bruylant, 2005, p. 29 et s. et not. p. 43 : « L'inflation législative et l'européanisation du droit ont entrainé un regain des principes fondamentaux […] » ; J. SMITS, *The making of European Private Law*, Intersentia, 2002, p. 35 : « One of the most-eye catching projects in the sphere of European private law is the formulation of principles within a certain area of the law. Such principles provide an *account of rules that are common to the diverse European legal systems* » ; déjà C. WITZ, « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *Rec. Dalloz*, 2000, p. 79 s., note n° 6 : « Décidément, l'heure est aux principes, comme si les juristes, lassés par l'inflation juridique et les divergences entre les systèmes européens, aspiraient à des principes fédérateurs. »

L'intérêt en question est tant d'origine institutionnelle que d'origine doctrinale. Sur la référence de la Commission européenne aux principes européens communs en matière de droit des contrats v. la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats du 11.07.2001, COM(2001) 398 final, option 2 « les principes communs non contraignants», sur ce point v. W. van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », *in* F. GAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 37 et s. et not. p. 37 : « It became clear that from private stakeholders there was considerable support for option ii)» ; M.-W. HESSELINK, « If you Don't Like Our Principles We Have Others », *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 59 et s. et not. p. 61 : « Something very similar was expected, it seems, when the European Commission announced that the CFR would contain a set of common fundamental principles of European contract law. In its 2004 communication, The way forward, the commission, describing the possible structure of the CFR wrote : The first part of the CFR could provide some common fundamental principles of European contract law and exceptions for some of these principles. » Le Conseil de l'Union européenne avait émis une communication similaire : « The CFR should consist of three parts : one part containing definitions of key concepts in contract law, ii) a second part setting out common fundamental principles of contract law, possibly including guidance when exceptions to such fundamental principles could be required ; (iii) finally, a third part containing model rules inspired by those principles and using those definitions. », M.-W. HESSELINK, « If you Don't Like Our Principles We Have Others », *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 59 et s. et not. p. 62. De même, la CJUE a également développé des principes. Sur ce point voir par exemple, M.-W. HESSELINK, « If you Don't Like Our Principles We Have Others », *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 59 et s. et not. p. 61 et les décisions y citées ; K. PURNHAGEN, « Principles of European Private or Civil Law ? A Reminder of the Symbiotic Relationship Between the CJ and the DCFR in a Pluralistic European Private Law », Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series, No. 2011/04, disponible sur SSRN : <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1652039> ; C. SEMMELMANN, « Legal Principles in EU Law as an expression of a European Legal Culture Between Unity and Diversity », *Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2012/7*, mai 2012, disponible sur : <www.ssrn.com>, p. 12 et les references y citées.

Concernant les principes d'origine doctrinale, v. notamment les Acquis Principaux, la série PEL, le DFCR (Principles definitions and model rules of European private law), les Principes Lando et les principes directeurs du droit européen du contrat de l'Association H. Capitant des Amis de la Culture Juridique Française/Société de législation comparée, (*Principes contractuels commun. Projet de cadre commun de référence*, Paris 2008). Comp. à propos des contrats d'exploitation d'auteur, M. MARKELLOU, *Contrats d'exploitation en droit d'auteur*, Sakkoulas, 2012, n° 487, p. 321, parlant des principes directeurs européens ».

Cependant, le terme « principes » est assez ambigu et susceptible de renvoyer à des réalités multiples (v. C. SEMMELMANN, « Legal Principles in EU Law as an expression of a European Legal Culture Between Unity and Diversity », *Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2012/7*, mai 2012, disponible sur : <www.ssrn.com>, p. 12). D'une part, les principes peuvent correspondre à la formulation *des règles*, inspirées par les points communs au niveau européen. D'autre part, ils peuvent renvoyer à des valeurs abstraites fondamentales. Ceci dit, la distinction entre principes et règles est assez floue. R. DWORKIN a tracé la distinction entre, d'un côté, les règles et, d'un autre côté, les principes de la manière suivante : les règles peuvent-elles être appliquées ; les principes sont de nature plus générale et ne peuvent qu'être balancées, *Taking Rights Seriously*, 1977, cité par A. OHLY, « The quest for Common Principles of European Intellectual Property Law- Useful, Futile, Dangerous ? » *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 3 et s. et not. p. 5 ; C. SEMMELMANN, « Legal Principles in EU Law as an expression of a European Legal Culture Between Unity and Diversity », *Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2012/7*, mai 2012, disponible sur : <www.ssrn.com>.

[2814] En ce sens explicitement A. STROWEL, B. VANBRABANT, « Copyright licensing : a European view », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 29 s. et not. pp. 47-48 : « We believe a codification of the basic principles for intellectual property licensing, not only for *copyright* licensing, would make sense. » pour affirmer par la suite de manière ambigüe que « It is primarily at national (or possibly at European) level that such a codification of the basic IP licensing rules should take place. » ; P. STIEL, *Leistungstörungen bei Lizenzverträgen aus Sicht des europäischen Rechts*, Herbert Hutz Verlag, Munich, 2009, p. 257, cité par J. De WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European Perspective », *in* J. De

586.- Les régimes sectoriels. Le régime attaché aux qualifications sectorielles de la partie spéciale est essentiellement construit à partir des différents types de droits de propriété intellectuelle. Ceci Il est possible d'y voir plusieurs régimes de contrats d'exploitation spéciaux, dont l'application serait déclenchée par l'existence d'un type particulier de propriété intellectuelle et dont le contenu serait adapté aux besoins particuliers de chacun d'eux[2816]. Dans la mesure où ces régimes sectoriels seraient d'une application à portée générale au sein d'une branche de propriété intellectuelle, ils correspondraient à des théories générales (européennes) « propriétaires » des contrats d'exploitation[2817]. De même, des régimes encore plus spéciaux seraient susceptibles d'être applicables en présence d'un mode d'exploitation particulier ou d'un objet immatériel protégé spécial (par exemple, le logiciel). La consécration de ces régimes en question mènerait à la reconnaissance des contrats d'exploitation spéciaux nommés.

Par conséquent, selon le système de qualifications proposé, le régime des contrats d'exploitation serait déterminé par l'application de plusieurs strates de réglementation : la théorie générale des

---

WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 450 s. et not. p. 472 note n° 62. Pour un syllogisme analogue pour l'ensemble du droit de la propriété intellectuelle, v. J. RAYNARD, « Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », *in* Mélanges offerts à J.-J. Burst, Litec, 1997, p. 529 et s., not. p. 533. Sur la théorisation des contrats spéciaux en fonction des biens spéciaux sur lesquels ils portent, v. F. COLLART-DUTILLEUL, « La théorisations des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », *RDC*, 01 avril 2006, n° 2, p. 604, *passim*, cité également par S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009, n° 13, p. 14.

[2815] Comp. en ce sens, les avantages de la consécration des « théories spéciales » en matière des contrats spéciaux énumérés par A. BENABENT, « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », *in Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 253.

[2816] Ainsi, il pourrait s'agir par exemple des règles concernant les formalités de la transmission des différents titres, nationaux ou unitaires de la propriété industrielle etc.

[2817] L'élaboration d'une théorie générale des contrats d'exploitation d'auteur n'est pas nouvelle. Comp. A. DIETZ, « The possible Harmonisation of Copyright Law Within the European Community », *IIC*, 1979, p. 395 s. et not. p. 410, citant D. REIMER, « La liberté des contrats dans le droit d'auteur. Quelques remarques récapitulatives », *in* ALAI (sous dir. de), *Liberté des contrats et droit* d'auteur, 1976, p. 92 et s., qui propose une épure d'une théorie générale des contrats d'exploitation d'auteur : « According to Reimer, the following problems could be resolved within such a « general » part : written form ; principle of determining the scope of the transfer by its purpose ; the duty of specificity ; illegal and immoral contracts, limits of transferability, the duty to use ; claim of authors to receive commensurate rewards; permissibility of standard contracts drafted by associations) from the competition law angle); tariff agreements and the possibility of their being declared generally binding. » ; M. MARKELLOU, *Contrats d'exploitation en droit d'auteur*, Sakkoulas, 2012, n 475, p. 315, parlant de la nécessité d'établissement d'une théorie générale du droit contractuel du droit d'auteur. Rappr. les parties générales du droit des contrats d'auteur en droit français et grec.

Par ailleurs, le principe de la rémunération adéquate ou correcte est souvent proposé en tant que principe général du droit contractuel d'auteur dans une perspective supranationale. En ce sens, v. contracts, to adopt this stepchild of copyright and bring it under the umbrella of European copyright. » ; M. WALTER, S. von LEWINSKI (sous dir. de), *European Copyright Law*, a commentary, Oxford University Press, 2010, n° 16.0.139 : « Above all, harmonisation of a balanced framework for contracts in the realm of copyright and related rights should be dealt with in the near future in order to protect authors and performing artists who, as mentioned, are regularly the weaker parties in such contracts. » ; J. GINSBURG, « L'avenir du droit d'auteur : un droit sans auteur ? », *Comm. Comm. Electr.*, n° 5, mai 2009, étude 10, n° 2, *in fine* : « L'avenir du droit d'auteur, et des œuvres qui en fournissent la raison d'être, dépendra du respect de la créativité et d'une rémunération correcte des créateurs. » ; S. DUSOLLIER, C. KER, M. IGLESIAS, Y. SMITS, *Contractual arrangements applicable to creators : law and practice of selected Member States*, European Parliament – Directorate General for International Policies – Policy Department C : Citizens' Rights and Constitutional Affairs – Legal Affairs, 2014, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/RegData/.../IPOL-JURI_ET(2014)493041_EN.pdf>, p. 103.

contrats d'exploitation, la théorie « propriétaire » et (éventuellement) les règles particulières applicables à certains modes d'exploitation ou objet immatériels protégés[2818].

β.- La détermination du contenu du régime applicable : quelques principes directeurs.

587.- L'objectif de notre proposition de (re)construction du droit des contrats d'exploitation n'est pas de présenter le contenu final de ce dernier et, donc le régime applicable à ces contrats. Il paraît cependant utile de proposer quelques pistes afin de déterminer le contenu de la réglementation attachée au système des catégories des contrats d'exploitation.

- **Déterminer les contours des catégories contractuelles avec précision.**

588.- Tout d'abord, il est nécessaire de déterminer avec précision et clarté les contours de chaque qualification contractuelle proposée[2819]. Il est toutefois nécessaire d'aller à contre-courant de la pratique législative actuelle[2820] et d'opter pour une détermination des définitions de chaque catégorie de contrat d'exploitation (transversale ou sectorielle) afin de déterminer ses éléments caractéristiques et surtout les obligations réciproques des parties[2821].

- **Déterminer le champ matériel du droit européen des contrats d'exploitation.**

589.- Ensuite, le champ matériel du droit européen des contrats d'exploitation devrait couvrir toutes les matières du droit des contrats présentant un intérêt concret et particulier durant la totalité du cycle de vie[2822] des contrats d'exploitation. Plus précisément, le contenu minimal des droits

---

[2818] Comp. A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Montchrestien, 2007, n° 7, p. 4 : « Il n'est presque aucun des contrats spéciaux qui ait échappé à ce phénomène qui conduit à une superposition verticale : à la base il y a le droit commun de la théorie générale des contrats ; au stade intermédiaire il y a le droit commun de tel contrat spécial (droit commun du bail ou du prêt d'argent) ; au-dessus encore, il y a le droit particulier de la variété considérée (bail commercial). En présence d'un contrat précis, il faudra donc mettre en œuvre cette superposition en ayant recours aux trois niveaux de réglementation. » ; N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 460, p. 407.

[2819] Rappr. en ce sens, à propos des contrats d'auteur, M. MARKELLOU, *Contrats d'exploitation en droit d'auteur*, Sakkoulas, 2012, n° 478, pp. 314-315.

[2820] V. *supra* n° 193 *sq.*

[2821] Par exemple et à titre indicatif, se pose la question de savoir si dans le cadre d'un contrat d'exploitation gratuit, une obligation de garantie devrait incomber à la charge du concédant. Comp. par exemple d'un point de vue français N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 414, p. 362 : « La garantie des vices cachés s'impose ainsi dans tous les contrats à titre onéreux conférant à autrui l'usage d'une chose, que ce soit par le biais d'un transfert de propriété ou d'une simple mise à disposition. » Comp. aussi le traitement différent de la question selon le caractère gratuit ou onéreux d'un contrat d'exploitation à effet translatif en droit grec, lorsque on accepte le caractère *in rem* des (certains) contrats d'exploitation et on opte pour l'application des règles relatives à la cession de créance. Sur ce point v. *supra* 180 et 216.

[2822] À propos du droit spécial de la vente au niveau européen voir B. FAUVARQUE-COSSON, « Vers un droit commun européen de la vente », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 34, n° 4 ; Communication de da Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions, Un Droit Commun Européen de la Vente pour Faciliter les Transactions Transfrontières sur le Marché Unique, Bruxelles, le 11.10.2011, COM(2011) 636 final, p 10. S. AUGENHOFER, « A European Civil law- for whom and what should it include, Reflections on the scope of Application of a future European legal instrument », *ERCL*, 2/2011, p. 195 et s. et not. p. 213 : « Like the optional instrument, a European contract law could govern all or only specific contracts, or, it could govern only specific parts of the time frame of a contract (eg. Breach but not formation). »

spéciaux des contrats devrait couvrir essentiellement la forme, l'exécution et l'inexécution du contrat (obligations essentielles-voies de recours)[2823]. L'objectif serait de créer un droit des contrats d'exploitation le plus autosuffisant possible[2824], afin d'éviter le recours aux autres branches des droits nationaux, telles que, notamment, le droit commun des contrats[2825]. Effectivement, le besoin de recourir à d'autres branches, *a priori* non harmonisées, réduirait l'efficacité d'un droit européen des contrats d'exploitation[2826]. En prolongement de cet objectif, et afin de créer un cadre juridique accessible, simple et cohérent, il serait utile d'y intégrer les règles du droit européen de la

---

[2823] Comp. R. SCHULZE, « Problèmes et perspectives du droit européens des contrats-introduction », *in* G. MÄSCH, D. MAZEAUD, R. SCHULZE, *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Sellier, sept. 2009, p. 5 et s. et not. p. 7 : « Cette partie générale du droit des obligations couvre des sujets aussi primordiaux que les règles relatives à l'exécution ou bien les voies de recours en cas d'inexécution » et plus loin, parlant des droits et obligations spécifiques pour les différents rapports juridiques spéciaux. Rappr. Ch. BUSCH, *Scope and content of an optional instrument for EU contract law*, Note, Directorate General for Internal Policies, Policy department C: Citizen's Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, PE 425.644, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/webnp/webdav/site/myjahiasite/users/emartinezdealosmoner/public/Busch%20%20EN.pdf>, p.16 et s., se référant à un « triple test » pour la définition de la portée minimale d'un instrument optionnel portant sur un contrat spécial : « In summary, a possible minimum scope of an optional instrument could include the following topics : définition of contract, pre-contractual duties, formation, right of withdrawal, grounds of invalidity, interprétation, contents and effects of contracts, performance, remedies for non-performance, change of parties, set-off and merger, and prescription. »

[2824] Comp. sur ce point le caractère autosuffisant et auto-référant des instruments optionnels adoptés au niveau européen. V. B. FAUVARQUE-COSSON, M. BÉHAR-TOUCHAIS, *La mise en œuvre des instruments optionnels dans le domaine du droit civil européen*, étude réalisée par Trans Europe Experts devant le Parlement Européen, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documentss/juri/dv/pe462425_/pe462425_fr.pdf>, p. 37 : « L'efficacité d'un régime optionnel repose sur son autonomie. Plus précisément, cet instrument doit être autosuffisant et auto-référant, c'est-à-dire que son corpus de règles doit être le plus complet possible pour éviter d'avoir, dans le champ matériel couvert, à être complété par un droit national. En particulier, le régime même optionnel, devra contenir ses propres règles impératives et lois de police. Dans toute la mesure du possible, le comblement des lacunes et l'interprétation du texte européen doivent intervenir en le prenant comme référant lui-même et non en ayant recours à un autre système. Cette autonomie quant au comblement des lacunes et à l'interprétation du texte n'a pas toujours été prévue dans les premiers textes européens instituant des régimes européens optionnels et la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente pourra à l'avenir, servir de modèle à cet égard. »

[2825] En ce sens, S. AUGENHOFER, « A European Civil law- for whom and what should it include, Reflections on the scope of Application of a future European legal instrument », *ERCL*, 2/2011, p. 195 et s., disponible aussi sur : <ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/21_en.pdf>, pp. 1-18, et not. p. 15 : « Again, it would be more reasonable to introduce a general European contract law applicable to all types of contract, regardless of whether they involve cross border or domestic transactions and governing the entire duration of a contract. Otherwise, islands of European law would still float in national waters making it burdensome for all legal subjects to obey the law. » Certes, il faut noter sur ce point que le recours au droit substantiel (national) de la propriété intellectuelle ne pourrait pas être évité, sauf si un titre de propriété intellectuelle européen uniforme se substituant aux titres nationaux voyait le jour. V. sur cette question, à propos d'un titre européen de droit d'auteur » ; B. HUGENHOLTZ, « Harmonisation of Unification of EU Copyright Law », *in* J. AXHAMN (sous dir. de), *Copyright in a borderless online environment*, Nodstedts Juridik, 2012, p. 189 s. et not. p. 203. V. aussi *supra* n° 537 sur les perspectives du projet d'un droit européen des contrats d'exploitation en absence de droit substantiel de la propriété intellectuelle européanisé.

[2826] Sur ce problème v. not. O. DESHAYES, Ch. HANNOUN, « Dits et non-dits du livre vert », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises »*, *contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 11 et s. et not. p. 20 : « Ensuite, si l'on accepte d'aller dans cette direction, d'autres barrières aux échanges existent à l'intérieur du droit que le seul droit des contrats. Il suffit de songer à la diversité des règles applicables à la preuve, aux sûretés, aux voies d'exécution, aux procédures collectives, aux procédures civiles etc. *Quel bénéfice tangible peut-on espérer de l'avènement d'un droit européen des contrats tant que ces autres barrières subsistent ?* […] Le contrat ne flotte pas en l'air, détaché de toutes autres règles que celles qui lui sont spécifiquement consacrées. Le droit des contrats est en pratique perpétuellement en connexion avec les autres branches du droit. » ; Ch. Von BAR, O. LANDO, S. SWANN, « Communication on European Contract Law : Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code », *ERPL*, 2/2002, pp. 183-248, p. 238, n° 7 : « all business transactions carry with them their own legal *environment beyond contract law*. Other areas of the law of obligations and core aspects of the law of property play an equally critical role in the conclusion and performance of contracts or when transactions misfire. Like diversity in contract law, *the lack of uniformity in these adjacent legal areas is a significant obstacle* to the effectiveness of the internal market. So far as possible it must be made easier for parties to respond to the issues raised by those surrounding rules of law. »

concurrence applicables aux contrats d'exploitation et qui déterminent effectivement le contenu substantiel d'un contrat d'exploitation[2827]. La fonction des contrats d'exploitation en tant qu'instruments de régulation du marché des droits de propriété intellectuelle révèle la fonction régulatrice[2828] ; la distinction classique entre le droit privé et le droit public, surtout au niveau européen[2829], est ainsi remise en question.

- **Le respect de la diversité culturelle.**

590.- Le régime attaché au droit européen des contrats d'exploitation doit être élaboré suivant l'objectif de l'*unitas in diversitas*[2830]. Il est ainsi essentiel de trouver la balance adéquate entre unité[2831] et flexibilité, afin d'appréhender la diversité juridique au sein des différents droits nationaux[2832]. Ceci dit, l'harmonisation ne devrait pas toucher aux questions pour lesquelles il n'est pas possible de trouver à l'heure actuelle un dénominateur commun parmi les différents droits nationaux. On relèvera parmi ces questions celle de la transmissibilité des droits de propriété intellectuelle ou l'existence de règles protectrices en matière de contrats d'auteur, lesquelles pourraient recevoir un traitement au niveau national[2833]. Ce faisant, il serait possible d'aboutir à la

---

[2827] Voir *supra* n° 128 *sq*. et les références y citées. *Cf.* S. GHOSH, « What the Treatment of Covenants Not to Compete Teaches About Intellectual Property and Competition Norms » *in* T. TAKENAKA (sous dir. de), *Intellectual Property In Common Law And Civil Law*, Edward Elgar, 2014, p. 349 et s. Pour les mêmes raisons, il serait pertinent d'examiner la possibilité d'intégrer des règles du droit européen des consommateurs, à propos des contrats d'exploitation B2C.

[2828] V. par exemple F. CAFAGGI, « Which Governance for European Private Law ? » (Octobre 2007), disponible sur : <ssrn.com/abstract=1024110> ou <dx.doi.org/10.2139/ssrn.1024110>, p. 3 : « a regulatory function aimed at correcting market failures and creating an internal market. » ; F. CAFAGGI, H. MUIR WATT (sous dir. de), *The regulatory function of European Private Law*, Edward Elgar, 2008.

[2829] V. sur ce point F. CAFAGGI, « The making of European Private Law : governance design », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 289 s. et not. p. 290 : « While national legal traditions are still based on a strong division between private and public law, no matter how problematic that might be, the European legislation in private matters is regulatory in nature and grounded on the goal of creating an internal market. » ; D. CARUSO, « The Missing View of the Cathedral : The Private Law Paradigm of European Legal Integration », *European Law Journal*, vol. 3, n° 1, mars 1997, pp. 3-32 ; Ch. JOERGES, « The Europeanization of Private Law as a Rationalization Process and as a Contest of Legal Disciplines. An Analysis of the Regulation of Unfair Terms in Consumer Contracts », *ERPL*, 3, 1995, p. 175 et s.

[2830] En fait, tant le tronc que les branches de l' « arbre » du système des catégories des contrats d'exploitation s'étayera sur un réseau des racines assez complexe qui correspond à l'*unitas* entre les différents systèmes juridiques nationaux. Comp. sur ce point A. KUR, « Introduction », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, p. xii : « where one strong and massive trunk grows out of a meshwork of roots ».

[2831] *Cf*. R. SCHULZE, « European Private Law : Political Foundations and Current Challenges », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 293 s. et not. p. 306 : « [I]t would be problematic to assume that all 'common principles' or 'best solutions' in national laws could be adopted as a model of regulation. »

[2832] S. Von LEWINSKI, « Harmonisation of Copyright in Europe-Background, Principles and Problems », *in* Ch. ANTONS, M. BLANKENEY, Ch. HEATH, *Intellectual Property Harmonisation within ASEAN and APEC*, Kluwer Law International, 2004, p. 93 s. et not. p. 106 : « Finding the right balance between harmonisation and flexibility for the Member States is essential. » ; M. MARKELLOU, *Contrats d'exploitation en droit d'auteur*, Sakkoulas, 2012, n° 487, p. 321.

[2833] Comp. sur ce point M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 9, « The last frontier : territoriality », p. 307 et s. et not. p. 321 : « Arguably, the principles of subsidiary and proportionality do demand that a Community copyright regulation leaves member states some leeway to organize the more culture-oriented aspects of copyright as they see fit. One could imagine in this context local provisions on the exercise of moral rights by the State as under French copyright law, or local rules concerning the reallocation of income

consécration des variations nationales du droit commun européen des contrats d'exploitation, qui constitueront « les fruits du même arbre ».

- **Le principe de la liberté contractuelle des parties comme point de départ.**

591.- Suivant le principe de la liberté contractuelle qui caractérise l'ensemble des droits nationaux retenus[2834], le régime du droit européen des contrats d'exploitation doit être plus supplétif qu'impératif[2835]. En pratique, le droit européen des contrats d'exploitation a principalement pour objectif d'assister les parties lors de la rédaction de leurs contrats et leur permettre d'adapter son contenu à leurs besoins. Il en découle que le droit européen des contrats d'exploitation doit être considéré comme un droit descriptif[2836]. Les parties devraient être *a priori* libres de déterminer le contenu de leur contrat selon leur volonté, en mettant en œuvre les différents « facteurs de modulation » (charge d'exploitation, exclusivité, divisibilité, contrepartie) prévus au sein du système du droit des contrats d'exploitation. À titre d'exception[2837], il serait toujours possible de prévoir des règles impératives[2838], lorsque d'autres intérêts seraient jugés[2839] plus importants que la liberté contractuelle des parties, tels que les intérêts d'une catégorie de parties se trouvant dans une position de faiblesse (présumée) [2840]. À cette fin, une approche équilibrée entre les règles

---

streams of collective rights management organisations to cultural funds or even local limitations and exceptions. » ; F. GOTZEN, « The European Legislator's Strategy in the Field of *Copyright* Harmonization », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 43 s. et not. pp. 53-54 : « By proceeding in this way, we would in any case, in this second part, leave some leeway for national copyright legislation. » *Cf.* J. A. L. STERLING, « International Codification of Copyright Law : Possibilities and Imperatives », Part one, *IIC*, 2002, p. 270 s. et not. pp. 285-286 pour l'application des règles locales parallèlement à un Code International du droit d'auteur.

[2834] V. *supra* n° 499.

[2835] Comp. sur ce point Th. DREIER, « Rights Management Report », rapport présenté à la Conférence « European Copyright Revisited », Santiago de Compostella, 16-18 juin 2002, disponible sur : <www.zar.kit.edu/DATA/veroeffentlichungen/3_european_00efc3b.pdf>, sous 4.1 : « According to fundamental legal principles adhered to by all EU Member States, individual licensing of rights in *copyright*ed subject matter-as in any other subjective rights- is the form of rights management which requires, and indeed allows for, the least intervention by the legislator. » et *ibid.* plus loin : « Hence, in general, the EU might interfere with regard to the legal framework for standard terms and conditions ».

[2836] V. en ce sens, L. BRENNAN, J. DODD, « A concept proposal for a model intellectual property commercial law », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 257 s. et not. p. 259 : « An IP commercial law is first and foremost an « enabling » law. […] Thus the goal of commercial law is more descriptive than proscriptive. »

[2837] V. cependant, N. REICH, « A European contract law : ghost or host for integration ? », *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 24, n° 2, p. 425 et s. et not. p. 438, pour qui l'Union n'aurait de compétence à adopter que des règles imperatives (competence to adopt mandatory rules : no competence for facilitative rules). Cependant, étant donné ses mérites (facilitation et sécurisation des échanges), l'encadrement commun (même supplétif) des contrats est susceptible d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur.

[2838] Sur les différentes options concernant la détermination du contenu et les effets du droit contractuel v. M.-W. HESSELINK, « The Politics of a European Civil Code », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 143 s. et not p. 146.

[2839] Ici encore, la question est éminemment politique. *Cf.* sur ce point Th. DREIER, « Rights Management Report », rapport présenté à la Conférence « European Copyright Revisited », Santiago de Compostella, 16-18 juin 2002, disponible sur : <www.zar.kit.edu/DATA/veroeffentlichungen/3_european_00efc3b.pdf>, sous 4.1, à propos des contrats d'auteur : « [I]t is very difficult, if not impossible, to reconcile the interests of flesh-and-blood creators and performers with those of profit-oriented media enterprises and both of thèse with the interest of users. »

[2840] Voir ainsi en ce sens, A. STROWEL, « Towards a European Copyright Law : Four issues to consider » *in* E. STAMATOUDI, P. TORREMANS, *EU Copyright Law. A Commentary*, Edward Elgar, 2014, n° 21.01 s, p. 1127 s. et

supplétives et impératives semble nécessaire[2841]. La détermination des objectifs et des valeurs sous-jacents du droit européen des contrats d'exploitation devrait être autant précise que possible[2842].

- **La forme d'interaction entre les différentes strates de réglementation.**

592.- La forme de l'interaction entre les différentes strates de réglementation est un autre point qui mérite d'être souligné. L'expérience actuelle en matière de structuration de la réglementation des contrats spéciaux montre qu'il y a plusieurs types d'interaction entre la partie générale et la partie spéciale[2843]. Il peut s'agir d'une relation de complémentarité[2844], d'une relation traditionnelle *lex generalis-lex specialis*[2845] ou d'une combinaison des deux méthodes, selon l'élément à réglementer.

---

not. n° 21.30, p. 1137 : « The adoption of copyright contract rules might achieve other objectives. It would allow a better protection and a more adequate remuneration for creators ». Il faut noter qu'au-delà de l'auteur qui est considéré traditionnellement comme la partie faible en matière de d'auteur, le licencié est aussi souvent considéré par la jurisprudence comme partie faible. Voir sur ce point J. De WERRA, « Keeping the Genie of Licensing Out of the Bottle : Managing Inter-Dependence in Licensing Transactions », *IIC*, 2014, pp. 253-255 et les décisions y citées. Sur la protection de l'auteur comme partie faible aux pays anglo-saxons, voir P. GOLDSTEIN, « Paternalism and autonomy in copyright contracts », *in* D. VAVER, L. BENTLY (sous dir. de), *Intellectual Property in the New Millenium. Essays in Honour of William R. Cornish*, Cambridge University Press, 2004, p. 259 s. Voir aussi les propositions faites par S. DUSOLLIER, C. KER, M. IGLESIAS, Y. SMITS, *Contractual arrangements applicable to creators: law and practice of selected Member States*, European Parliament – Directorate General for International Policies – Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs – Legal Affairs, 2014, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/RegData/.../IPOL-JURI_ET(2014)493041_EN.pdf>, p. 102 s. ; P. MOHR, *L'harmonisation européenne du droit des contrats d'auteur – Etude de droit comparé à partir des droits allemand, anglais, espagnol et français*, thèse Strasbourg, 2014, p. 812 et s.

Par ailleurs, des règles protectrices pourraient être prévues à propos des contrats d'exploitation conclus avec des consommateurs. Sur ce point voir sur ce point S. DUSOLLIER, « La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge des exceptions impératives », *Propr. Intell.*, n° 25, 2007, pp.443-452.

[2841] En ce sens voir not. J. GHESTIN, « Les effets pervers de l'ordre public », *in Propos impertinents de droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Christina Galvada*, Dalloz, 2001, p. 123. L'équilibre en question reflète la tension entre liberté contractuelle et régulation du marché, ou, en d'autres termes, libéralisme et interventionnisme. V. sur ce point par exemple G. ALPA, « Harmonisation of and Codification in European Contract Law », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p 149 s. et not. p. 152 s.

[2842] Comp. M. SAFJAN, A. WIEWIOROWSKA-DOMAGALSKA, « Political Foundations of European Private Law : Rethinking the East-West Division Lines », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 265 s. et not. p. 284 : « First of all, there is a need for clear determination of the main purposes of private European law, which could be attainable for all the Member States, and which would determine the direction of our common efforts. » ; A. DIETZ, « La reforme législative allemande du 22 mars 2002. Maigres perspectives européennes », *in* F. LABADIE, F. ROUET (sous dir, de), *Travail Artistique et économie de la création, Ministère de la culture et de communication*, collection Questions de culture, 2008, p. 159 et s. et not. p. 168, à propos de l'européanisation du droit d'auteur : « À l'échelon européen, il manque une vision précise de la nature et du contenu du système du droit d'auteur contemporain, préalable à toute harmonisation. »

Ici les enjeux en question sont certainement d'ordre politique mais aussi culturel. Il en ressort que la plus grande précaution doit être appliquée dans le cadre de cette démarche, surtout dans le cadre de la partie spéciale selon l'épure proposée (nous songeons notamment au droit contractuel d'auteur). Comp. les objections contre le DCFR, qui sont liées à l' « orientation politique » du texte académique, G. ALPA, « New Paths of Private Law », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 249 s. et not. p. 252 s. *Cf.* aussi les travaux du Social Justice group. Voir G. BRUEGGEMEIER, M. BUSSANI, H. COLLINS, C.-A. COLOMBI, G. COMANDÉ, M. FABRE-MAGNAN, S. GRUNDMANN, M.-W. HESSELINK, CH. JOERGES, B. LURGER, U. MATTEI, M. MELI, J. RUTGERS, CH. SCHMIDT, L. SMITH, R. SEFTON-GREEN,H. MUIR-WATT, T. WILHELMSSON, « Social Justice in European Contract Law : A Manifesto », *European Law Journal*, Vol. 10, No. 6, 2004, pp. 653-674, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=605141>.

[2843] Voir par exemple, H.-S. NÖLKE, F. ZOLL, « Structure and Values of the Acquis Principles : New features and their possible use for political purposes », *in* Research Group on the existing EC Private Law, *Acquis Principles, Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services)*, Sellier, 2009, p. xxiii et s. et not. p. xxvi-xxvii : « The interplay between the general parts and the specific parts can follow different patterns. »

Conclusion de la Section 1.

593.- Selon l'analyse précédente et pour les raisons qui ont été exposées, la structure du droit européen des contrats d'exploitation doit être basée sur le paradigme de la systématisation. Pour illustrer nos propos, une esquisse de structure systématique a été élaborée (voir *infra* l'Annexe 1). Elle repose sur les points de convergence catégorielle et culturelle caractérisant le droit des contrats d'exploitation en Europe[2846]. La structure proposée comprend deux parties et véhicule un système de catégories contractuelles des contrats d'exploitation. D'une part, une partie générale comprend le droit commun des contrats d'exploitation et assure la complétude et l'intégrité du système, à travers la classification des contrats d'exploitation en plusieurs catégories transversales. D'autre part, une partie spéciale est censée assurer l'ouverture du système et le respect des particularités sectorielles, en proposant des régimes catégoriels à partir d'une typologie de contrats d'exploitation.

Il convient désormais de réfléchir aux pistes relatives à l'adoption d'un droit commun rénové et transversal des contrats d'exploitation au niveau de l'Union européenne (Section 2).

[2844] Voir par exemple, H.-S. NÖLKE, F. ZOLL, « Structure and Values of the Acquis Principles : New features and their possible use for political purposes », *in* Research Group on the existing EC Private Law, *Acquis Principles, Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services)*, Sellier, 2009, p. xxiii et s. et not. pp. xxvi- xxvii.

[2845] H.-S. NÖLKE, F. ZOLL, « Structure and Values of the Acquis Principles : New features and their possible use for political purposes », *in* Research Group on the existing EC Private Law, *Acquis Principles, Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services)*, Sellier, 2009, p. xxiii et s. et not. p. xxvii.

[2846] Il ne s'agit que d'une tentative de proposition. Car, en fait, « les catégories contractuelles que le droit établit ne sont jamais étanches ni définitives. Le caractère passionnant de la tâche des juristes vient de ce que le droit est sans cesse à reconstruire », R. SAVATIER, « Droit privé et droit public », *D.* 1946, chr. p. 25. Par ailleurs, les points de convergence qui servent des éléments structurels de la proposition sont issus d'une analyse comparative non exhaustive des droits nationaux des États membres de l'Union européenne.

Section 2.- Pistes d'européanisation.

594.- Nous avons exposé au sein de la section précédente certaines pistes pour la (re)construction du droit des contrats d'exploitation. Or, la (re)construction proposée s'attache à une démarche d'élaboration du futur droit des contrats d'exploitation dans une perspective européenne. C'est sur cette base que les pistes de (re)construction du droit des contrats d'exploitation doivent être complétées par la présentation de certaines pistes d'européanisation.
Nous allons par la suite déterminer à cette fin les caractères de la démarche d'européanisation (§1) avant de proposer quelques pistes concernant la mise en œuvre de la démarche (§2).

§1.- Conceptualiser l'européanisation.

595.- Au sein du présent paragraphe, nous allons exposer les raisons pour lesquelles il est nécessaire d'envisager un véritable droit européen des contrats d'exploitation (A), issu d'une démarche d'européanisation négociée (B).

A.- Vers un véritable droit européen des contrats d'exploitation.

596.- Le projet de construction d'un droit européen des contrats d'exploitation devrait se focaliser sur la qualité du « produit final », à savoir l'acquis communautaire élaboré. La qualité de l'acquis dépend largement de la qualité (ou, autrement dit, des qualités) de l'européanisation envisagée. La notion littérale du terme « acquis » est celle d'« avantage, privilège, expérience, droit, obtenus grâce à des actions, à une lutte syndicale, politique, au travail, etc. »[2847] ou d'« expérience dont on dispose »[2848]. Pour ce qui nous intéresse, l'acquis renvoie à une expérience juridique commune, une expérience obtenue grâce à des actions. Ceci dit, un véritable droit européen des contrats d'exploitation doit être basé sur une communauté d'expériences juridiques[2849].

[2847] Dictionnaire Larousse en ligne, v° *acquis*, <www.larousse.com>.

[2848] Voir v° *acquis*, sur <dictionnaire.sensagent.com>.

[2849] Comp. H. WAGNER, « Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty. The example of the European Union » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 27 et s. et not. p. 42, parlant de « experienced integration ».

Pour obtenir cette expérience commune, la compréhension mutuelle et l'existence d'un contexte juridique commun pour le droit des contrats d'exploitation au niveau européen sont à assurer. Pour cela, il semble nécessaire d'envisager en priorité une européanisation conceptuelle de la matière (1°) et de préparer l'amorce d'une culture juridique européenne en matière de contrats d'exploitation (2°).

1°.- Une européanisation profonde.

597.- La compréhension mutuelle au niveau européen présuppose une européanisation profonde en matière de contrats d'exploitation. À cette fin, l'européanisation (a) dont l'objectif est la production d'un acquis conceptuel commun (b) semble indispensable.

a.- Le besoin d'européanisation conceptuelle.

598.- La stratification interne du droit en général. De manière schématique, le phénomène juridique est composé de différentes « couches »[2850]. Plus précisément, les règles applicables sont situées à un niveau superficiel alors que les concepts juridiques sont placés dans les couches plus profondes. De leur côté, les termes utilisés constituent l'emballage du phénomène juridique à tous les niveaux. La production de droit au niveau européen se base sur le même schéma. Le droit des contrats d'exploitation sera ainsi composé d'un ensemble de règles applicables, au sein desquelles plusieurs concepts juridiques seront utilisés alors que le tout sera exprimé par une terminologie juridique.

599.- L'européanisation conceptuelle comme point de départ. Le projet d'édification d'un droit européen des contrats d'exploitation implique la mise en œuvre d'une démarche d'européanisation au sein de toutes les « couches » précitées. L'objectif d'une européanisation profonde présuppose effectivement l'européanisation aux niveaux plus profonds du phénomène juridique. Le projet de construction d'un véritable droit européen des contrats d'exploitation appelle en priorité à une « européanisation conceptuelle » de la matière[2851]. Il en découle qu'une simple « standardisation des

---

[2850] Sur ce point voir, P. ROSSI, « The Language of Law between the European Union and the Member States », *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 23 et s. et not. p. 46 ; Th. WILHELMSSON, « Private Law in the EU : Harmonized or Fragmented Européanisation ? », *ERPL*, 1/2002, pp. 77-94 et not. p. 84.

[2851] V. en ce sens, P. ROSSI, « The Language of Law between the European Union and the Member States », *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 23 et s. et not. p. 43 : « This common approach (common legal culture) requires a European framework in which *not only the legal rules* tend to be similar but *also the values the principles and the concepts* broadening their range to include the diversifications of national laws. » ; M. STORME, « The Foundations of Private

règles », en d'autres termes, une européanisation purement réglementaire ne suffirait pas à atteindre cet objectif[2852]. Par ailleurs, nous avons signalé plus haut les inconvénients liés au caractère superficiel de l'acquis existant et de la diversité conceptuelle qui y attachée[2853]. Par conséquent, l'acquis commun envisagé en matière de contrats d'exploitation devrait être prioritairement un acquis conceptuel[2854].

Examinons ci-après à quoi correspond un tel acquis conceptuel commun.

Law in a Multilevel Structure : Balancing, Distribution of Lawmaking Power and Other Constitutional Issues », *ERPL*, 1, 2012, pp. 237-254 et not. pp. 247-248 : « In order to have a well-functioning private law, we do not so much need common values but rather *common methods, common concepts and to a certain extent common rules.* » ; V. HEUTGER, « A more coherent European wide legal language », *European Integration online papers*, (EIoP), vol. 7, 2004, n° 2, disponible sur : <eiop.or.at>, p. 2 : « In my opinion *standardizing legal concepts* can only attain legal harmonisation. » ; *ibid.* : « In my opinion standardizing legal concepts can only attain legal harmonisation. This harmonization can be achieved through the use of harmonized terminology within the European Union. » ; *implicitement* H.-S. NÖLKE, F. ZOLL, « Structure and Values of the Acquis Principles : New features and their possible use for political purposes », *in* Research Group on the existing EC Private Law, *Acquis Principles, Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services)*, Sellier, 2009, p. xxiii et s. et not. p. xxix : « Because there is no *conceptual framework of European contract law*, the numerous national traditions destroy the consistency of terms and meaning of European legislation. » ; S. PRECHAL, B. Van ROERMUND, « Binding Unity in EU Legal Order : An Introduction », *in* S. PRECHAL, B. Van ROERMUND (sous dir. de), *The Search for Unity in Divergent Concepts*, Oxford University Press, 2008, p. 1 s. et not. p. 4 : « Conceptual divergence is clearly at odds with the promise of a legal order […] » et *ibid.* p. 8 : « In particular, this framework is believed to provide a semantic basis for 'communication' and 'negotiation' of different interests. » *Contra* S. PRECHAL, B. Van ROERMUND, « Binding Unity in EU Legal Order : An Introduction », *in* S. PRECHAL, B. Van ROERMUND (sous dir. de), *The Search for Unity in Divergent Concepts*, Oxford University Press, 2008, p. 8, résumant l'opinion contraire : « Skeptics, on the other hand, hold that there is no such framework ; 'common concepts ; turn out to be just so many sources of misunderstanding, confusion, and therefore divergence. »

Par ailleurs, l'européanisation conceptuelle assurerait la cohérence du futur cadre juridique. En ce sens, voir B. SCHÄFER, Z. BANKOWSKI, « Mistaken Identities : The Integrative Force of Private Law », *in* M. Van HOECKE, F. ORT, *The Harmonisation of European Private Law*, Hart Publishing, 2000, p. 21 et s. et not. p. 42 : « Coherence is something that comes naturally, something deeply rooted in our cognitive makeup. General principles are the main vehicle for legal coherence and they are to be found in the *common law* as much as in civil law, what differs is only the degree of their explicitness. A Pan-European general part of private law therefore is not the triumph of one tradition over the other, but can be consistently interpreted as second order emergence that reflects on all European legal traditions. » ; R. SCHULZE, « Problèmes et perspectives du droit européens des contrats-introduction », *in* G. MÄSCH, D. MAZEAUD, R. SCHULZE, *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Sellier, sept. 2009, p. 5 et s. et not. p. 11 : « La volonté d'une plus grande cohérence exige bien plus de refléter les notions et les principes sur lesquelles reposent les différentes dispositions et qui doivent justement permettre la cohérence. Le choix et la définition de ces notions sous-jacentes ainsi que des principes généraux comportent de plus nécessairement explicitement ou implicitement une réflexion sur les valeurs fondatrices du droit européen des contrats. » Comp. R. SCHULZE, « Problèmes et perspectives du droit européens des contrats-introduction », *in* G. MÄSCH, D. MAZEAUD, R. SCHULZE, *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Sellier, sept. 2009, p. 5 et s. et not. p. 13 à propos de l'harmonisation en matière de droit des consommateurs : « À l'égard du droit de la consommation et au-delà du droit européen des contrats pris dans son entier, le projet de cette directive devrait permettre de parvenir à une plus *grande cohérence des concepts, de la terminologie et des réglementations*. »

[2852] Comp. H. WAGNER, « Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty. The example of the European Union » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 27 et s. et not. p. 41 : « Uniformity of law cannot be created by just imposing rules through public policy. » ; A. KUR, « Harmonization of the Trademark Laws in Europe-An overview », *IIC*, 1997, p. 1 s., not. p. 23 : « It has to be kept in mind that harmonization of statutory law will in no case automatically result in uniform legal practice. »

[2853] V. *supra* n° 254.

[2854] V. cependant S. Von LEWINSKI, « Harmonisation of Copyright in Europe-Background, Principles and Problems », *in* Ch. ANTONS, M. BLANKENEY, Ch. HEATH, *Intellectual Property Harmonisation within ASEAN and APEC*, Kluwer Law International, 2004, p. 93 s. et not. p. 100 : « One may achieve [« sustainable » harmonization] through a sort of microsurgery by which, e.g. basic concepts in a national law need not to be touched, while the substantive law provisions which are necessary in order to achieve the internal market are harmonized. »

b.- Les éléments de l'acquis conceptuel commun.

600.- L'élaboration d'un acquis conceptuel commun vise l'émergence d'une *communauté de sens*. Cette dernière pourrait être basée sur la communauté sémantique des concepts du droit des contrats d'exploitation. Plus précisément, les concepts juridiques ont besoin d'un *medium* linguistique pour s'exprimer[2855]. Au niveau européen, l'expression linguistique de concepts juridiques devra être *a priori* commune[2856]. Sur cette base, l'européanisation des concepts juridiques va de pair avec l'élaboration d'une terminologie commune en matière de contrats d'exploitation[2857]. Effectivement, la communauté terminologique est une condition *sine qua non* pour assurer la communauté de sens au niveau européen[2858]. L'identité des termes n'est toutefois pas suffisante en elle-même. En effet,

---

[2855] De manière générale, la loi a besoin d'un medium linguistique. V. HEUTGER, « A more coherent European wide legal language », *European Integration online papers*, (EIoP), vol. 7, 2004, n° 2, disponible sur : <eiop.or.at>, p. 1 : « Law needs language […] In modern society all legal provisions can be found in writing. »

[2856] Ici, la question de la diversité linguistique trouve toute son importance. *Cf.* H. XUE, « Can One Term Fit All? Translation in Chinese Copyright Law » *in* Y. GENDREAU, A. DRASSINOWER (Sous dir. de), *Langues et droit d'auteur. Language and Copyright*, Bruylant – Carswell, 2009, p. 187 s.

[2857] Sur l'importance d'une terminologie européenne dans le cadre de la démarche d'européanisation en droit privé, voir G. AJANI, M. EBERS, « Uniform Terminology for European Contract Law : Introduction » *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 11 et s. et not. p. 15 : « further harmonization can only be attained through the creation of a uniform terminology for European Private Law. » et *ibid.* p. 17 : « Legal harmonization can only be attained by standardizing legal terms within European Union. The planned Common Frame of Reference is a first necessary step towards a pan-European legal language. » ; G. AJANI, « Legal Taxonomy and European Private Law », *in* R. SCHULZE, G. AJANI (sous dir. de), *Common Principles of European Private Law*, Studies of a Research Network, Coll. Europaeisches Privatrecht n° 22, Nomos, 2003, p. 349 et s. et not. p. 352 : « The more far-seeing academics and practitioners see the need for a uniform terminology both for theoretical and practical purposes. […] achieve a *stock of notions in* the field of private law. This process is necessary to make European legislation really work. » ; B. POZZO, « Harmonisation of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology », *ERPL*, 6/2003, pp. 754-767 et not. p. 767 : « In the process of harmonizing European contract law-and in order to ensure uniform interpretation-the question of creating a common terminology can't be left aside. »

Sur l'importance d'une terminologie commune en droit européen de la propriété intellectuelle, v. not. M. VIVANT, Ch. GEIGER, Chronique « Autre Regard… », *in Propr. Intell.*, n° 35, avril 2010, p. 747 s. et not. p. 750 et not. p. 750 : « L'harmonisation internationale et communautaire du droit de la propriété intellectuelle nécessite d'utiliser un langage commun, de proposer des notions qui auront vocation à être reprises et interprétées dans un contexte national. »

[2858] Sur ce point v. B. POZZO, « Harmonisation of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology », *ERPL*, 6/2003, pp. 754-767 et not. p. 767 : « in the process of harmonizing European contract law-and in order to ensure uniform interpretation-the question of creating a common terminology can't be left aside. » De même, la terminologie commune devra entre utilisée de manière cohérente au sein du droit européen des contrats d'exploitation. Sur ce point v. F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft) Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 182 : « Of course a coherent framework requires some degree of unification at least with respect to terminology. » ; P. ROSSI, « The Language of Law between the European Union and the Member States », *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 23 et s. et not. p. 30 : « The other important issue relating to terminology is that of the coherence between the concepts represented at EC level and those at national level, significantly when such terms are the same but which are used in inconsistent ways in EC law. » ; G. AJANI, « Legal Taxonomy and European Private Law », *in* R. SCHULZE, G. AJANI (sous dir. de), *Common Principles of European Private Law*, Studies of a Research Network, Coll. Europaeisches Privatrecht n° 22, Nomos, 2003, p. 349 et s. et not. p. 351 : « The national experience of the past shows indeed that such legislative progress requires a *sound foundation in shared legal taxonomy.* All this leads us to outline the ideal scope of future research : the key objective is to facilitate the national reception of Community policy within the field of private law through both a common terminology of European private law and a better understanding of the impact of historical divergences. » *Adde* les lignes directrices relatives aux choix terminologiques dans les textes européens proposées par l'Acquis Group, G. DANNEMANN, S. FERRERI, M. GRAZIADEI, « Consolidating EC Contract Law Terminology : The Contribution of the Terminology Group », *Acquis Principles, Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services)*, Sellier, 2009, p. l et s.et not. p. liii. Voir cependant, M.-W. HESSELINK, « The Structure of the New European Private Law », *Electronic Journal Of Comparative Law*, (December 2002), vol. 6.4, disponible sur : <www.ejcl.org/64/art64-2.html>, p. 21 : « What really matters in the law are the relationships between people and the

la valeur sémantique d'un terme juridique est immédiatement liée au contenu du concept juridique qu'il véhicule[2859]. La communauté de sens liée à la terminologie juridique commune repose nécessairement sur la compréhension du concept juridique sous-jacent. Pour utiliser une métaphore, le langage juridique commun a besoin d'une « grammaire » commune profonde[2860]. Ceci dit, l'élaboration d'un langage juridique commun serait superficielle si elle n'allait pas de pair avec l'existence d'une communauté sémantique, issue de l'existence des concepts juridiques communs[2861].

601.- Suite à l'analyse précédente, la communauté de sens envisagée par l'européanisation conceptuelle repose nécessairement sur une communauté à la fois terminologique et sémantique[2862]. Ceci correspond alors à une communauté de *symboles juridiques*, constitués par une terminologie commune et qui renvoie à des concepts communs[2863]. L'*unitas* profonde recherchée par

---

policy choices by lawmakers with regard to the resolution of conflicts between people. The function of language is nothing more than to communicate these policy choices. However, legal practice and legal science today are still far too preoccupied with the language of the law. »

[2859] Comp. sur ce point P. ROSSI, « The Language of Law between the European Union and the Member States », *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 23 et s. et not. p. 37 : « A common language for law requires a common foundation of principles, concepts and rules which support the linguistic instrument. » ; V. HEUTGER, « A more coherent European wide legal language », *European Integration online papers*, (EIoP), vol. 7, 2004, n° 2, disponible sur : <eiop.or.at> ; « Legal language is concept-based ». Voir toutefois DFCR n° 23, p. 18 : « Ultimately, useful definitions cannot be composed without model rules and useful model rules can hardly be drafted without definitions. »

[2860] Rappr. G. AJANI, « Legal Taxonomy and European Private Law », *in* R. SCHULZE, G. AJANI (sous dir. de), *Common Principles of European Private Law*, Studies of a Research Network, Coll. Europaeisches Privatrecht n° 22, Nomos, 2003, p. 349 et s. et not. p. 349, à propos des codifications nationales : **«** the codification of private law in some European jurisdictions has established a national terminology and grammar of the law, i. e. a system of taxonomies which guarantees the consistency of private law ».

[2861] Sur la relation entre le terme et le concept juridique, v. P. ROSSI, « The Language of Law between the European Union and the Member States », *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 23 et s. et not. p. 36 : « Focusing on the language without taking into consideration the legal content it expresses, is unfruitful and so is an analysis of legal concepts without considering how they are contextualized and expressed in the different languages of law. » ; G. AJANI, « Le multilinguisme, les langues du droit et la recherche de cohérence du droit privé européen », *in* G. AJANI *et alii*, *The Multilanguage Complexity of European Law*, European Press Academic Publishing, 2007, p. 23 et s., p. 33 : « La question ne concerne pas seulement le rapport entre les noms donnés aux institutions ou entre les termes qui se manifestent dans les langues différentes ; il s'agit aussi et surtout de la relation entre un terme et un concept, ou bien entre un concept et sa localisation dans un système plus vaste de concepts juridiques. » ; A. GAMBARO, « The Plan d'Action of the European Commission- A Comment », *ERPL*, 6/2003, pp. 768-781 et not. p. 781 : « Multi-lingal legislation requires a higher level of attention and care toward the *conceptual codes of the recipient subects*. »

[2862] En ce sens, v. G. AJANI, « Legal Taxonomy and European Private Law », *in* R. SCHULZE, G. AJANI (sous dir. de), *Common Principles of European Private Law*, Studies of a Research Network, Coll. Europaeisches Privatrecht n° 22, Nomos, 2003, p. 349 et s. et not. p. 350 : « Without a shared legal taxonomy, without a neutral or common terminology applicable to the different national systems, any harmonisation of the deep level of law implementation among the various member states systems will be unattainable. » *Cf.* J. TESSENSOHN, S. YAMAMOTO, Recension de l'ouvrage J. De WERRA, *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, *EIPR*, 2014, 36(10), pp. 685-686 et not. p. 686 : « [T]his book would be better understood and appreciated if the readers already had an idea of what intellectual property licensing law is. »

[2863] *Cf.* P. LEGRAND, « Sens et non-sens d'un code civil européen », *RIDC*, 4, 1996, p. 779 et s., not. p. 809 : « [La] communauté d'expérience juridique […] repose sur une communauté de sens laquelle présuppose une communauté de symboles. » Rappr. G. AJANI, « Legal Taxonomy and European Private Law », *in* R. SCHULZE, G. AJANI (sous dir. de), *Common Principles of European Private Law*, Studies of a Research Network, Coll. Europaeisches Privatrecht n° 22, Nomos, 2003, p. 349 et s. et not. p. 352, parlant d'un *stock* commun des notions (« common stock of notions in the field of private law. This process is necessary to make European legislation really work. »)

l'européanisation conceptuelle permettrait à dégager la *lingua franca*, ou en d'autres termes, à l'*esperanto*[2864]des symboles juridiques communs du droit des contrats d'exploitation[2865]. Ces concepts symboles trouveraient leur sens une fois placés au sein du schéma structurel commun du droit européen des contrats d'exploitation[2866].

2°.- L'amorce d'une culture juridique européenne en matière de contrats d'exploitation.

602.- En prolongement de l'existence d'un acquis conceptuel commun, l'expérience juridique commune liée au droit européen des contrats d'exploitation nécessite un contexte juridique commun. Le concept de la culture juridique européenne renvoie exactement à ce contexte[2867]. C'est la raison pour laquelle la réalisation de l'objectif d'un véritable droit européen des contrats d'exploitation doit passer par l'amorce d'une culture juridique commune[2868].

La possibilité de l'amorce d'une culture juridique européenne se base sur trois constats. Tout d'abord, la culture juridique peut être apprise[2869] et, de manière subséquente peut être choisie par un

---

[2864] *Cf.* N. CHABRIT, « L'esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats », *JCP G*, 2002, I, n°100, p. 9 et s.

[2865] H. BEALE, « The Common Frame of Reference in general », *in* R. SCHULZE (sous dir. de), *New features in Contract Law*, Sellier, 2007, p. 343 et s. et not. p. 361, parlant, à propos du CCR, d'une « *lingua franca* of contract law within Europe » : « I believe that the terms and concepts [of a CFR] would become accepted as the presumptive meaning of legal terms and concepts in European contract law. » ; H. KÖTZ, « Comparative Legal Research and its function in the development of harmonized law. The European Perspective », *in De lege, Towards Universal Law*, Iustus Foerlag, Uppsala, 1995, pp. 21-36, (cité par W. Van GERVEN, « Codifying European Private Law », *in* M. Van HOECKE, F. OST, L.WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 137 et s. et not. p. 159) : « a European common core of legal principles and rules and starting with the modest task of « marking out areas of agreement and disagreement, to construct a European *lingua franca* that has concepts broad enough to embrace legal institutions which are functionally comparable ».

[2866] G. AJANI, « Le multilinguisme, les langues du droit et la recherche de cohérence du droit privé européen », *in* G. AJANI *et alii*, *The Multilanguage Complexity of European Law*, European Press Academic Publishing, 2007, p. 23 et s. et not. p. 29 : « En effet, les termes juridiques doivent être liés un schéma à une taxinomie pour avoir un sens. »

[2867] Comp. C. SEMMELMANN, « Legal Principles in EU Law as an expression of a European Legal Culture Between Unity and Diversity », *Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2012/7*, mai 2012, disponible sur : <www.ssrn.com>, p. 9 : « Yet, there is a consensus today even more than ever before that the naked instrumentality of the concept of « integration through law » lacks a *soul*, represents "constitutional law without politics", and is unable to induce and justify the further widening and deepening of European Integration. »

[2868] En ce sens v. P. ROSSI, « The Language of Law between the European Union and the Member States », *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 23 et s. et not. p. 40 : « The search of a common legal culture acts on the symbols and is vital to the coherence of EC law. It should *constitute the parallel road* to any project of harmonization or even codification. » Comp. J. SMITS, « Legal Culture as Mental Software, Or : How to Overcome National Legal Culture ? », *Maastricht Working Papers*, 2007-2, disponible sur :<ssrn.com/abstract=1007447>, p. 14 : « Unification of law takes place where uniform culture exists. » Pour une vue d'ensemble v. G. HELLERINGER, K. PURNHAGEN (sous dir. de), *Towards a European legal culture*, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2014.

[2869] Voir sur la thèse que la culture juridique est un « logiciel intellectuel », voir surtout J. SMITS, « Legal Culture as Mental Software, Or : How to Overcome National Legal Culture ? », *Maastricht Working Papers*, 2007-2, disponible sur :<ssrn.com/abstract=1007447>, p. 5 et s. : « He understands culture to be the *collective programming for the mind* which distinguishes the members of a group or category of people from another. This definition of culture as mental

groupe. Ensuite, la culture juridique n'est pas toujours limitée au sein des territoires nationaux. En revanche, elle peut être basée sur des « segments culturels » qui sont de nature fonctionnelle et transcendent les frontières nationales[2870]. Enfin, le choix d'une culture juridique n'est pas absolu. Ainsi, les cultures nationales ne doivent pas être absorbées par une culture juridique européenne[2871]. Il s'agit alors de développer une véritable culture supranationale et transfrontière, en d'autres termes, une méta-culture sur la base de l'Europe. Celle-ci constituerait un complément pour les « sous-cultures » nationales, qui en seraient des variations « régionales ».

603.- Comment élaborer la culture juridique européenne ? L'élaboration d'un acquis conceptuel commun facilite certainement l'amorce d'une culture juridique européenne en matière de contrats d'exploitation. En pratique, la culture juridique se développe dans les niveaux profonds du schéma de la stratification du droit[2872]. En effet, la culture juridique « se forme par un processus de sédimentation lente, où les concepts et principes provenant de la surface de la loi, se déplacent continuellement dans les couches profondes de la pensée juridique[2873] ». Vu de l'intérieur, une culture juridique européenne correspond à un moyen d'unification. En effet, l'émergence d'une culture juridique européenne commune a, d'une part, certainement une valeur et un aspect symboliques. L'émergence d'une culture juridique commune contribuerait à l'élaboration d'une identité européenne en matière de contrats d'exploitation[2874]. Ceci dit, il ne s'agit pas simplement de

---

software consists of two aspects. First this definition emphasizes the fact that *culture is learned* by individuals and not something that comes automatically from being part of a group or a people. »

[2870] J. SMITS, « Legal Culture as Mental Software, Or : How to Overcome National Legal Culture ? », *Maastricht Working Papers*, 2007-2, disponible sur :<ssrn.com/abstract=1007447>, resumé : « when discussing the Europeanisation of private law, we should turn away from national legal cultures and pay more attention to so-called cultural segments, legal cultures that are not national but *functional in nature* and cross state borders. » et *ibid*. p. 14 : « Present day society is in need of a somewhat different conception of law: law is tied to society, but this society consists primarily of cultural segments that cut across nation-states. »

[2871] J. SMITS, « Legal Culture as Mental Software, Or : How to Overcome National Legal Culture ? », *Maastricht Working Papers*, 2007-2, disponible sur :<ssrn.com/abstract=1007447>, p. 14 : «We should acknowledge that legal culture is not indivisible : a person can belong to one legal culture in doing one thing and to another in doing something else. The law should recognize this. »

[2872] Th. WILHELMSSON, « Private Law in the EU : Harmonized or Fragmented Européanisation ?, *ERPL*, 1/2002, pp. 77-94 et not. p. 84 : « The legal culture however cannot be prescribed through legislation. Instead, it is shaped through a slow sedimentation process, where concepts and principles form the surface level of law continuously move into the deeper layers of legal thought. » ; P. ROSSI, « The Language of Law between the European Union and the Member States », *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 23 et s. et not. p. 45 : « deeper stratification of the phenomenon laid down in legal traditions, upon which a large part of legal reasoning and categorizations are based. »

[2873] Th. WILHELMSSON, « Private Law in the EU : Harmonized or Fragmented Européanisation ?, *ERPL*, 1/2002, pp. 77-94 et not. p. 84 : « The legal culture however cannot be prescribed through legislation. Instead, it is shaped through a slow sedimentation process, where concepts and principles form the surface level of law continuously move into the deeper layers of legal thought. » Comp. P. ROSSI, « The Language of Law between the European Union and the Member States », *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 23 et s. et not. p. 46 : « From a deep level of signification to a level of manifestations different layers are stratified : the surface of law (with individual statues court decisions etc) ; the legal culture, which is the level of concepts and general principles and the deep structure of law, which changes very slowly. »

[2874] Rappr. Ch. GEIGER, « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 2, *in fine*, se référant à une « identité commune en matière de propriété intellectuelle » en Europe.

respecter la diversité juridique lors de la construction du droit européen des contrats d'exploitation, mais de renforcer davantage l'*unitas* de la matière en Europe. D'un point de vue externe, l'existence d'une identité juridique européenne constituerait le label européen qui s' « apposerait » au droit des contrats d'exploitation[2875]. Cette marque représenterait la particularité et l'unicité de l'Europe tout en pouvant former un pôle d'attraction à l'échelle mondiale[2876].

604.- Ainsi, un véritable droit européen des contrats d'exploitation repose sur la production d'un acquis conceptuel commun, lui-même constituant une première étape vers l'amorce d'une culture juridique commune. La construction d'un droit européen basé sur une communauté d'expérience appelle la participation de toute partie intéressée. Il en résulte le besoin d'une européanisation négociée.

B.- Une européanisation négociée.

605.- La démarche de la construction d'un droit des contrats d'exploitation à caractère véritablement européen nécessite une participation globale des « acteurs juridiques »[2877]concernés par le droit des contrats d'exploitation au niveau européen. La multiplication des acteurs et la relation dialectique tissée entre eux (1°) ainsi que la tendance actuelle au niveau de l'Union européenne (2°) incitent à une production négociée du droit européen des contrats d'exploitation.

1°.- L'intensification du dialogue parmi les sources de droit au niveau européen.

606.- De manière générale, l'environnement juridique de l'Union européenne se caractérise par une multitude d'ordres juridiques composés de plusieurs sources de droit[2878]. Au-delà des agents

---

[2875] Comp. B. FAUVARQUE-COSSON, M. BEHAR-TOUCHAIS, « La mise en œuvre des instruments optionnels dans les États membres », *Les Petites Affiches*, 29 juin 2012, n° 130, p. 27, parlant de l' « image européenne » ou du label européen à propos de la société européenne.

[2876] *Cf.* v. *supra* n° 344 *sq*.

[2877] Pour les termes analogues utilisables, v. not. V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *Recueil Dalloz*, 2006 p. 2279 : « Il est vrai qu'aujourd'hui les sources du droit sont décrites comme les « pôles émetteurs de droit », « les pôles d'édiction du droit », les « lieux de production du droit », les « phénomènes créateurs » du droit, les « facteurs qui contribuent à la germination du Droit » » et les références citées.

[2878] F. CAFAGGI, « Introduction », *in* F. CAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 1 et s. et not. p. 6 ; F. CAFAGGI, « The making of European Private Law : governance design », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 289 s. et not. p. 348 : « European private law is a multilevel system made up of different components at EU, national and regional level. » De manière schématique, chaque ordre juridique constitue une « source des sources de droit ».

juridiques « conventionnels », soit les législateurs, les juges et la doctrine, de nouveaux « pôles émetteurs de droit », sont apparus, tels que des organisations professionnelles, des régulateurs, des *stakeholders*[2879] et autres[2880]. La production de droit dans un contexte pluralistique n'est certainement pas un processus univoque. En revanche, elle est le résultat d'un dialogue[2881] entre les agents placés au sein des différentes composantes de l'Union européenne[2882]. La multiplication des sources juridiques a par ailleurs mené à l'intensification et à la complexification du dialogue entre les sources de droit au sein de l'Union européenne[2883]. On peut ainsi affirmer que le paysage juridique de l'Union européenne correspond à un réseau de sources[2884], au sein duquel se tissent des relations de nature dialectique. Cette réalité ne pourrait pas être ignorée lors de la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation. Selon la conception dialogique de la production du droit, il semble utile de prévoir la participation des différents agents juridiques en amont de l'adoption d'une mesure juridique au niveau européen. La participation des différents agents lors de la construction du droit européen des contrats d'exploitation correspondrait à la mise en œuvre d'une démarche de production négociée du droit.

[2879] Pour une définition des *stakeholders* en matière de droit des contrats, voir M. W. HESSELINK, « Who has a stake in European contract law », Editorial *in ERCL* n° 3, 2005, pp. 295-296, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1314729>.

[2880] En ce sens, M.-W. HESSELINK, « The Structure of the New European Private Law », *Electronic Journal Of Comparative Law*, (December 2002), vol. 6.4, disponible sur : <www.ejcl.org/64/art64-2.html>, p. 22 : « One of the main characteristics of the development of private law on the European continent in the 20th century is the central role which the courts have gained as the creators and developers of private law. Moreover, there are other legal actors and formants. […] apart from the courts, legal scholarship, legal education, legal practitioners (professionals) and other institutions are other actors which make important contributions to the development of the law. »

[2881] Sur le dialogue entre le juge et le législateur en matière de propriété intellectuelle, v. not. A. BENSAMOUN, *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, PUAM, 2008. D'un point de vue plus général, v. J. SMITS, « Democracy and (European) Private Law : A Functional Approach », *European Journal of Legal Studies*, 2009, pp. 26-40, disponible sur : <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1537888>, p. 27 : « In the European member states, private law is traditionally 'made' in close cooperation between the national legislatures and the courts: it is the result of an intricate decision-making process at the national level, in which legal academia is often also involved. This is, to varying degrees, true for both civil law and *common law* jurisdictions. »

[2882] Sur ce point v. A. GAMBARO, « The Plan d'Action of the European Commission- A Comment », *ERPL*, 6/2003, pp. 768-781 et not. p. 777 : « in modern legal systems adjudication is the outcome of dynamic and complex interactions among different institutions and different formants operating *at the different levels* and not the result of a linear process among normative layers of rules hierarchically structured. » ; Ch. JOERGES, « Interactive Adjudication in the Européanisation Process ? A Demanding Perspective and a Modest Example », *ERPL*, 1/2000, pp. 1-16 et not. p. 4 : « Not only do legislative projects within the European Union require activates at different levels, the European judiciary is equally dispersed. » et *ibid.* p. 6.

[2883] A. BENSAMOUN, C. ZOLYNSKI, « La promotion du droit négocié en propriété intellectuelle : consécration d'une conception dialogique du droit », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1773 : « le temps du dialogue entre le législateur et le juge, s'il n'est pas révolu, n'est en tout cas plus exclusif. » et *ibid.* n° 1 : « non seulement le dialogue s'internationalise, mais il s'ouvre à de nouveaux interlocuteurs. »

[2884] Par exemple, F. OST, M. Van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses universitaires de St Louis, Belgique, 2002 ; M. MEKKI, « Le modèle de la loi au sein du Code civil », *in* Th. REVET (sous dir. de), *Code Civil et modèles, des modèles du code au code comme modèle*, LGDJ, 2005, p. 5 et s. et not. n° 45, p. 42 : « À la hiérarchie des sources s'adjoint aujourd'hui un réseau des sources. »

2°.- La tendance actuelle de la production négociée du droit au niveau européen.

607.- La production négociée du droit fait partie d'une politique communautaire déjà ancienne[2885]. Elle s'exprime notamment par la pratique du lancement des consultations publiques avant l'adoption des mesures législatives ainsi que par la production de livres verts ou d'autres types d'actes juridiques préparatoires[2886], qui interviennent à des stades ultérieurs dans le processus d'élaboration des normes (par exemple des communications de la Commission[2887]). Dans le cadre d'une telle production négociée, une gamme très large de personnes et d'entités, telles que les institutions étatiques, la communauté des professionnels du droit et des représentants de groupes intéressés, la communauté académique, sont invitées à participer et à influencer, en principe[2888], la production du droit.

[2885] V. par exemple, le cadre du programme d'élaboration interactives des politiques (Interactive Policy Making IPM), lancé en 2001, qui a mené à la création du site « your voice » (<ec.europa.eu/yourvoice/ipm/index_en.htm>), mais aussi le Livre blanc de la même année, sur la *gouverannce européenne*, qui fait la participation citoyenne un des principes essentiels de la politique européenne, en préconisant la mise en œuvre d'une « culture renforcée de consultation et de dialogue », Commission Européenne, Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, 1.7.2010, COM(2010) 348/3, p. 19 et s. ; B. FAUVARQUE-COSSON, *The rise of Comparative Law* : *a Challenge for Legal Education in Europe*, Walter van Gerven Lectures n° 7, Europa Law Publishing, 2007, p. 9 (se référant au processus de construction du droit européen des contrats) : « The work in progress shows that ther has been *a change in the places where law is produced* and that this change is not merely tolerated but brought about and *officialised* by the European authorities. » *Adde* J. RUTGERS, « European Competence and European Civil Code, a Common Frame of Référence or an Optional Instrument », disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=1542533 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1542533>, p. 18, se référant à la politique des consultations publiques appliquée avant la mise en œuvre du traité de Lisbonne, en matière du droit des contrats. Voir aussi le programme « mieux légiférer » et la politique de « réglementation intelligente », sur ce point v. *supra* n° 519.

[2886] Pour une présentation de l'historique des livres verts, v. par exemple, C. PERES, « Livre vert de la Commission européenne : les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative », *RDC*, 2011, p. 13 et s., not. n° 2.

[2887] Par ailleurs, des consultations publiques « informelles » voient aussi le jour. Comp. le groupe de parties intéressées (stakeholders) de dialogue informel sur le marché unique, crée par la DG MARKT en janvier 2010, pour encourager les parties intéressées à participer aux consultations, v. la brochure disponible sur : < ec.europa.eu/internal_market/smn/smn57/docs/stakeholders_corner_fr.pdf>. *Adde* la consultation informelle qui a suivi l'étude de faisabilité réalisé par le groupe d'experts en matière du droit des contrats, v. *infra* note n° 2888.

[2888] Bien sur, la politique des consultations publiques est très souvent critiquée (parfois à bon droit). Les critiques portent notamment sur le fait que le lancement des consultations publiques ressemble souvent à « une simple figure obligée de communication ». En ce sens, v. H. CLARET, « Les méthodes de la Commission européenne : à quoi sert-il de convaincre quand on a déjà contraint ? », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1981 citant, C. PERES, « Livre vert de la Commission européenne : les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative », *RDC*, 2011, p. 13 et s. Ceci semble évident lorsque la durée de la consultation est très courte. V. par exemple, à propos de la consultation lancée par la Communication de la Commission en 2001, Ph. MALINVAUD, « Réponse hors délai à la Commission européenne ; à propos d'un Code européen des contrats. », *D.*, 2002, p. 2542, (aussi *in* B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD (dir.), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Société de législation comparée, 2003, p. 231 et s., à propos de la Consultation courte lancée après la publication de l'étude de faisabilité (préc.) (3 mai-1er juillet 2011) v. H. CLARET, « Les méthodes de la Commission européenne : à quoi sert-il de convaincre quand on a déjà contraint ? », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1981 ; H.-W. MICKLITZ, « A 'Certain' Future for the Optional Instrument », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 181 et s. et not. p. 181 : « The deadline for the submissions to the so called Feasibility Study runs out on the 1st of July. The European Commission has the tree months. The European Commission has the three months of July, August and September to evaluate the incoming submissions (let us suppose some three hundred), to undertake what Commissioner Reding described as a 'thorough impact assessment' and to write and agree upon a publishable version of the ECL, which will then become the draft Optional instrument. In the light of this time frame it

À l'heure actuelle, l'intérêt pour la production d'un droit négocié s'est intensifié[2889]. Plus précisément, la pratique du droit négocié s'est officialisée, notamment après l'entrée en vigueur du

---

seems appropriate to disclose my preconceptions on the ongoing process. » ; W. DORALT, « The Optional European Contract Law and why sucess or failure may dépend on scope rather than substance », *Max Plank Private Law Research Paper*, n° 11/9, disponible sur : <ssrn.com/abstract=1876451>, p. 5 : « […] the potential benefit of 'outside' expertise will, unfortunately, not be fully explored. » ; *ibid.* p. 25 : « This is regrettable […] [a]n open academic debate could lead to improvements. The constraints indicate the consultation is more of a formality, if anything. »

De même, la Commission a parfois vraisemblablement une idée préconçue des suites à donner et de la réponse a apporter. V. sur ce point, C. PERES, « Livre vert de la Commission européenne : les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative », *RDC*, 2011, p. 13 et s., not. p. 17, parlant de « simple figure obligée de communication » ; très critique H. CLARET, « Les méthodes de la Commission européenne : à quoi sert-il de convaincre quand on a déjà contraint ? », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1981 ; à propos du Livre vert sur les contrats, par exemple, M. MELI, « The common Frame of Reference and the relationship between national law and European law », *ERCL*, 2/2011, p. 229 et s. et not. p. 230 ; Th. GENICON, « Commission européen et droit des contrats : « *Quousque tandem abutere patientia nostra ?* », *RDC*, 01 juillet 2011, n° 3, p. 1050, n° 3 : « On l'aura compris, les sept « options », comme la consultation du reste, ne sont que le maquillage d'une décision déjà prise […] » et plus loin, n° 4, parlant de « la mascarade de la consultation, organisée pour mieux enfumer le démos et servir de défouloir à des opposants que l'on n'écoutera pas […] » ; J. CARTWRIGHT, « Choice is Good. Really ? », *ERCL*, 2011, p. 335 et s. Comp. O. DESHAYES, Ch. HANNOUN, « Dits et non-dits du livre vert », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 11 et s. et not. pp. 21 et 22, critiquant l'absence de latitude réelle dans le choix entre les solutions proposes, la proposition des solutions non réaliste et l'omission des solutions envisageables.

Par ailleurs, les consultations publiques portent sur des questions dont le contenu est déterminé de manière unilatérale par les institutions européennes, et notamment par la Commission, alors que les participants aux consultations (États, académiques, praticiens, société civile) n'ont qu'un pouvoir informel et pas décisionnel. Sur ce point v. J. SCOTT, D. TRUBEK, « Mind the gap : Law and new approaches to governance in the European Union », *ELJ*, n° 8, 2002, p. 1 et not. p. 17 : « [The Commission] favors greater openness and participation, but only in Community Method processes where it has the initiative and other arenas where Commission voice remains strong. » ; H.-W. MICKLITZ, « A 'Certain' Future for the Optional Instrument », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e edition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 181 et s. et not. p. 183 : « [those who should like to comment on the ECL] are given no guidance which would allow them to raise question capable of influencing the drafting of the October proposal. » ; P. MAGNETTE, « European Governance and Civic Participation : Can the European Union be Politised ? », *Harvard Jean Monnet Working Paper*, 2001, n° 6/01, disponible sur : <www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/01/010901.html>, p. 5 à propos du Livre Blanc, *Gouvernance*, préc. : « Nothing in these possible reforms, seems to break with the classic methods used by the Commission, or with the philosophy which underpins it- i.e. that participation only be initiated by the institutions, is limited to non-decision and mainly directed towards several actors. »

De manière similaire, l'interventionnisme des Institutions européennes dans le cadre de leur coopération officielle avec les « groupes d'experts » démontre que l'intérêt pour la production négocié du droit est superficiel. Sur ce point v. H. SCHULTE-NÖLKE, « Scope and Function of the Optional Instrument on European Contract Law », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 35 et s. : « It was clear from the beginning that these Commission official would have a very strong role. […] The Commission officials chairing the meetings used their power to set the agenda. Although a lot of consultation between Commission officials and the Expert Group members took place, particularly on the agenda, the Commission officials *had the final say* » ; H.-W. MICKLITZ, « A 'Certain' Future for the Optional Instrument », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 181 et s. et not. p. 184 : « The message for academics then is the following : you are invited to take over the technical drafting, but we-the institutions-reserve the right to discuss the truly relevant questions. » C'est pourquoi certains auteurs parlent de la « missappropriation » de l'expertise juridique des académiques de la part des Institutions, v. H.-W. MICKLITZ, « A 'Certain' Future for the Optional Instrument », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 181 et s. et not. p. 183 : « It is hard to imagine that the exclusion of these most interesting questions has not led to tensions within the Expert Committee. » Par ailleurs, les élaborateurs mêmes du DCFR reconnaissent que leur rôle au sein de la production négociée du droit sera limité : « It may be that at a later point in time the DCFR will be carried over at least in part into a CFR, but that is a question for others to decide. », Ch. Von BAR (sous dir. de), *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Sellier, 2009, p. 6.

[2889] A. BENSAMOUN, C. ZOLYNSKI, « La promotion du droit négocié en propriété intellectuelle : consécration d'une conception dialogique du droit », *Recueil Dalloz*, 2011 p. 1773, n° 6 : « En toute hypothèse, la faveur actuelle pour le droit négocié, tant en France qu'au sein de l'Union européenne, consacre une conception dialogique de la production normative […] » ; C. ZOLYNSKI, « Questions de légistique soulevées par la construction de la norme à l'aune du renouvellement des sources de droit », *in* N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS (sous dir. de), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2012, p. 51 s. et not. p. 59 : « Le processus législatif est désormais imprégné par une logique consultative accrue. »

Traité de Lisbonne[2890]. Cette tendance à la production négociée du droit est illustrée de manière significative par la coopération officielle entre la communauté scientifique européenne ainsi que d'autres parties intéressées et les institutions européennes lors du processus d'européanisation du droit des contrats[2891]. La production négociée du droit est très répandue également en matière de droit de la propriété intellectuelle[2892]. Le lancement d'un dialogue officiel avec les *stakeholders* dans le cadre de la stratégie titrée « Licences for Europe » mérite d'être signalé[2893].

608.- Vers une production véritablement négociée du droit européen des contrats d'exploitation. Conformément à la tendance actuelle, l'élaboration négociée du droit devrait constituer la méthode pour l'édification du droit européen des contrats d'exploitation. Or, l'*unitas* souhaitée ne doit et ne peut être proposée et façonnée par le haut par une oligarchie d'agents juridiques. En revanche, une véritable européanisation négociée appelle à l'obtention d'un consensus large parmi les parties prenantes. L'européanisation négociée doit être vue comme un processus ouvert dialectique qui permettrait la participation de toute partie intéressée et concernée par le droit européen des contrats d'exploitation[2894]. Idéalement, l'européanisation est le résultat de la coopération et des efforts combinés émanant de la plus grande variété possible des principaux

---

[2890] V. le Titre II du TFUE intitulé « dispositions relatives aux principes démocratiques, et en particulier à l'article 11 par. 1, 2 et 3 TFUE. Sur ce point v. C. PERES, « Livre vert de la Commission européenne : les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative », *RDC*, 2011, p. 13 et s., not. n° 3 : « le traité de Lisbonne a non seulement consacré le droit *d'initiative citoyenne* qui permet à un million de citoyens originaires de différents États membres de demander à la Commission de présenter de nouvelles propositions mais aussi reconnu formellement l'importance de la participation de la société civile européenne dans la prie de décision. » ; A. BENSAMOUN, C. ZOLYNSKI, « La promotion du droit négocié en propriété intellectuelle : consécration d'une conception dialogique du droit », *Recueil Dalloz*, 2011 p. 1773, n° 1 : « non seulement le dialogue s'internationalise, mais il s'ouvre à de nouveaux interlocuteurs. C'est le sens de l'un des principaux axes de la politique législative de la Commission européenne. Deux voies sont explorées : l'instauration d'un dialogue de la Commission avec la société civile (d'où la multiplication des consultations et autres procédures d'échanges) et l'incitation à un dialogue entre les parties prenantes. » V. aussi l'article 1er du TFUE, en vertu duquel dans l'Union « les décisions sont prises dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture et le plus prés possible des citoyens ». Sur ce point v. S. ROLAND, « Livre vert de la Commission européenne « droit européen des contrats », Remarques sur quelques difficultés d'ordre institutionnel », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 69 et s. et not. p. 69.

[2891] À titre d'exemple, nous pouvons mentionner la création en 2005 du Réseau commun pour le droit européen des contrats (« CoPECL Network of Excellence » <www.copecl.org>), suivi de près par la Commission, composé pour la plupart par d'universitaires et chercheurs indépendants et accompagné par des *stakeholders* qui ont également contribué (formant tous ensemble le réseau « CFR net »), à la création et l'adoption d'un « Cadre commun de référence » ; la Décision de la Commission du 26 avril 2010 (2010/233/UE) instituant un groupe d'experts (des catégories suivantes: organisations scientifiques et de recherche, milieu universitaire, praticiens du droit, experts représentant la société civile, art. 4 par. 4 de la décision) pour un cadre commun de référence dans le domaine du droit européen des contrats, JO L 205, du 27/4/2010, p. 109 ; Décision de la commission du 17 janvier 2013 instituant un groupe d'experts de la Commission sur le droit européen du contrat d'assurance (2013/C 16/03).

[2892] Pour une vue d'ensemble, v. A. BENSAMOUN, « Les mutations de la norme en droit d'auteur (réflexion sur les sources) », *in* N. MARTIAL-BRAZ (sous dir. de), *Les mutations de la norme : le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2011, p. 279 et s.

[2893] V. le site : < http://ec.europa.eu/licences-for-europe-dialogue/en>. Voir aussi *supra* n° 141.

[2894] *Cf.* J. HERRE, « The Common Frame of Reference as a basis for future harmonisation of the law of sale and lease of goods », *in* J. KLEINEMAN, *A common frame of reference for European contract law, Stockholm Centre for Commercial Law, Actes du colloque du 23-24 octobre 2009*, Jure, 2011, p. 79 s., et not. p. 90 : « The work on updating the information and on one or several optional instruments in the field of commercial contracts should of course start right away but that work should be allowed to take time and should closely involve those parties with an interest in these questions. »

acteurs juridiques des différents niveaux, à savoir les différentes institutions nationales et européennes, le pouvoir judiciaire national et européen, les universitaires, les différents *stakeholders* et les représentants de la société civile qui contribuent à la tâche d'européanisation[2895]. Un droit européen véritablement négocié jouirait d'une véritable légitimité démocratique[2896]. En offrant la possibilité de prendre effectivement en considération les différentes approches, il serait

---

[2895] En ce sens, K. RIEDL, « The work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint », *ERPL*, 1, 2000, pp. 71-83 et not. p. 83 : « But given the above-mentioned multi-level situation in Europe, a dialogue has to develop between and among European and national institutions to guarantee a homogenous standard of application. […] Ideally this picture should lead to a fruitful discourse culture between the actors within a system of multi-institutional governance. » ; M.-W. HESSELINK, « A European Legal Science ? On European Private Law and Scientific Method », *European Law Journal*, 2009, Vol. 15, No. 1, pp. 20-45, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1113450>, pp. 1-36 et not. p. 27 : « Such a common method can only be developed in a dialogue between all those affected, ie the legislator, the courts and scholars on all levels of governance (notably the national and the Community level). » ; H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, « Introduction », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. viii et s. et not. p. xliii : « The creation of European private law is part of a broader process of European legal integration which cannot proceed solely on legislative paths. Legal integration must be based on a European community made up of European and national institutions where judges and practicing lawyers together with legal academics contribute to the process. » ; A. KEIRSE, « European impact on contract law : A perspective on the interlinked contributions of légal scholars, legislators and courts to the Europeanization of contract law », *Utrecht Law Review*, vol. 7, n° 1, janvier 2011, p. 34 s., *in fine* : « Combined action by legal scholars, legislators and the courts on both the European and national level can eventually lead to the development of so-called 'better law'. » ; Ch. JOERGES, « Interactive Adjudication in the Européanisation Process ? A Demanding Perspective and a Modest Example », *ERPL*, 1/2000, pp. 1-16 et not. p. 15 : « What Dietzinger saga teaches us, however, is that the Europeanisation process needs to be supported by an active European judiciary. We should not place our hopes in comprehensive legislative solutions. » ; M. STORME, « The Foundations of Private Law in a Multilevel Structure : Balancing, Distribution of Lawmaking Power and Other Constitutional Issues », *ERPL*, 1, 2012, pp. 237-254 et not. p. 252 : « The realization of an European Civil Code even not fully binding on the member states (in accordance with my proposal above) will require the combined efforts of different players including as minimum politicians and academics. » *Cf.* A. SOMMA, « Towards a European private law ? The Common Frame of Reference in the conflict between EC law and national laws », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 1 et s. et not. p. 2, se référant à la construction du DCFR : « It is noteworthy that not only scholars collaborate on the construction of the DCFR : stakeholders also play a crucial role. […] ». Comp. W. van GERVEN, « A common Framework of Reference *and* Teaching », 1, *European Journal of Legal Education*, 2004, p. 1 et s. et not. pp. 12-13, se référant à l'élaboration éventuelle de clauses contractuelles européennes standardisées (option II, Communication de la Commission de 2001) ou d'un instrument optionnel en matière de droit des contrats : « With respect to these two additional instruments, the Commission can only play a supportive role, the actual drafting being left, in the first instance, to associations of contracting parties (preferably, I would, think representing either side) with assistance of legal counsel and academics, and, in the second instance, to academics after consultation with interested parties and their legal counsel. » *Adde* J. SENECHAL, « Vers une ou plusieurs catégories d'instruments en droit européen des contrats ? », Reponse au livre vert du 1er juillet 2010 (COM (2010) 348/3), disponible sur : <ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/293_fr.pdf>, p. 16 : « Le contenu de la boîte à outils relatif aux contrats spéciaux pourrait peut-être être élaboré en relation avec des agences européennes existantes ou à créer et dédiées au rapprochement des droits et à la régulation des activités professionnelles. » ; J. SENECHAL, « Quels contrats spéciaux pour quels futurs instruments en droit européen des contrats ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 17 s. et not. p. 47.

[2896] Sur le caractère démocratique d'une démarche permettant l'implication de tous les « acteurs du marché », v. G. ALPA, « The Future of European Contract Law : Some Questions and Some Answers », *in* K. BOELE-WOELKI, W. GROSHEIDE, *The future of European contract law*, Wolters Kluwer, 2007, p. 3 et s. et not. p. 5 : « A democratic process requires *all market actors* to be involved, together with evaluations of a political nature that first need to mature elsewhere. » ; M. STORME, « The Foundations of Private Law in a Multilevel Structure : Balancing, Distribution of Lawmaking Power and Other Constitutional Issues », *ERPL*, 1, 2012, pp. 237-254 et not. p. 241. Comp. aussi le lien entre la production négociée du droit, la légitimité démocratique et l'aspect politique y afférent, M.-W. HESSELINK, « The Politics of a European Civil Code », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 143 s. et not. p. 143, à propos de l'élaboration d'un Cadre commun de référence en matière de droit des contrats : « Before the drafting of the CFR/ECC starts, the Commission should submit to the European and national Parliaments, the European Council and the other main stakeholders, a list of say fifty policy questions regarding the main issues of European private law. »

Sur l'ensemble de la question voir, à titre indicatif, J. M. SMITS, « European Private Law and Democracy: A Misunderstood Relationship », *in* M. FAURE and F. STEPHEN, *Essays in the Law and Economics of Regulation in Honour of Anthony Ogus*, Oxford, Intersentia, 2008, pp. 49-59 ; J. M. SMITS, « Democracy and (European) Private Law : A Functional Approach », Tilburg University Legal Studies Working Paper Series, No. 001/2010, January 17, 2010.

plus facile d'obtenir un meilleur équilibre entre les intérêts opposés[2897] et, donc, de réduire les résistances contre l'adoption d'une mesure au niveau européen. Par ailleurs, la production négociée du droit européen offrirait l'occasion de réaliser une évaluation *ex ante* des propositions émises et par conséquent de tester les solutions proposées et d'exprimer les critiques[2898].

609.- En somme, « the European unity is too important matter to be left entirely to legislatures »[2899]. De même, « […] the future of European private law is of too great a social and economic significance to leave it only in the hands of [law] academics. »[2900] Sur cette base, la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation devrait être perçue comme une démarche collective et dialogique, réalisée par le bas (*bottom-up*), impliquant la coopération et des efforts combinés émanant de la plus grande variété possible des acteurs concernés par le droit européen des contrats d'exploitation[2901].

En fonction de l'analyse précédente, l'européanisation envisagée devrait avoir pour objectif l'élaboration d'un véritable droit européen des contrats d'exploitation[2902], ce qui implique la quête d'une européanisation profonde et négociée.

[2897] En ce sens, à propos du besoin de la participation des juges au sein d'un processus d'europeanisation v. W. DORALT, « The Optional European Contract Law and why sucess or failure may dépend on scope rather than substance », *Max Plank Private Law Research Paper*, n° 11/9, disponible sur : <ssrn.com/abstract=1876451>, p. 25 : « *The role of the courts should be taken into account in the preparations* for an optional instrument. Efficient, reliable and speedy court decisions will be crucial for the emergence of a body of case law. Without them, the use of the optional instrument will remain burdened by legal uncertainties. »

[2898] En ce sens C. ZOLYNSKI, « Questions de légistique soulevées par la construction de la norme à l'aune du renouvellement des sources de droit », *in* N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS (sous dir. de), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2012, p. 51 s., not. p. 60.

[2899] H. KÖTZ, *European Contract Law*, vol. I, Clarendon Press Oxford, 1997, p. v., cité par A. GAMBARO, « The Plan d'Action of the European Commission- A Comment », *ERPL*, 6/2003, pp. 768-781 et not. p. 777.

[2900] M.-W. HESSELINK, « The European Commission's Action Plan : Towards a More Coherent European Contract Law ? », *ERPL*, 4/2004, pp. 397-419, p. 399.

[2901] Ch. GEIGER e*t alii*, « Compte-rendu du colloque et clôture », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, Litec, t. 29, 2007, p. 571 s. et not. p. 613, parlant d'une « harmonisation (qui) se fait du bas vers le haut (approche ascendante) » *Adde* A. FUCHS « A plea for a Europe-Wide discussion of the Draft Common Frame of Reference », *in European Contract Law, Era Forum Spécial Issue 2008*, n° 9, supplément n° 1, septembre 2008, p. S1 s.

[2902] *Cf.* en ce sens, S. CARRE, Ch. GEIGER, J. LAPOUSTERLE, F. MACREZ, A. BOUVEL, Th. HASSLER, X. SEUBA, O. BULAYENKO, F. SCHÖNHERR, « Quelques principes clefs concernant l'élaboration d'un droit d'auteur de l'Union européenne », *JCP G*, n° 15, avril 2014, p. 440 s. : « Les signataires de ces lignes sont convaincus de l'opportunité d'encourager et d'accompagner l'émergence d'un véritable droit européen de la propriété intellectuelle » ; Ch. GEIGER, « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 2.

§2.- Matérialiser l'européanisation.

610.- Nous avons opté dans le paragraphe précédent pour l'élaboration d'un véritable droit européen des contrats d'exploitation, basé sur une démarche d'européanisation profonde et négociée. Une telle démarche ne pourrait (et ne devrait) pas être réalisée à la hâte. Elle exige la mise en place d'un processus[2903] nécessairement lent[2904] et progressif. L'européanisation progressive du droit des contrats d'exploitation correspond à un processus dessiné et réfléchi à l'avance[2905], dont on distingue plusieurs étapes[2906], dont il semble utile d'esquisser la séquence.

2903 F. CAFAGGI, « Introduction », *in* F. CAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 1 et s. et not. p. 1 : « The formation of European private law is a process. »

2904 *Cf.* R. BROWNSWORD, « The Theoritical Foundations of European Private Law : A Time to Stand and Stare », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 159 s.

2905 Ch. GEIGER, « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 2, « pensée en avance ». Une *vision programmatique* pour le développement futur du processus d'européanisation des contrats d'exploitation parait nécessaire. En ce sens, à propos du caractère programmatique et méthodique des projets d'européanisation du droit privé en général, v. J. SMITS, « The Good Samaritan in European Private Law ; On the Perils of Principles without a Program and a Program for the future », Inaugural lecture, Maastricht University 19 May 2000, disponible sur : <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=848947>, p. 43 : « It should therefore be made explicit from the outset *what the programme is* of each and every subject for which a uniform principle is made. » ; W. van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », *in* F. GAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 37 et s. et not. p. 76 : « What convergence in the area of private law needs is an *Action Plan* steering the mutual learning process in a more visible and more systematic manner than has happened so far. » Comp. J. SMITS, *The making of European Private Law*, Intersentia, 2002, p. 53, se référant au projet « Common Core » : « [H]ence, the Trento project is essentially different from, for instance, the Principles of European contract law, the development of which clearly bring with it a programmatic vision for the future. ». Toutefois, R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'européanisation du droit privé », *RTD Civ.*, 2007, p. 451 s., à propos du même projet d'européanisation : « Les différents volumes qui paraissent sous l'égide de Trente essaient ainsi de dresser une carte du droit privé tel qu'il existe actuellement en Europe *et non* de dessiner un plan pour son harmonisation. »

2906 En faveur de l'européanisation par étapes en matière de droit des contrats, J. BASEDOW, « European Contract Law- The Case for a Growing Optional Instrument », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, pp. 169-170 et not. p. 169, à propos de la construction en étapes de l'instrument optionnel : « I recommend to proceed with an optional instrument *in several stages*. If general contract law and sales law are the first stage, a chapter on insurance should be the second for reasons of practical utility and acceptance. » En matière des contrats d'exploitation d'auteur, v. M. WALTER, « Updating and consolidation of the acquis. The future of European copyright », disponible sur : <europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/docs/conference/2002-06-santiago-speech-walter_en.pdf.>, p. 8 : « [F]urhter harmonisation can only be achieved step by step […] ». *Cf.* R. LUTZ, Ch. ARCHAMBEAU, M. VIVANT, « Making the European IP System Work : Further Steps to Take » *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *Constructing European Intellectual Property. Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar, 2013, p. 435 s. ; A. OHLY, « Concluding Remarks : Postmodernism and Beyond », *in* A. OHLY, J. PILA, *The Europeanization of Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2013, p. 75 s.

La mise en place d'un processus par étapes implique également le recours à plusieurs catégories d'instruments. En ce sens, J. SENECHAL, « Vers une ou plusieurs catégories d'instruments en droit européen des contrats ? », Réponse au livre vert du 1er juillet 2010 (COM (2010) 348/3), disponible sur : <ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/293_fr.pdf>, p. 2 : « il nécessitera l'accomplissement de nombreuses étapes intermédiaires et le recours à plusieurs catégories d'instruments » ; *idem*, p. 12 : « L'hétérogénéité et l'incomplétude du droit européen des contrats actuel imposent d'envisager le maintien dans un futur proche d'une dualité d'instruments. Le futur proche du droit européen des contrats doit être envisagé comme une étape intermédiaire tendant à plus de cohérence et moins d'hétérogénéité du droit européen, en vue de l'éventuelle consécration, dans un futur lointain, d'un unique instrument accueillant ce droit. Ce faisant, il serait possible

Une européanisation progressive pourrait prendre alors la forme d'un processus en deux étapes, à savoir, une étape préparatoire (A) et une étape « exécutive » (B)[2907].

A.- Une étape préparatoire.

1°.- L'utilité d'une étape préparatoire.

a.- La préparation de la construction du droit des contrats d'exploitation.

611.- L'existence d'une étape préparatoire dans le cadre du processus de la construction du droit européen des contrats d'exploitation semble nécessaire afin d'atteindre les objectifs de la (re)construction ainsi que de l'européanisation envisagés[2908].

612.- L'impératif de l'*unitas in diversitas*. Tout d'abord, la (re)construction du droit des contrats d'exploitation selon l'objectif de la recherche d'unité dans la diversité exige une connaissance profonde du *statu quo* du droit des contrats d'exploitation en Europe. En effet, ce n'est qu'en identifiant la dimension de la diversité que des points de convergence[2909] pourront en être dégagés et utilisés comme base pour la construction du droit européen des contrats d'exploitation[2910]. En d'autres termes, une étape préparatoire permettrait d'obtenir des informations sur l'unité et la diversité qui caractérisent le droit des contrats d'exploitation en Europe à l'heure actuelle. L'utilité

---

d'envisager non pas un instrument mais deux instruments : non seulement une boite à outils à destination des législateurs nationaux et européens en vue de construire l'acquis actuellement inexistant, mais également un instrument optionnel à destination des contractants en vue de formaliser l'acquis d'ores et déjà existant. » ; *idem* p. 13 : « L'hétérogénéité (et incomplétude) actuelle du droit européen des contrats ne peut se muer immédiatement en un ensemble unique et cohérent. Aucun consensus rapide ne pourrait être trouvé. Ce consensus ne peut se construire que sur la durée, à la condition que soit mis en œuvre un double processus de diminution de l'hétérogénéité actuelle et de construction d'une cohérence d'ensemble. » ; F. GOTZEN, « The European Legislator's Strategy in the Field of Copyright Harmonization », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 43 s. et not. p. 52 s ; J. SENECHAL, « Quels contrats spéciaux pour quels futurs instruments en droit européen des contrats ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 17 s. et not. p. 19.

[2907] Comp. F. GOTZEN, « Le devenir de la propriété intellectuelle en Europe. Les droits d'auteur et les droits voisins », *in* IRPI, *L'avenir de la propriété intellectuelle*, Colloque organisé par l'IRPI (Paris, 26 octobre 1992), Litec, 1992, p. 75 s. et not. p. 78 s., distinguant entre la « phase préparatoire » et la « phase décisive » de l'harmonisation.

[2908] Les objectifs en question font écho des priorités qui caractérisent le processus pour l'élaboration d'un droit européen des contrats d'exploitation. Sur ce point v. S. VOGENAUER, « Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law ? », *ERCL*, Vol. 6, n° 2., 2010, p. 143-183 et not. p 144 : « We need to ask these questions, particularly at a time when there is intense reflection about *the priorities* in the work towards a European contract law […] ».

[2909] Comp. M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé*, GSN Joly, 1995, n° 98, p. 101, parlant de « noyau dur commun » ; K. RIEDL, « The work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint », *ERPL*, 1, 2000, pp. 71-83 et not. p. 76, à propos des Principes Lando, parlant de « discovery of the common core of all European private law systems ».

[2910] En ce sens, M. BUSSANI, « 'Integrative' Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal Systems », *ERPL*, 1/2000, pp. 85-99 et not. p. 99 : « After all, it remains beyond any doubt that in order to make a choice between pluralism and unity the first step is to gain reliable knowledge of what is at stake. »

d'une telle « cartographie » de l'unité et de la diversité[2911] qui caractérisent la matière au niveau européen est encore plus remarquable qu'à l'heure actuelle l'acquis commun en matière des contrats d'exploitation est peu développé. De plus, comme l'affirme Mme Sénéchal, « l'absence ou la faiblesse d'un acquis commun suppose, par souci de réalisme, de ne pas brûler les étapes et d'éviter la création immédiate d'un droit européen des contrats [d'exploitation] à destination des contractants qui viendrait purement et simplement évincer ou tout au moins concurrencer des droits nationaux très divergents[2912] », « pour préférer dans un premier temps, un droit à destination des législateurs […] »[2913].

613.- L'innovation juridique. Ensuite, l'approche innovante du droit des contrats d'exploitation appelle à repenser le droit des contrats d'exploitation, en premier lieu d'un point de vue structurel. D'une part, la proposition d'une nouvelle structure pour le droit des contrats d'exploitation doit être dûment réfléchie. D'autre part, les réformes et les nouvelles approches faces au droit des contrats d'exploitation exigent un consensus large, afin de renforcer leur légitimité. De son côté, l'étape préparatoire donnerait le temps nécessaire pour réfléchir à la (re)construction proprement dite du cadre juridique actuel et procéder à la proposition de réforme du droit des contrats d'exploitation.

614.- L'européanisation profonde et systématique. L'élaboration des symboles juridiques communs, exigée lors d'une européanisation profonde[2914], nécessite certainement la mise en place d'une étape préparatoire. En pratique, la standardisation terminologique, et conceptuelle exigée[2915] est un travail qui précède naturellement l'adoption d'une mesure juridique. Ajoutons que l'élaboration d'un système de catégories contractuelles des contrats d'exploitation complet et ouvert gagnerait à être réfléchie à l'avance, dans le cadre d'une étape préparatoire.

[2911] H. KÖTZ, « Comparative Legal Research and its function in the development of harmonized law. The European Perspective », *in De lege, Towards Universal Law*, Iustus Foerlag, Uppsala, 1995, pp. 21-36, « […] marking out areas of agreement and disagreement […] ».

[2912] J. SENECHAL, « Vers une ou plusieurs catégories d'instruments en droit européen des contrats ? », Réponse au livre vert du 1er juillet 2010 (COM (2010) 348/3), disponible sur : <ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/293_fr.pdf>, p. 13 et 14.

[2913] J. SENECHAL, « Quels contrats spéciaux pour quels futurs instruments en droit européen des contrats ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 17 s. et not. p. 44.

[2914] V. *supra* n° 598 *sq*.

[2915] V. HEUTGER, « A more coherent European wide legal langauge », *European Integration online papers*, (EIoP), vol. 7, 2004, n° 2, disponible sur : <eiop.or.at>, p. 2 : « Standardization as mentioned here might have the meaning of offering clear definitions, concepts and principles for specific use. » ; Comp. G. AJANI, M. EBERS, « Uniform Terminology for European Contract Law : Introduction » *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 11 et s. et not. p. 15, parlant de « Standardising Legal terms and concepts » ; G. ALPA, « Towards a European Contract Law », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 23 et s. et not. p. 25 : « [T]he approach which tends to clarify if not approximate and stadandise legal terminology and concepts on the basis of a vocabulary which is the *lowest common denominator* of any project relying on comparisons. »

615.- L'européanisation négociée. L'étape préparatoire constituerait la méthode idéale pour la production d'un droit négocié. C'est dans le cadre de cette étape que des consultations publiques pourraient être réalisées. De même, l'étape préparatoire laisserait l'espace pour élaborer des études non-juridiques ou métajuridiques, telles que sociologiques, économiques ou politiques, émanant d'autres sciences sociales, afin de renforcer la légitimité des choix juridiques réalisés dans le cadre du droit européen des contrats d'exploitation.

b.- L'élaboration d'un instrument juridique de référence pour la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation.

616.- La préparation de la construction du droit des contrats d'exploitation trouverait son expression formelle dans un instrument juridique (préparatoire). Cet instrument véhiculerait l'acquis européen informel (i) et serait utilisé comme base pour l'adoption des futures mesures juridiques (ii).

i.- Le contenu de l'instrument préparatoire en droit européen des contrats d'exploitation.

617.- L'instrument préparatoire serait une esquisse du futur droit européen des contrats d'exploitation. À cette fin, il serait sensé comprendre les éléments nécessaires à l'adoption d'une mesure juridique officielle au niveau européen, à savoir, un acquis conceptuel et réglementaire commun, fondé sur une approche innovante[2916]. Plus précisément, l'instrument préparatoire comprendrait les éléments suivants[2917] :

- ***l'esquisse de la structure (systématique) commune[2918] et innovante du futur droit.***
- ***les « symboles juridiques » communs, à savoir les concepts et la terminologie commune pour le futur droit des contrats d'exploitation[2919].***
- ***Des règles-modèles communes[2920].***

[2916] Ceci étant, l'instrument en question ne serait pas un simple *restatement*. Comp. H. SCHULTE-NÖLKE, « 'Restatements' in Europe and the US : Some Comparative Lessons » *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 11 et s. et not. p. 25 : « If 'restatement' were to be understood in the very narrow sense of the verb 'to restate', thus to state or to affirm these 'best' internationally acceptable rules' would certainly not be a restatement. » Sur la question de la notion du 'restatement', voir not. H. SCHULTE-NÖLKE, « Restatements' in Europe and the US : Some Comparative Lessons » *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 11 et s. et not. p. 13 et les exemples d'instruments doctrinaux mentionnés à la p. 14, note n° 13.

[2917] Comp. J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p. 15 : « Un tel instrument devrait prioritairement se concentrer sur « des définitions, des *règles générales*, une liste de terminologies communes » du droit des contrats d'exploitation. »

[2918] V. *supra* n° 545 *sq.* sur l'option d'une structure systématique pour le droit européen des contrats d'exploitation.

[2919] Comp. aussi R. SCHULZE, « The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law », *in* R. SCHULZE (sous dir. de), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, 2009, p. 3 s. et not. p. 22, à propos du DCFR : « As an academic draft the DCFR […] offers a wide spread frame of reference for the exchange of views concerning possible structures, basic concepts and principles of private law. »

L'instrument comprendrait la définition des contours des différentes catégories de contrats d'exploitation ainsi que les termes et concepts afférents[2921]. Autrement, dit, l'instrument préparatoire constituerait le repère structurel et le « *réservoir* » *des concepts et de terminologie* communs[2922] pour le futur droit européen des contrats d'exploitation[2923].

ii.- La fonction de l'instrument préparatoire en droit européen des contrats d'exploitation.

618.- L'instrument préparatoire décrit plus haut jouerait un rôle-clé[2924] dans le cadre du processus de la construction du droit européen des contrats d'exploitation. En effet, il constituerait la forme

---

[2920] Comp. H. SCHULTE-NÖLKE, « 'Restatements' in Europe and the US : Some Comparative Lessons » *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 11 et s. et not. p. 2 : « Some rules finally agreed on for the Draft Common Frame of Référence are not common in the sense that they do exist in all or many of the European jurisdictions. Often, the opposite is the case-indeed on occasions rule in the DCFR do not even exist in any of the actual laws. These rules just express the hope that they could function as common starting points or rules of reference for a debate on what common future rules might look like. »

[2921] Comp. R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'européanisation du droit privé », *RTD Civ.*, 2007, p. 451 s., à propos des Principes Lando, parlant d' « infrastructure conceptuelle et systématique ».

[2922] Comp. F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft) Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 176, parlant de « reservoir of concepts, terms and definitions, as a translating tool for analyzing different laws and for discussing similarities and differences. » ; G. AJANI, « Legal Taxonomy and European Private Law », *in* R. SCHULZE, G. AJANI (sous dir. de), *Common Principles of European Private Law*, Studies of a Research Network, Coll. Europaeisches Privatrecht n° 22, Nomos, 2003, p. 349 et s. et not. p. 352, parlant de « common stock of notions in the field of private law. This process is necessary to make European legislation really work. ».

Comp. aussi la fonction d'une directive-cadre, Acquis group, Research Group on the existing EC Private Law, H.-S. NÖLKE, F. ZOLL, « Structure and Values of the Acquis Principles : New features and their possible use for political purposes », *in* Research Group on the existing EC Private Law, *Acquis Principles, Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services)*, Sellier, 2009, p. xxiii et s. et not. p. xxx : « A horizontal framework directive in that sense would serve as a 'reservoir of norms' for individual specific directives. » ; F. ZOLL, « A Need for a New Structure for European Private Law », *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 555 et s. et not. p. 559 (discussing the need for a framework directive) : « The idea of the framework directive, seriously taken, seems to be a very important and *desirable device* to bring order into the existing chaotic environment of European private law. The framework directive should be, however a very different instrument from the proposal presented by the Commission. The aim should be a *platform* consisting of a *coherent package of rules-common* for all contracts, or it may take the form of private law directives. The framework directive should have generally (despite perhaps a few exceptions) indirect applicability. The general part should be activated only with a specific directive (for example on consumer sales) and only in the field of application of this particular directive. In this manner, all directives would get a common background, containing common terminology and concepts. The use of the real framework directive would be a major factor of internal standardization of European private law without creating a fear of codification. »

[2923] Comp. J. SENECHAL, « Quels contrats spéciaux pour quels futurs instruments en droit européen des contrats ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 17 s. et not. p. 46, pour qui l'instrument préparatoire devrait tout d'abord se concentrer sur la théorie générale des contrats et pas sur les catégories des contrats spéciaux.

[2924] Sur le besoin d'un objectif clair lié à l'élaboration d'instrument préparatoire voir S. VOGENAUER, « Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law ? », *ERCL*, Vol. 6, n° 2, 2010, p. 143-183 et not. p. 182 : « Lessons for the CFR process. They are clarity of purpose, transparency, slowness and modesty. » ; H. SCHULTE-NÖLKE, « 'Restatements' in Europe and the US : Some Comparative Lessons » *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 11 et s. et not. p. 28 « transparency of purpose ». Sur cette dernière question voir H. SCHULTE-NÖLKE, « 'Restatements' in Europe and the US : Some Comparative Lessons », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 11 s. et not. p. 29 s. et not. p. 30 : « Future restatements should be much more clearly labeled to indicate whether they intend (i) simply to reflect commonalities of the actual laws (common rules, re-stating in the sense of the word), or (ii) to state 'best rules' in the sense of the US Principles of the Law or (iii) irrespective whether 'common rules' or 'best rules', to offer a *draft for legislation* ('model law'). » La fonction de l'instrument en question se rapproche au (iii).

extériorisée de la préparation élaborée dans le cadre de l'étape préparatoire. Plus précisément, l'instrument en question ne devrait pas être perçu comme une potentielle[2925] source d'inspiration ou une simple ligne directrice à valeur purement indicative. Cependant, il constituerait une partie indispensable du processus de (re)construction dans une perspective d'européanisation et jouerait un rôle structurel lors de l'élaboration du futur droit européen des contrats d'exploitation[2926]. C'est dans ce sens que l'instrument préparatoire pourrait constituer le « cadre commun de référence »[2927],

---

Comp. les fonctions multiples attribuées à d'autres instruments « préparatoires », tels que le DCFR. Sur ce point v. F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft) Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 181 ; H. GROSSE RUSE-KHAN, « The European Draft Common Frame of Reference-A Source of Comparative Law ; a New Option for Choosing the Applicable Law ; or a Template for a European Civil Code ? », disponible sur : <ssrn.com/abstract=1319247>, *in fine*, pour qui le DCFR est un « multipurpose tool ».

[2925] C'est la fonction de modèle. Sur ce point, voir J. SMITS, *The making of European Private Law*, Intersentia, 2002, p. 41 (à propos des PECL et UNIDROIT) ; S. VOGENAUER, « Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law ? », *ERCL*, Vol. 6, n° 2, 2010, p. 143-183 et not. p. 150 et s. : « Paragraph 7 of the Preamble extends an invitation to national and international legislators to model their contract law on the UNIDROIT Principles. The principles therefore have a *model function* : they serve as a background *law* for domestic law and transnational law. This seems to be but another *articulation of the toolbox idea*, albeit not in a European but in a global context. […] Perhaps paradoxically, the PICC have been much more successful with regard to their second function. They have been a source of inspiration for a fair number of national lawmakers, and they seem to have been taken into account by the international Working Group behind the DCFR. Various State courts and arbitral tribunals around the globe have referred to the PICC for the purposes of interpretinf and supplementing international uniform law and domestic law. The PICC have therefore indeed assumed the *function of a global background law* for international commercial transactions. » ; F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft) Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 190 (à propos du DCFR) : « On the political level the DCFR is the model from which to start the negotiations. » A propos du Code Européen de droit d'auteur (projet Wittem) B. HUGENHOLTZ, « The WITTEM Group's European *Copyright* Code », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law* : *challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 339 s. et not. p. 352.

Pour certains, un modèle à fonction persuasive est susceptible de développer *une force d'attraction importante*. Voir notamment F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft) Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 190 et s., se référant à la « position pole » du DCFR et les effets d'ancrage qui est susceptible de produire au sein du processus d'européanisation du droit des contrats, « On the political level the DCFR is the model from which to start the negotiations. Compared to alternative solutions, its rules are in pole position. » et *ibid.* p. 191 : « Behavioral scientists would argue with reference to anchoring effects that human choice is heavily influenced by the option presented first, which becomes a reference point (anchor) for the appreciation and valuation of alternative solutions. This effect is particularly strong where information is incomplete or very complex as is a likely to be the case with respect to the Europeanisation of contract law. These choices of the DCFR will therefore probably become *anchors and virtual defaults* for future European law making. » Comp. S. GRUNDMANN, « The role of competition in the European codification process », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 36 et s. et not. p. 53 : « Anybody concerned with the process should in any case be aware of the fact that a monopoly once established has a tendancy to persist and that a strong political or administrative will is needed to return to a market characterized by competition. »

Adde B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *Les Petites Affiches*, 24 juillet 2006, n° 146, p. 3 s., n° 1, à propos des Principes Lando : « Si une telle question mérite l'examen, c'est parce que ces principes exercent en Europe et même au-delà une puissante force d'attraction. »

[2926] Sur la confrontation d'un instrument-simple source d'inspiration et d'un instrument -base pour l'élaboration d'un véritable droit européen des contrats, G. MÄSCH, « Le droit communautaire des contrats et son influence sur le droit national des Etats membres », *in* G. MÄSCH, D. MAZEAUD, R. SCHULZE, *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Sellier, sept. 2009, p. 17 et s. et not. p. 27.

[2927] Comp. J. SMITS, *The making of European Private Law*, Intersentia, 2002, p. 41, en faveur de l'utilisation des Principes UNIDROIT et Lando en tant que cadres communs de référence pour le développement du droit privé européen ; N. JANSEN, « The authority of an academic 'Draft Common Frame of Reference' », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 146 et s. et not. p. 149, à propos des codifications doctrinales en matière de droit europeen des contrats : « Apparently, its authors intend this text to become a part of, and a reference text for, the discourse on private law in Europe [that] must be seen in the

qui offrirait le matériel pour toutes les étapes ultérieures du processus de la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation[2928].

Plus précieusement, il constituerait l'outil directeur pour l'adoption de l'acquis officiel en la matière. En pratique, une fois l'acquis constitué et extériorisé au sein de l'instrument préparatoire, les règles qu'il contient ont vocation, par la technique des vases communicants[2929], à être placées dans le second instrument envisagé au sein d'une étape « exécutive », qui sera à destination des contractants[2930].

Un tel instrument-cadre garantirait, entre autres, la cohérence dans le processus de (re)construction[2931]. Cet instrument serait adressé aux législateurs et non aux parties contractantes[2932] et aurait une valeur non-contraignante (*soft law*). Ainsi, son rôle serait celui d'un instrument temporaire et intermédiaire[2933].

---

tradition of the Lando Commission's Principles of European law, on which indeed the text is based. The Lando principles have achieved a remarkably high degree of academic and even legal authority they can be seen as the basis of a genuine European contract law. »

[2928] Comp. W. van GERVEN, « A common Framework of Reference *and* Teaching », 1, *European Journal of Legal Education*, 2004, p. 1 et s. et not. p. 12 : « The general idea of the document is to elaborate a *framework* as a result of extensive research and after wide consultation with stakeholders and other interested parties which should provide for best solutions in the definition of fundamental concepts and abstract terms such as contract or damage and of rules which apply, for example, in the case of the non performance of contracts. »

[2929] J. SENECHAL, « Quels contrats spéciaux pour quels futurs instruments en droit européen des contrats ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 17 s. et not. p. 47.

[2930] Ceci étant, il s'agit d'attribuer une fonction proche à celle de « boîte à outils » ou la fonction de modèle pour la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation. Cependant, compte tenu son intégration dans le cadre d'un processus plus ample d'européanisation, il serait plus pertinent de qualifier sa fonction plutôt d'infrastructure ou de fondement pour le futur droit européen des contrats d'exploitation. Comp. sur ce point J. SMITS, *The making of European Private Law*, Intersentia, 2002, p. 37, parlant d'« infrastructure for community laws » et de « foundation for future European legislation ».

Rappr. à propos de la fonction d'un CCR pour la production d'un instrument optionnel en matière des contrats M. STORME, « The (Draft) Common Frame of Référence as a toolbox and as a basis for an optional instrument », *in* J. KLEINEMAN, *A common frame of reference for European contract law, Stockholm Centre for Commercial Law, Actes du colloque du 23-24 octobre 2009*, Jure, 2011, p. 139 s. et not. p. 154 : « Although there are important differences between a common frame of reference as a « toolbox » and optional instruments, they should not be separated completely. The model rules forming a CFR are precisely also the rules that should be extracted into one or more optional instruments. »

[2931] Sur cette fonction de « garant » de la cohérence du processus d'européanisation, voir aussi J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p. 15 : « En effet, l'optique des options 2 et 3 est de créer une boîte à outils afin de construire les futurs textes européens et nationaux avec le plus de cohérence possible dans le choix des termes et celui des règles. » ; Ch. GEIGER, « The construction of intellectual property in the European Union » *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *Constructing European Intellectual Property. Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar, 2013, p. 5 s.

[2932] J. SENECHAL, « Vers une ou plusieurs catégories d'instruments en droit européen des contrats ? », Réponse au livre vert du 1er juillet 2010 (COM (2010) 348/3), disponible sur : <ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/293_fr.pdf>, p. 14 :« Le premier instrument à consacrer pourrait être *un instrument à destination des « législateurs »*, au sens des options 2 et 3 du livre vert, contenant le droit commun des contrats, mais également le droit spécial des contrats pour lequel n'existe pas encore d'acquis commun. Cette boîte à outils serait envisagée comme un instrument intermédiaire. » ; J. SENECHAL, « Quels contrats spéciaux pour quels futurs instruments en droit européen des contrats ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 17 s. et not. p. 44. Par ailleurs, c'est inhérent à la nature préparatoire des instruments d'être adressés aux législateurs. Voir ainsi à propos du Cadre commun de référence en matière du droit européen des contrats, S. VOGENAUER, « Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law ? », *ERCL*, Vol.

2°.- Vers l'élaboration d'un instrument préparatoire d'origine doctrinale.

a.- Le rôle édifiant de la doctrine européenne au sein d'une étape préparatoire.

619.- Le rôle de la doctrine au sein d'un système juridique est polyvalent[2934]. Pour ce qui nous intéresse, la doctrine pourrait jouer un rôle primordial dans le cadre d'une étape préparatoire aux caractéristiques précitées.

Tout d'abord, la contribution doctrinale s'avère cruciale pour la constitution d'un acquis commun suivant l'objectif de la recherche de l'unité dans la diversité. Ainsi, l'appréciation et la « synthèse » de la diversité culturelle et catégorielle est un travail doctrinal par excellence, et plus précisément, un travail pour la science[2935] du comparatisme juridique[2936]. Les études (préparatoires) de droit

---

6, n° 2., 2010, p. 143-183 et not. p 153 : « Having opted for the toolbox function, the Council sees the EU legislator *as the adresse of the CFR*. »

[2933] J. SENECHAL, « Vers une ou plusieurs catégories d'instruments en droit européen des contrats ? », Réponse au livre vert du 1er juillet 2010 (COM (2010) 348/3), disponible sur : <ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/293_fr.pdf>, p. 14 ; J. SENECHAL, « Quels contrats spéciaux pour quels futurs instruments en droit européen des contrats ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 17 s. et not. p. 45.

[2934] Sur ce point, voir par exemple Ph. BRUN, « Nouvelles controverses : la doctrine dans tous ses états », *in* G. PIGNARRE (sous dir. de), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2005, p. 145 et s. et les références y citées ; à propos de la doctrine française, Ph. JESTAZ, Ch. JAMIN, « L'entité doctrinale française », *Rec. Dalloz*, 1997, p. 167 et s. Sur l'importance de l'investigation du role de la doctrine v. par exemple M. Van HOECKE « Deep Level Comparative Law », *in* M. Van HOECKE, F. OST, L. WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 165 et s. et not. p. 177 : « There is no law (developed like private law in industrialized countries) without doctrine. Doctrine is not an obstacle in the process of unification. In contrast we should be busy investigating its foundations and role in adjudication. » Certes, le rôle de la doctrine peut varier selon le système jurdique en question. Voir par exemple la comparaison faite par H. BEALE, « La réforme du droit français des contrats et le « Droit européen des contrats » : Perspective de la *Law Commission* anglaise », *RDC*, 01 janvier 2006, n° 1, p. 135 : « Sans doute, le processus français reflète l'importance de la doctrine, aujourdhui encore peu considérée en droit anglais. » Voir toutefois, B. FAUVARQUE-COSSON, *The rise of Comparative Law* : *a Challenge for Legal Education in Europe*, Walter van Gerven Lectures n° 7, Europa Law Publishing, 2007, p. 8 : « Over the last years, by claiming and accepting its role as a guide of the European legislaor, legal scholoarchip has *strengthened its standing, even so in countries where it was traditionnally not considered as an authoritative*, let alone a binding *source of law*. »

[2935] En fait, pendant, notamment, la dernière décennie, le comparatisme juridique a quitté le terrain purement académique et scientifique et s'est vue être doté d'une *orientation pratique*, ce qui a renforcé son prestige. Sur ce point v. B. FAUVARQUE-COSSON, *The rise of Comparative Law* : *a Challenge for Legal Education in Europe*, Walter van Gerven Lectures n° 7, Europa Law Publishing, 2007, p. 7 : « [A] major change of direction occurred, moving from a purely scientific conception to a more practical orientation. » ; R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'européanisation du droit privé », *RTD Civ.*, 2007, p. 451 s. : « En fait, par moments on a l'impression que de nos jours il n'y a guère de projet ni d'étude qui soit lancé dans le domaine du droit privé comparé en Europe sans au moins une allusion à son utilité dans le processus d'européanisation du droit privé ou de la science du droit privé. »

[2936] Sur le rôle du comparatisme juridique dans le cadre de l'européanisation (ou internalisation) du droit v. R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'européanisation du droit privé », *RTD Civ.*, 2007, p. 451 s., not. p. 1 : « L'européanisation du droit privé comme tâche nouvelle et comme défi pour le droit comparé [...] » ; B. FAUVARQUE-COSSON, *The rise of Comparative Law* : *a Challenge for Legal Education in Europe*, Walter van Gerven Lectures n° 7, Europa Law Publishing, 2007. Par ailleurs, l'unification international du droit était-elle considérée dès le départ commun une tache clé du comparatisme juridique, R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'européanisation du droit privé », *RTD Civ.*, 2007, p. 451 s. ; W. Van GERVEN, « Changing Methodologies under the Influence of Europeanization and Internationalization », Saro Congress, 2004, résumé de la Conference disponible sur : < http://www.nwo.nl/files.nsf/pages/NWOP_66ZL2E/$file/SaRO_abstract_Van_Gerven.pdf>, p. 3 : « In a context of European intégration, comparative law haw now obtained « strategic » importance, that is, to procure Community law a firm foundation in the concepts and principles which the legal systems of the Member States have in common […] ».

comparé offriraient des informations comparatives spécifiques[2937] relatives aux droits des contrats d'exploitation des États membres et permettraient ainsi d'apprécier l'état actuel de la diversité juridique dans cette matière au niveau européen. Les informations spécifiques et la connaissance obtenues par les études de droit comparé permettraient de synthétiser le pluralisme et de distinguer

---

De manière inverse, A. WIJFFELS, « European Private Law : A New Software-Package for an Outdated Operating system ? », *in* M. HOECKE, F. ORT, *The Harmonisation of European Private Law*, Hart Publishing, 2000, p. 101 et s. et not. p. 111 : « [M]any of the institutionalised forms of European Private Law as a discipline (e.g. as expressed in the titles of academic journals or chairs) in fact represent a new tendency of comparative law, more specifically aimed at translating its findings into proposals *de lege ferenda*. » Car, « European law no longer refers exclusively to an existing set of positive laws, but the term is also used to designate a project *de iure constituendo*, in whatever area of the law. The equivocations has thus offered the possibility of a new orientation to European comparative lawyers : in those areas where the creation or formulation of European Law principles necessitates preliminary comparative research, European law is sometimes used as being synonymous to a specific form of comparative law. » (*ibidem*) ; Ch. Von BAR, « Comparative Law of Obligations : Methodology and Epistemology » *in* M. Van HOECKE, F. OST, L. WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 123 et s. et not. p. 131 : « [T]he time has come to introduce a distinction between comparative research in general and European Private Law in particular. » *Cf.* Avis du Comité économique et social européen sur « Le contrat d'assurance européen », Journal Officiel du 28 juin 2005-Numéro C 157, p. 11 : « Toute tentative d'harmonisation du droit européen du contrat d'assurance doit être précédée de travaux préparatoires de droit comparé.» Déjà J. VAN HOUTTE, « Discours lors de l'inauguration de la session d'été de la faculté internationale de droit comparé », Luxembourg, 4 aout 1959 : « À mesure que les peuples s'unissent en des communautés supranationales, afin d'améliorer leur niveau de vie, les études de droit comparé prennent une importance croissante. »

Sur le rôle du droit comparé en droit de la propriété intellectuelle, I. CALBOLI, « The role of comparative legal analysis in Intellectual property law : from good to great ? », *in* G. DINWOODIE (sous dir. de), *Methods And Perspectives In Intellectual Property*, Edward Elgar, 2013, p. 3 s.

D'un point de vue prospectif, v. R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'européanisation du droit privé », *RTD Civ.*, 2007, p. 451 s. : « Le processus d'européanisation se poursuivra et même s'accélérera. De façon tout aussi évidente, le comparatisme juridique continuera également à avoir une importance cruciale. » ; plus modéré, F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft) Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 180 : « The comparative approach based on national legal orders seems intuitively plausible. European contract law has always been and to some extent needs to be based on comparative legal research. Harmonisation requires a certain effort of comparison. […] ».

[2937] Sur l'importance des ces informations pour la production des textes juridiques de qualité et innovants au niveau européen, voir F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft) Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 187 : « On the other hand, the quality and direction of legal change may also alter. Whenever specific information is available at comparatively low cost, legislative decision makers will be inclined to base their decision on this information. » Comp. C. SEMMELMANN, « Legal Principles in EU Law as an expression of a European Legal Culture Between Unity and Diversity », *Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2012/7*, mai 2012, disponible sur : <www.ssrn.com>, p. 17 : « The comparative materials are viewed as an ecole de verite, as a laboratory of ideas or a collection of data to be evaluated […] ».

les points communs des vraies divergences[2938]. De manière subséquente, les études de droit comparé constitueraient la base de la construction du droit européen des contrats d'exploitation[2939].

Ensuite, la doctrine joue un rôle très important pour l'amélioration prospective du droit (« *weiterdenken* »). De manière générale, la doctrine, recourant entre autres[2940] à une approche évaluative et critique du droit positif (*lex lata*), a procédé à la formulation de propositions plus ou moins élaborées[2941], des recommandations[2942] concernant la *lex ferenda*, à savoir, le droit

---

[2938] Sur ce point v. W. Van GERVEN, « Changing Methodologies under the Influence of Europeanization and Internationalization », Saro Congress, 2004, résumé de la Conference disponible sur : < http://www.nwo.nl/files.nsf/pages/NWOP_66ZL2E/$file/SaRO_abstract_Van_Gerven.pdf>, p. 3 : « In a context of European integration, comparative law has now obtained strategic importance that is, to procure Community law a *firm foundation in the concepts and principles which legal systems of the Member states have in common* and thus to enhance the democratic legitimacy of European Union law. » Sur ce point M. BUSSANI, « 'Integrative' Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal Systems », *ERPL*, 1/2000, pp. 85-99 et not. p. 89 : « There is no doubt that the use of legal comparative method will reveal many common features that have remained obscure in traditional legal analysis, but this is because the instruments and techniques provide more accurate and correct analysis and not because they impose convergence where this does not exist. » *Cf.* F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft) Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p 181 : « As a toolbox for the legislator, the DCFR provides information on whether and how to legislate on the European level. For that purpose the text primarily needs to disclose similarities and differences between various national solutions but also within the acquis. »

[2939] En ce sens v. par exemple B. FAUVARQUE-COSSON, *The rise of Comparative Law* : *a Challenge for Legal Education in Europe*, Walter van Gerven Lectures n° 7, Europa Law Publishing, 2007, p. 7 : « In academic circles, there is a growing awareness that comparative law has become a basis for law-making at the European level. This is not only true for EC law but also for the elaboration of soft law. »

[2940] La tâche de la doctrine peut être limitée au seul niveau de description, ou d'analyse explicative de la *lex lata*. Sur ce point, voir, par exemple, M. STORME, « The Foundations of Private Law in a Multilevel Structure : Balancing, Distribution of Lawmaking Power and Other Constitutional Issues », *ERPL*, 1, 2012, pp. 237-254 et not. p. 243 : « Their first task [of academics] is to analyse critically how the legislator and the judges are balancing and what the effects are of the rules and their interpretations. Effects include social economic moral effects. They should uncover and evaluate the political choices made. In a certain sense, it is the task of the scholars and not of the legislator to identify the values and principles that were or are deemed to have been balanced by the legislator. »

[2941] Il peut s'agir des simples réflexions ou des propositions concrètes, tels que des plans d'action ou des « blueprints ». Comp. A. WIJFFELS, « European Private Law : A New Software-Package for an Outdated Operating system ? », *in* M. HOECKE, F. ORT, *The Harmonisation of European Private Law*, Hart Publishing, 2000, p. 101 et s., p. 103 : « It is probably one of the major challenges to legal theory […] to provide *a reflection and a blueprint* for a more comprehensive alternative [nous soulignons]. »

[2942] Pour des illustrations de recommandations doctrinales en matière de droit de propriété intellectuelle, v. F. GOTZEN, *Les contrats d'exploitation des droits de l'artiste interprète ou exécutant*, Commission des Communautés Européennes, dactyl. 1977, ann. I, p. 90 ; Le Groupe Européen du Max-Planck, « Conflict Of Laws In Intellectual Property » – Clip, « Les relations conflictuelles de la propriété intellectuelle et la réforme du droit international privé en Europe », *Propr. Intellell.*, n° 24, juill. 2007, p. 291 et s. et not. p. 291 et s. ; les travaux du projet CPP (Copyright Principles Prject) aux États-Unis, pour une présentation, P. SAMUELSON, « The Copyright Principles Project : Directions for Reform », *Berkeley Tech. L.J.*, 2010, vol. 25, p. 1175 s. et not. *in fine* : « By articulating principles of a good copyright law and examining existing U.S. copyright law in light of those principles, members of the CPP have sought to achieve two main goals. The first is to explain the normative grounding of particular copyright rules that do comport with these principles. The second is to offer recommendations for change so that copyright law can better be adapted to meet the challenges of the day in a way that is principled and balanced, and that would command respect from the public as well as from copyright owners. » ; European Copyright Society, « Letter at Mr Günther Oettinger, Commissioner for Digital Economy and Society European Commission. Subject : unification of copyright law », 19 décembre 2014, disponible sur : <www.ceipi.edu/uploads/media/ECS_letter_to_Oettinger_FIN-1.pdf> ; à propos des contrats d'auteur, S. DUSOLLIER, C. KER, M. IGLESIAS, Y. SMITS, *Contractual arrangements applicable to creators: law and practice of selected Member States*, European Parliament – Directorate General for International Policies – Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs – Legal Affairs, 2014, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/RegData/.../IPOL-JURI_ET(2014)493041_EN.pdf> p. 100 s. ; European Copyright Society, « Response to the Public Consultation on the review of the EU copyright rules », mars 2014, disponible sur : <infojustice.org/wp-content/uploads/2014/03/ECS-answer-to-EC-consultation-on-copyright-Review.pdf>, p. 25 ; P. MOHR, *L'harmonisation européenne du droit des contrats d'auteur – Etude de droit comparé à partir des droits allemand, anglais, espagnol et français*, thèse Strasbourg, 2014.

désirable[2943] applicable dans un ordre juridique[2944] et un domaine juridique donné[2945]. Ces propositions aspirent à une meilleure législation et offrent une approche plus ou moins ambitieuse[2946], concernant la façon dont le droit devrait être développé à l'avenir[2947]. Dans ce contexte, il semble que la doctrine ait pour fonction de promouvoir la modernisation du cadre juridique actuel des contrats d'exploitation, à travers l'émission de propositions et la suggestion de solutions[2948] sur le droit désirable en matière de contrats d'exploitation. Il n'est toutefois pas certain que ces propositions influenceront le processus de la production de droit[2949], et si c'est le cas, dans quelle mesure.

De même, la doctrine est incontestablement le vecteur d'innovation juridique par excellence[2950]. En effet, l'imagination vivifiante des théoriciens du droit[2951], motivée par l'idéal du droit désirable[2952],

---

[2943] *Cf.* A. HÉRITER LACHAT, L. HIRSCH (sous dir. de), *De Lege Ferenda, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch*, Slatkine, 2004.

[2944] Voir M.-W. HESSELINK, *The New European Private law*, Kluwer Law International, 2002, p. 15 : « The object of study for most legal scholars in Europe is their own positive national law. »

[2945] Sur ce point voir par exemple, en bibliographie française, J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ, 3e éd., 2001, n° 79, p. 80 : « La doctrine pour sa part n'émet que des propositions qui sont parfois consacrées par la jurisprudence. »

[2946] Est-ce qu'on peut rêver pour la conception du droit dans l'avenir ? Ch. GEIGER, « Introduction aux rencontres franco-allemandes sur le droit d'auteur », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, « le droit des affaires », t. 29, Litec, 2007, p. 5 et s. et not. p. 6, « Pourquoi ne pas rêver ? ».

[2947] Sur le rôle de la doctrine à émettre des propositions pour améliorer le droit, voir, à titre indicatif, M.-W. HESSELINK, *The New European Private law*, Kluwer Law International, 2002, p. 15, « how the legal system can be best thought further (weiterdenken). » ; M. STORME, « The Foundations of Private Law in a Multilevel Structure : Balancing, Distribution of Lawmaking Power and Other Constitutional Issues », *ERPL*, 1, 2012, pp. 237-254 et not. p. 243 : « Furthemore, as scholars, they even have a social duty to propose better rules and better interpretations. »

[2948] J.-L. GOUTAL, « Multimédia et réseaux : l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur », *D.* 1997, chron., p. 357 et not. p. 357 : « L'observation montre que […] les intéressés […] –doctrine proposant des solutions…- sont obligés de prendre parti. »

[2949] Sur l'influence incertaine de la doctrine au sein du processus de production du droit en général, voir N. JANSEN, « The authority of an academic 'Draft Common Frame of Reference' », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 146 et s. et not. p. 165 : « Of course, legislators had often to presuppose certain doctrinal assumptions [legal infrastructure] when formulating a legal norm. » ; M. Van HOECKE « Deep Level Comparative Law », *in* M. Van HOECKE, F. OST, L. WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 165 et s. et not. p. 177 : « There is no law (developed like private law in industrialized countries) without doctrine. » ; plus moderé, F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft) Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 181, parlant de « potential impact on legal change ».

[2950] En ce sens, J. SMITS, « The Good Samaritan in European Private Law ; On the Perils of Principles without a Program and a Program for the future », Inaugural lecture, Maastricht University 19 May 2000, disponible sur : <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=848947>, pp. 44-45 : « We as jurists have to look forward to what we wish the legal system to be, and not backward to the mass of national legal materials. There is a need to *do* something with that material, eliminating some parts of it, extending other parts, rethinking it all. » ; M. Van HOECKE, « Le Code civil et la base commune du droit privé en Europe », *in* A. WIJFFELS (sous dir. de), Le Code civil entre ius cmmune et droit privé européen, Bruylant, 2005, p. 29 et s. et not. p. 46 : « Une telle science juridique européenne devra forger parfois en innovant des concepts des théories des structures et des institutions juridiques qui formeront la base nécessaire pour le développement d'un droit privé européen, qu'il soit codifié ou non. » Comp. G.-A. BENACCHIO, B. PASA, *A Common Law for Europe*, CEU Press, 2005, p. 280 : « […] the response to the changing needs of society does not come from the organs of state but from the work of scholars and interpreters of the law. » Certes, l'innovation juridique n'est pas un trait caractéristique exclusif de la doctrine. En fait, tout acteur juridique peut se montrer innovant et procéder à un avancement juridique par rapport à l'état actuel du droit F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft)Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s., p. 175 : « As regards contract law, such intellectual advances can originate in the creativity of private parties, their lawyers, the business community

est susceptible de permettre l'adoption de nouvelles approches face à une matière juridique[2953] et l'élaboration de propositions innovantes portant tant sur la structure que sur les contenus d'un cadre juridique. Il est significatif que la contribution doctrinale déploie tout son potentiel quand elle se lance dans une « terre de recherche inconnue »[2954]. Par ailleurs, la doctrine a fait preuve d'innovation juridique dans le cadre de l'élaboration des travaux préparatoires à l'européanisation en matière de droit européen des contrats[2955]. Sur cette base, la contribution doctrinale serait susceptible d'apporter l'innovation juridique nécessaire en vue de l'adoption des « meilleures

---

at large, national or supranational legislators, the courts or legal academia. *Legal innovation can literally occur at any level of the legal hierarchy*. » Toutefois, la hauteur de l'innovation ainsi que la vraisemblance d'une action innovante sont dépendants de la liberté de manœuvres attribuée par le cadre institutionnel propre à chaque agent juridique. Voir F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft) Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 175 : « Yet both the process and likelihood of legal innovation depend on the institutional framework in which these actors operate. » *Cf.* toutefois I. GRISS, « The European Contract Law- Seen by a Judge », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 179 et s. et not. p. 179 : « No law maker or academic is as inventive as real life. »

[2951] R. CABRILLAC, *Les codifications*, PUF, 2002, p. 307.

[2952] *Cf.* J. SMITS, *The making of European Private Law*, Intersentia, 2002, p. 36 : « The status of these principles is clear : they can be regarded as soft law, an umbrella term for rules that cannot be enforced by law, but which do reflect an ideal to be achieved. […] This is because the drafters of the Principles as regard them to be outstanding *persuasive authority as to the desired law*. »

[2953] N. JANSEN, « The authority of an academic 'Draft Common Frame of Reference' », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 146 et s. et not. p. 165 : « new doctrinal approaches could be proposed as an academic contribution to the legal discourse. »

[2954] Car « private law scholarship is at its best when there still is *terra incognita* to discover » : J. SMITS, « The Good Samaritan in European Private Law ; On the Perils of Principles without a Program and a Program for the future », Inaugural lecture, Maastricht University 19 May 2000, disponible sur : <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=848947>, p. 46. Comp. A. CHAMBOREDON, « Form v. Substance ? An ideological Vnture Beyond the Dichotomy in European Law of Contract », *ERPL*, 2000, pp. 237-247 et not. p. 246 : « [European legal ordrer] is better defined as a pluralist system, a 'multi-systems' order in *perpetual construction*. »

[2955] Sur ce point, v. F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft) Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 185 à propos du DCFR : « Moreover, the CFR may influence long-term legal innovation by setting the agenda for future academic discussion and legal teaching. » et *ibid*. p. 188,: « As a framework for the innovation process, the instrument is likely to *channel the discourse* about future developments of European contract law […] ». Voir aussi les nouvelles approches adoptées à propos d'autres contrats spéciaux et notamment les contrats de services ou les contrats de franchise au sein du DCFR et des PEL. Sur ce point v. N. JANSEN, « The authority of an academic 'Draft Common Frame of Reference' », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 146 et s. et not. p. 162 : « In contrast the Tilburg working team on service contracts has chosen a more innovative approach: the group has developed a general part of service contracts and has structured the wide field of services by devising a wholly new system of rather abstract basic types of services. » ; et *ibid*. p. 167, parlant de « new doctrinal systems of parts of European private law » offerts par le Study Group on a European Civil Code et l'Acquis Group ; F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft)Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 183 : « […] innovative solutions are presented either at the detailed level of specific rules or in areas that are not well covered by the existing legal frameworks (like service contracts). » ; S. BARTELS, I. GIESEN, « The Principles of European Law on Service Contracts : The Rules on Medical Treatment in a Future Europe Compared to the Rules in the Netherlands », *in* K. BOELE-WOELKI, W. GROSHEIDE, *The future of European contract law*, Wolters Kluwer, 2007, p. 149 s., not. pp. 180-181 (à propos des contrats des services) : « The choice of the specific topics dealt with, the whole structure that has been developed, starting of with a general part, as well as some of the substantive solutions chosen show a progressive nature. » *Adde* F. ZOLL, « The DCFR's specific part of the la of obligations and its feasibility for the development of a modern contract law », *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 105 s. et not. p. 109.

solutions » lors de la (re)construction du droit des contrats d'exploitation dans une perspective européenne[2956].

La doctrine peut également assurer la qualité du futur droit européen des contrats d'exploitation[2957], en fournissant l'apport scientifique et théorique nécessaire[2958] à l'élaboration d'un acquis structurel et conceptuel commun[2959], et plus précisément de symboles juridiques communs, et à leur présentation commune dans le cadre d'une structure systématique du droit. De manière générale, les travaux doctrinaux se caractérisent par la recherche de cohérence scientifique et par l'esprit de système[2960]. Ainsi, les juristes, en tant que théoriciens du droit, sont les acteurs les plus aptes à élaborer des constructions théoriques et abstraites exigées dans le cadre de la re-systématisation[2961] du droit des contrats d'exploitation[2962]. L'esprit de systématisation est également évident dans le

---

[2956] Ceci étant, l'instrument doctrinal envisagé serait susceptible de proposer de "meilleures solutions" à partir du noyau commun des droits nationaux. Comp. R. SCHULZE, « European Private Law : Political Foundations and Current Challenges », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 293 s. et not. p. 302 qui procède à la distinction entre les projets doctrinaux visant la recherche d'un acquis commun au niveau européen et ceux qui visent la recherche des « meilleures solutions. ».

[2957] Comp. M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 8, « The Blessings and Curses of Harmonization », p. 297 et s., not. p. 300 : « Academic experts could and should play an important role as 'quality controllers' at the European level as well. »

[2958] En ce sens, B. FAUVARQUE-COSSON, « The Need for Codified Guiding Principles and Model Rules in European Contract Law », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 73 s. et not. p. 73 : « As European jurists, our task goes beyond comparative teaching ; it is also to help the European legislator to set up the theoretical foundations of European private law. » ; R. SCHULZE, « European Private Law : Political Foundations and Current Challenges », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 293 s. et not. p. 297 : « The private law of the European Union as a common basis of activity for jurists in all Member States affords and requires common concepts, arguments and theories from legal science in order to guarantee an application as uniform as possible and a coherent development of the law. »

[2959] Sur ce point v. F. GOMEZ, « The empirical missing links in the Draft Common Frame of Reference », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 101 et s. et not. p. 102, se référant à la connaissance « analytique », « in terms of how to craft the best framework » ; H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, « Introduction », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. viii s. et not. p. ix, se référant à l'analyse théorique portant sur les « possible conceptual choices in the future European private law. » ; F. GOMEZ, « The empirical missing links in the Draft Common Frame of Reference », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 101 et s. et not. p. 102 : « [w]ithout that theoretical knowledge it is difficult not only to understand but also to improve and operate social institutions as the legal system. »

[2960] Comp. C. AUBERT De VINCELLES, A. DANIS-FATOME, O. DESHAYES, L. USUNIER, « Pour un instrument optionnel de droit des contrats limité aux ventes à distance transfrontières conclues entre professionnels et consommateurs. », *RDC*, octobre 2011, n° 4, p. 1426 s. *in fine*, pour qui le développement d'une doctrine européenne est nécessaire pour l'élaboration de règles juridiques cohérentes.

[2961] Terme employé par M. Van HOECKE, F. OST, « Legal doctrine in crisis : towards a European legal science », *Legal Studies*, vol. 18, n° 2, 1998, pp. 197-215 et not. p. 215.

[2962] Sur le rôle de la doctrine à systématiser le droit v. M. Van HOECKE « Deep Level Comparative Law », *in* M. Van HOECKE, F. OST, L. WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 165 et s. et not. p. 170 : « [D]octrinal work […] is the fundamental framework upon which such a system can be built. […] Doctrine is indispensable for creating law in a systematic way and for shaping a code of wide application, as well as being required to make it operate. » et *ibid* p. 176 : « How legal arrangements ought to be shaped and embedded in the set of existing legal institutions must be considered on the doctrinal level as this includes systematic aspects. » ; Th. WILHELMSSON, « Private Law in the EU : Harmonized or Fragmented Européanisation ? », *ERPL*, 1/2002, pp. 77-94 et not. p. 80 : « All phenomena of life can be systematized and it is the task of science to create such systems. Legal science creates the system of the legal order. » ; M. Van HOECKE, F. OST, « Legal doctrine in crisis : towards a European legal science », *Legal Studies*, vol. 18, n° 2, 1998, pp. 197-215, p. 215 ; M. Van HOECKE, « Deep Level Comparative Law », *in* M. Van HOECKE, F. OST, L. WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of*

cadre des travaux préparatoires en droit européen des contrats[2963]. Également, dans le prolongement de la recherche de cohérence scientifique et de l'esprit de système se place également la clarification et la standardisation des concepts et de la terminologie utilisée dans les travaux doctrinaux[2964]. Effectivement, la doctrine pourrait proposer un métalangage[2965] pour la matière des contrats d'exploitation, à savoir, « un langage plus général que les langages juridiques nationaux [et les langages utilisés au sein de chaque régime particulier du droit de la propriété intellectuelle] mais qui les générerait de telle sorte que ces derniers puissent être considérés comme des cas particuliers[2966] ». Ce « métalangage » permettrait effectivement d'exprimer de façon uniforme et neutre[2967] des points-clés[2968] du droit des contrats d'exploitation[2969]. L'existence d'un tel

---

Comparative Law, Hart, 2004, p. 165 et s. et not. p. 166 : [W]hat is 'scholarly legal research' about within one and the same legal system ? The short answer is : describing and systematizing the law. » ; M. Van HOECKE, « The Harmonization of Private Law in Europe : Some Misunderstandings », *in* M. Van M. HOECKE, F. ORT, *The Harmonization of European Private Law*, Hart Publishing, 2000, p. 1 et s. et not. p. 17 : « Systematization of law is typical product of legal science. » Au prolongement des constructions doctrinales abstraites pourrait se placer également la production des principes généraux du droit, Cf. sur ce point, M. LEISTNER, « Common Principles of Secondary Liability ? », *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 117 et s. et not. p. 146 : « the development of common European principles of secondary liability would thus indeed be a practically relevant and highly valuable task for common European academic research. »

[2963] En ce sens, à propos des travaux doctrinaux en matière de droit européen des contrats, voir J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, n° 11, p. 20. Pour certains, l'existence de cohérence scientifique est un gage de qualité, en ce sens, F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft) Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 187 ; M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 9, « The last frontier : territoriality », p. 307 et s. et not. p. 324 : « The quality of the legislative product also could be enhanced by engaging academic experts in its initial drafting. »

[2964] G. ALPA, « Towards a European Contract Law », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 23 et s. et not. p. 25 : « the approach which tends to clarify if not approximate and standardize legal terminology and concepts on the basis of a vocabulary which is the *lowest common denominator* of any project relying on comparisons. »

[2965] En ce sens, M. VAN HOECKE, « Foreword » *in* M. VAN HOECKE (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford (Hart Publishing) 2004, p. vi.

[2966] S. POILLOT-PERUZZETO, « Métalangage et architecture juridique internationale », *in* Mélanges Ph. Malaurie, Defrenois, 2005, p. 365 et s. et not. p. 367. Comp. aussi N. KASIRER, « The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles », *ERPL*, 3/2002, pp. 417-437, parlant de conception « méta-linguistique ».

[2967] Comp. O. MORETEAU, « Can English become the Common Legal Language in Europe ? », *in* R. SCHULZE, G. AJANI (sous dir. de), *Common Principles of European Private Law*, coll. Nomos, Europaeisches Privatrecht, n° 22, Nomos, 2003, p. 405 et s. et not. p. 410, pour qui le langage juridique commun devrait être neutre, détaché de tout système juridique particulier. En ce sens aussi N. KASIRER, « The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles », *ERPL*, 3/2002, pp. 417-437, not. p. 427.

[2968] M. GRAZIADEI, « Comparative law and legal ontologies », *in* G. AJANI *et alii*, *The Multilanguage Complexity of European Law*, European Press Academic Publishing, 2007, p. 83 et s. et not. p. 84 : « To carry out this research it was necessary to agree upon the key terms that constituted the *backbone* of a reasoned approach to the topic. »

[2969] *Cf.* sur ce point M. GRAZIADEI, « Comparative law and legal ontologies », *in* G. AJANI *et alii*, *The Multilanguage Complexity of European Law*, European Press Academic Publishing, 2007, p. 83 et s. et not. p. 84 : « This type of research usually requires the construction of a metalanguage whereby the research results are described and reconstructed from a new perspective. Actually, quite often, the most interesting result of large scale comparative projects is the development of such metalanguage. This metalanguage constitutes a lasting basis for further comparative research and for new approaches to the topic that has been in the first place the subject of comparative study, while the data collected in the course of the study have transient value, due to the impact of legal reforms. [..] To carry out this research it was necessary to agree upon the key terms that constituted the *backbone* of a reasoned approach to the topic. » Comp. S. POILLOT-PERUZZETO, « Métalangage et architecture juridique internationale », *in* Mélanges Ph. Malaurie, Defrénois, 2005, p. 365 et s. et not. pp. 369 : « En effet, les différents instruments porteurs de métalangage

métalangage faciliterait, lors de l'élaboration de l'instrument doctrinal la discussion[2970] et la compréhension mutuelle[2971] parmi les participants. L'intégration dudit métalangage au sein de l'instrument doctrinal final pourrait constituer une réponse au défi du multilinguisme, car elle permettrait la cristallisation d'un langage juridique mutuellement compréhensible au niveau européen[2972]. Il est significatif que la standardisation des concepts et de la terminologie au niveau européen fasse l'objet de travail de groupes doctrinaux dans le cadre des différentes démarches d'européanisation réalisées par le passé[2973]

---

montrent que ces nœuds se présentent avec un degré plus ou moins poussé. Il peut s'agir de la seule mention d'une question à traiter. Au minimum, on peut voir le texte comme *une présentation commune* […] »

[2970] S. POILLOT-PERUZZETO, « Métalangage et architecture juridique internationale », *in* Mélanges Ph. Malaurie, Defrénois, 2005, p. 365 et s. et not. pp. 368-369. Comp. S. GRUNDMANN, M. SCHAUER (sous dir. de), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, Kluwer Law International, 2006, p. 3 et s. : « It is easier to discuss this in terms like : in Austria, our solution to rule 5:108 is the following' than to specify the problem in long descriptions. »

[2971] Th. WILHELMSSON, « Private Law in the EU : Harmonized or Fragmented Européanisation ? », *ERPL*, 1/2002, pp. 77-94 et not. p. 81 : « Legal culture provides the common language with whose help it becomes possible to discuss legal questions. Various contexts of legal discourse receive a forseeable structure by such a common language. » Au prolongement de cette fonction du métalangage, il a été soutenu que les instruments doctrinaux préparatoires devraient avoir une fonction de « lexique du droit », permettant la traduction des systèmes juridiques. En ce sens, H. BEALE, « La réforme du droit français des contrats et le « Droit européen des contrats » : Perspective de la *Law Commission* anglaise », *RDC*, 01 janvier 2006, n° 1, p. 135, à propos d'un cadre commun de référence doctrinal : « Par cadre commun de référence j'entends une sorte de *lexique du droit*. Cette phase du projet CCR ne constitue aucune menace aux droits nationaux. Au contraire il apparait plutôt comme un mécanisme qui permet la traduction d'un système à un autre et qui par conséquent, laisse coexister des systèmes assez différents, ceci à de moindres couts. » ; F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft) Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 176, parlant de « [T]ranslating tool for analyzing different laws and for discussing similarities and differences. » ; E. HONDIUS, « From 'Toolbox' to Academic Standard : The Current and Future Status of the Draft Common Frame of Reference », *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 531 et s. et not. p. 536-537 : « The function of the finding aid » [A tool of comparative law] » ; H. SCHULTE-NÖLKE, « 'Restatements' in Europe and the US : Some Comparative Lessons » *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 11 et s. et not. p. 19 : « [T]he black letters rules have (among others) the function of a getaway, similar to the headwords in an encyclopedia, for finding information about foreign jurisdictions and in particular about cases and statutes. » Comp. *infra* n° 618 sur la fonction de « *reference statement* » et H. SCHULTE-NÖLKE, « 'Restatements' in Europe and the US : Some Comparative Lessons » *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 11 et s. et not. p. 30 : « The need for such works will increase ».

[2972] Comp. sur ce point Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law*, comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final, disponible sur <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/247_en.pdf>, n° 147, p. 43 : « Another possibility to reduce the danger of differing interpretations might be to make the *travaux préparatoires* of the optional instrument accessible, or publish comments and notes along with the optional instrument based on the example of model codes such as the PECL. »

[2973] Sur ce point v. not. les travaux de l'« Acquis group ». En ce sens v. P. ROSSI, « The Language of Law between the European Union and the Member States », *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 23 et s. et not. p. 41, note n° 98 : « The search for principles and terminology and not only for rules is also the aim of another recent project with a strong approach, the Acquis group, a study group devoted to the development of a coherent European contract law. This project independently of future political decisions on legislative measures promotes understanding among lawyers on the concepts and systems of Community law beyond the borders of the Member states. » Voir aussi le Projet « Uniform Terminology for European Private Law », sous la direction de Prof. G. Ajani, informations sur : <www.uniformterminology.unito.it/> ; pour une description voir G. AJANI, M. EBERS, « Uniform Terminology for

Enfin, la contribution de la doctrine pourrait s'avérer très utile pour l'émergence d'un contexte juridique commun au niveau européen. Cela constituerait une première étape vers l'émergence d'une culture juridique européenne en matière de contrats d'exploitation[2974]. En effet, l'expérience actuelle de l'européanisation par les travaux académiques en matière de droit européen des contrats (et à un moindre degré, en matière de propriété intellectuelle) a démontré que les débats doctrinaux de portée paneuropéenne basés sur les différents travaux préparatoires peuvent favoriser la connaissance réciproque entre les différents systèmes juridiques au niveau européen[2975]. En effet,

---

European Contract Law : Introduction » *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 11 et s. et not. p. 18 : « Preliminary investigations on the approximation of private law terminology could be conducted within the scope of a network, whose partners have already collaborated in the years 1997-2002 within the scope of the Td'MR research network Common principles of European private law. […] The key objective of this network is to contribute to the development of a coherent set of legal terms for the existing national private law and Community law. The teams participating in this project are proceeding from the idea that legal terms are functionally always related to their respective legal systems and the legal traditions upon which they are based. […] The various groups of the network analyse the different European and national terminologies ; they aim to functionally place their position in the respective legal systems and to trace them back to a uniform terminology. One of the results of this exchange will be the creation of a database (legal taxonomy syllabus) to which the various members of the network are contributing. At the same time a closer analysis of central legal terms from different fields of the law is being undertaken : of private and commercial law private and public international law, property law and legal theory. » Voir aussi les travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et Société de Législation Comparée, *Terminologie contractuelle commune* : *projet de cadre commun de référence*, Coll. Droit privé comparé et européen, vol. 6, 2008 ; pour un commentaire, J.-S. BERGE, « Terminologie contractuelle commune et droit européen : les modes de la comparaison », *Revue des contrats*, 01 octobre 2008, n° 4, p. 1351. Comp. aussi la création d'un *Legal Taxonomy Syllabus*. Sur ce dernier, voir P. ROSSI, Ch. VOGEL, « Terms and Concepts : Towards a syllabus for European Private Law », *ERPL*, 2/2004, pp. 293-300 ; L. LESMO, G. BOELLA, A. MAZZEI, P. ROSSI, « Multilingual Conceptual Dictionaries Based on Ontologies : analytical Tools and Case Studies », disponible sur : <www.di.unito.it/~mazzei/papers/Lesmo-Boella-Mazzei-Rossi.pdf>. Par ailleurs, le projet initial de la Commission européenne visant l'élaboration d'un Cadre commun de référence adoptait partiellement cette approche, en envisageant la formulation non pas exclusivement des règles mais aussi des « définitions » et des « principes », ce qui a été jugé comme un changement de politique sur l'harmonisation au niveau européen. Sur ce point v. à titre indicatif A. GAMBARO, « The Plan d'Action of the European Commission-A Comment », *ERPL*, 6/2003, pp. 768-781 et not. p. 770 : « Moreover it is worth to point out that in the Plan of Action devoted to contract law there are multiple references to the necessity that the European legislation not ignore abstract legal concepts. » ; P. ROSSI, « The Language of Law between the European Union and the Member States », *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 23 et s. et not. p. 31, note n° 52 ; W. van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », *in* F. GAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 37 et s. et not. p. 38.

[2974] Il a pu être soutenu que la doctrine devrait mener la tâche de la production d'une méthode européenne commune, v. M.-W. HESSELINK, « A European Legal Science ? On European Private Law and Scientific Method », *European Law Journal*, 2009, Vol. 15, No. 1, pp. 20-45, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1113450>, pp. 1-36.

[2975] En ce sens, v. J. HUET, « Les sources communautaires du droit des contrats », *in Le renouvellement des sources du droit des obligations*, coll. Assoc. H. Capitant, Lilli, LGDJ, 1996, pp. 11-27 et not. p. 25 : « Il en va ainsi en matière de contrats comme ailleurs et cette approche favorise comme c'est la vocation du droit comparé, la connaissance réciproque. » ; B. FAUVARQUE-COSSON, *The rise of Comparative Law* : *a Challenge for Legal Education in Europe*, Walter van Gerven Lectures n° 7, Europa Law Publishing, 2007, p. 6 : « Konrad Zweigert and Hein Kotz were the first to take the view that the primary aim of comparative law as of all sciences is knowledge […] » ; F. CAFAGGI, « The making of European Private Law: governance design », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 289 s. et not. p. 350 ; la présentation des travaux du group « european insurance contract law », disponible sur : < www. Restatement.info> : « The work undertaken is academic in character. The Draft promotes knowledge of (comparative) insurance contract law and provides teaching aids. » Déjà R. SACCO, « Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative Law », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, n° 1, 1991, pp. 1-34, p. 4 : « Comparative law is like other sciences in that its aim must be the acquisition of knowledge. » et *ibid.* p. 6 : « The aim of comparative law is to acquire knowledge of the different rules and institutions that are compared. » ; J. SMITS, *The making of European Private Law*, Intersentia, 2002, p. 67 : « […] legal science which will act as a *guide through the various legal systems*. » ; J. GORDLEY, « Comparative Legal Research : Its Function in the Development of Harmonized Law », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 43, n° 4, 1995, pp. 555-567. Comp. Ch. DELIGIANNI-DIMITRAKOU, « Droit comparé et globalisation », *KritE*, 1/2002, p. 81 et s., not. p. 85 et s., à propos de l'importance du droit comparé pour la production d'un droit globalisé. Voir aussi les références citées *supra* note n° 84.

les échanges de points de vue[2976], de réflexions et d'arguments[2977] entre juristes provenant des différentes traditions juridiques constituent certainement une source d'enrichissement mutuel[2978]. Sur le long terme, la connaissance permettrait la compréhension mutuelle[2979] et renforcerait la confiance mutuelle au niveau européen[2980].

Par ailleurs, la contribution doctrinale pour l'émergence d'une culture juridique européenne en matière de contrats d'exploitation est susceptible d'être irremplaçable au niveau de l'éducation juridique. En pratique, la familiarisation de la nouvelle génération de juristes avec les traditions juridiques[2981] composant la diversité en Europe est sans doute une étape cruciale pour l'émergence d'une culture juridique en matière de contrats d'exploitation[2982]. De leur côté, les juristes pourraient

---

[2976] Comp. M. STORME, « The Foundations of Private Law in a Multilevel Structure : Balancing, Distribution of Lawmaking Power and Other Constitutional Issues », *ERPL*, 1, 2012, pp. 237-254 et not. p 252, parlant de l'utilité d'un marché des idées juridiques (« law market as market of ideas ») ; J. SMITS, *The making of European Private Law*, Intersentia, 2002, p. 99, parlant de concurrence des idées juridiques.

[2977] Comp. N. JANSEN, « The authority of an academic 'Draft Common Frame of Reference' », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 146 et s. et not. p. 165.

[2978] Comp. J. HUET, « Les sources communautaires du droit des contrats », *in Le renouvellement des sources du droit des obligations*, coll. Assoc. H. Capitant, Lilli, LGDJ, 1996, pp. 11-27 et not. p. 25, préc. ; H. BEALE, « La réforme du droit français des contrats et le « Droit européen des contrats » : Perspective de la *Law Commission* anglaise », *RDC*, 01 janvier 2006, n° 1, p. 135, *in fine*, à propos de la question de la compréhension mutuelle entre juristes empannant des juridictions différentes : « Inviter des étrangers à participer dans des colloques-en particulier des colloques sur la reforme quand les principes fondamentaux sont directement concernés-est très valable »

[2979] F. CAFAGGI, « The making of European Private Law : governance design », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 289 s. et not. p. 350 : « The creation of an EPL is a process in which Member states' *reciprocal learning* about different solutions is crucial. » ; H. BEALE, « La réforme du droit français des contrats et le « Droit européen des contrats » : Perspective de la *Law Commission* anglaise », *RDC*, 01 janvier 2006, n° 1, p. 135, *in fine* : « [I]l faut aussi comprendre les différentes méthodes et les philosophies des systèmes ce qui est beaucoup difficile. »

[2980] G. AMATO, « Multilevel Europe and private law », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 1 et s. et not. p. 42 : « Mutual trust takes time to grow and time is needed before the urgency of reform in our current setting prevails in all of our member states over intrasigent defence of their diversities. However what we can perceive in some in our countries is that time is being used not just to increase the rate of mutual trust and therefore to reduce our diversities, but in pursuit of the opposite aim of erecting more and more fences around them. » ; Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions, *Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens* Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm, Bruxelles, le 20.4.2010, COM(2010) 171 final, p. 9 : « Aucun progrès réel ne pourra être réalisé en l'absence de confiance mutuelle. ».

[2981] Pour certains, la familiarisation devrait comprendre également l'aspect multi-linguistique du pluralisme en Europe, en ce sens V. HEUTGER, « A more coherent European wide legal language », *European Integration online papers*, (EIoP), vol. 7, 2004, n° 2, disponible sur : <eiop.or.at>, p. 5 : « legal education must pay more attention to the use of foreign languages in the teaching process. »

[2982] Sur l'importance de l'européanisation de l'éducation juridique pour l'émergence d'une culture juridique européenne voir par exemple, Th. WILHELMSSON, « Private Law in the EU : Harmonized or Fragmented Européanisation ?, *ERPL*, 1/2002, pp. 77-94 et not. p. 81, note n° 14 : « In the long run, a Europeanization of the legal culture might be brought about by harmonisation of legal education » et les références y citées, déjà B. de WITTE, C. FORDER (sous dir. de), *The Common law of Europe and the Future of Legal Education*, Deventer, 1992 ; W. DORALT, « The Optional European Contract Law and why sucess or failure may dépend on scope rather than substance », *Max Plank Private Law Research Paper*, n° 11/9, disponible sur : <ssrn.com/abstract=1876451>, p. 25 : « Europeanisation of law education should be a very high priority topic complementing the current efforts of the EC. An optional European contract law would no doubt soon become part of law education in European universities. Europeanisation of law will require high standards of law making, a gradual adaptation of education but also the opening of the academic markets. » ; W. van GERVEN, « Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », *in* F. GAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 37 et s. et not. p. 73 : « The best way to promote convergence (as a support for community legislation and case-law) is to educate open-minded young lawyers and to prepare materials which can be used by teachers (and students) throughout the Union, but also by judges and other practitioners who want to study and draw benefit from, other legal systems. » ;

œuvrer à cette fin[2983], à travers l' « européanisation » des curricula universitaires, en introduisant des enseignements portant sur les autres traditions juridiques[2984], ou encore en utilisant des travaux doctrinaux comme matériaux d'enseignement[2985].

Sur cette base, la contribution doctrinale pourrait alors fonctionner comme un « dispositif » de convergence[2986] parmi les différentes logiques[2987] et cultures juridiques ainsi qu'entre les différentes

---

M. BUSSANI, « 'Integrative' Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal Systems », *ERPL*, 1/2000, pp. 85-99 et not. p. 99 : « As far as European legal integration is concerned, the real issue certainly seems to be the building of a common legal culture. This is an endeavor whose only tools appear to be a *common legal education* grounded upon knowledge of what is common and what is different among the different European systems. » Comp. J. SMITS, *The making of European Private Law*, Intersentia, 2002, p. 42, se référant à la méthode d'européanisation à travers la science et l'éducation juridique.

2983 En ce sens, B. FAUVARQUE-COSSON, *The rise of Comparative Law* : *a Challenge for Legal Education in Europe*, Walter van Gerven Lectures n° 7, Europa Law Publishing, 2007, p. 10 : « Works which lead to *black letter rules* only constitute a specific aspect of the contribution of legal scholarship to European contract law. It is the *top ot the iceberg*. The essential part is elsewhere : it is encompassed in the double mission intrinsically intertwined with our identity as academics, that is to say, the teaching of law and the dissemination of legal thinking. It is our role to train European jurists and to build a common legal culture independently from Commuity legislative projects. » ; M. STORME, « The Foundations of Private Law in a Multilevel Structure : Balancing, Distribution of Lawmaking Power and Other Constitutional Issues », *ERPL*, 1, 2012, pp. 237-254 et not. p. 252 : « The *res publica professor*, has its own task and responsibility indeed not the same one as that of the political institutions. It is not because they have no legitimacy to issue a code that they have no legitimacy to propose and draft one. They even have a responsibility to develop with techniques proper to their profession by teaching and writing the law. »

2984 P. ANCEL, « Dénationaliser l'enseignement du droit civil ? Réflexions autour d'une expérience québécoise », *RTD Civ.*, 2011, p. 701.

2985 Rappr. p S. VOGENAUER, « Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law ? », *ERCL*, Vol. 6, n° 2., 2010, p. 143-183 et not. p. 150, à propos d'un CFR : « The third potential purpose of the CFR much less controversial and rarely discussed is its use as an *aid to the teaching of European*, comparative and national contract law. » et *ibid* à propos des Principes Unidroit : « Finally the Official comment to the Preamble also mentions that the PICC can be used as an aid to the teaching of contract law. » ; M. Van HOECKE, « Le Code civil et la base commune du droit privé en Europe », *in* A. WIJFFELS (sous dir. de), *Le Code civil entre ius cmmune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. 29 et s. et not. p. 44 : « Mais depuis un peu plus d'une décennie, on voit surgir un peu partout des initiatives tendant vers un droit privé commun européen, qu'il s'agisse de recueils de jurisprudence comparée, de « manuels européens », ou même de « codes » privés. » ; déjà Ch. von BAR, O. LANDO, S. SWANN, « Communication on European Contract Law : Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code », *ERPL*, 2/2002, pp. 183-248, n° 76, p. 226 : « In considering the future of European law the significance of legal education is easily under-appreciated. A restatement can also have a substantial impact here if taught in all or at least most European universities and if it constitutes subject-matter for assessment in examinations. » ; W. van GERVEN, « A common Framework of Reference *and* Teaching », 1, *European Journal of Legal Education*, 2004, p. 1 et s. *passim* ; Ch. Von BAR, « A Common Frame of Reference for European Private Law-Academic Efforts and Political Realities », *Electronic Journal of Comparative Law*, mai 2008, disponible sur : <www.ejcl.org/121/art121-27.pdf>, p. 2 : «[F]or the first time for approximately 200 years students from all over Europe could be taught parts of the law in all European universities on the basis of an identical text. Whether they go to Uppsala, Edinburgh, Budapest or Amsterdam, they could be sure that for at least one or two terms they would study there exactly what they would have studied at home. » *Adde* E. DACORONIA, « Cadre commun de référence : les nouveaux règles-modèles du droit européen privé, Intervention à l'Institut grec du droit international et étranger, 1er février 2010, disponible sur : <www.hiifl.gr/wp-content/uploads/Dakoronia-Final1.pdf> ; *EfAD*, 2010, p. 497 et s., p. [9], se référant à la nécessité d'intégrer l'enseignement du DCFR aux *curricula* des Facultés de droit en Grèce. Comp. la présentation sur le site Internet du Groupe « European Insucrance Contract Law Group », <www.restatement.info> : « The Draft […] provides teaching aids. »

Par ailleurs, l'adoption du Règlement portant sur un instrument optionnel en matière de vente pourrait contribuer à l'européanisation de l'éducation juridique. Sur ce point v. M. HESSELINK, « How to Opt into the Common European Sales Law ? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Régulation », *ERPL*, vol. 1, 2012, pp. 195-212, not. p. 205 : « Another important implication of the introduction of the CESL as second national régime is that, as national law, the CESL will have to become part of the basic contract law courses in the universities. This in turn, will have the effect that all law students in Europe will learn a common contract law system. »

2986 G. AMATO, « Multilevel Europe and private law », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 1 et s. et not. p. 43.

2987 Explicitement, à propos des travaux de la Commission Lando, voir K. RIEDL, « The work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint », *ERPL*, 1, 2000, pp. 71-83 et not. p. 76 : « […] the thinking of the Lando

sources de droit[2988], afin d'atténuer les résistances dogmatiques ou nationalistes qui pourraient entraver le chemin vers la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation. Les travaux préparatoires d'origine doctrinale sont ainsi sensés fonctionner comme des « passerelles » interculturelles[2989] « entre le passé, le présent et l'avenir »[2990] permettant l'émergence d'un contexte juridique commun en matière de contrats d'exploitation en Europe[2991].

620.- Il apparaît ainsi selon l'analyse précédente que la contribution doctrinale dans le cadre d'une étape préparatoire à la construction du droit européen des contrats d'exploitation à l'européanisation envisagée est irremplaçable[2992]. C'est pourquoi la doctrine devrait faire usage de sa « fonction pré-législative »[2993] et agir en amont du processus de la construction du droit européen des contrats d'exploitation[2994], en vue de l'élaboration d'un instrument préparatoire doctrinal, contenant l'épure du futur droit européen des contrats d'exploitation[2995].

Commission allows the introduction of considerations of market integration or harmonization of laws into the private law arena-without the underlying pressure of political considerations. This idea opens up a new way to *mediate* between the two levels of private law regulation, the national and the European which at first sight seem to be irreconcilable. »

[2988] Sur le rôle de « médiateur » entre le législateur et la jurisprudence, dans un contexte européen, voir M. Van HOECKE « Deep Level Comparative Law », *in* M. Van HOECKE, F. OST, L. WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 165 et s. et not. p. 176.

[2989] *Cf.* M. MELI, « The common Frame of Reference and the relationship between national law and European law », *ERCL*, 2/2011, p. 229 et s. et not. p. 231, à propos du CCR : « [CFR] represents a bridge between civil law and *common law*. »

[2990] M. MEKKI, « Le modèle de la loi au sein du Code civil », *in* Th. REVET (sous dir. de), *Code Civil et modèles, des modèles du code au code comme modèle*, LGDJ, 2005, p. 5 et s. et not. n° 13, p. 18.

[2991] H. BEALE, « La réforme du droit français des contrats et le « Droit européen des contrats » : Perspective de la *Law Commission* anglaise », *RDC*, 01 janvier 2006, n° 1, p. 135, *in fine* : « Il faut conclure qu'il reste encore des différences assez fondamentales entre les droits des États membres. Sans doute un cadre commun de référence nous aiderait à comprendre les lois des autres pays […] ». V. aussi *supra* à propos de l'apport du mouvement d'européanisation d'origine doctrinale au projet de la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation.

[2992] En ce sens, Th. WILHELMSSON, « Private Law in the EU : Harmonized or Fragmented Européanisation ?, *ERPL*, 1/2002, pp. 77-94 et not. p. 89 : « In fact, the project [of harmonization of European private law] cannot be undertaken without [the] cooperation [of the academic community]. » et *ibid.* : « European harmonization therefore cannot be achieved without the legal scholars-and they know it. » ; M. Van HOECKE, « Le Code civil et la base commune du droit privé en Europe », *in* A. WIJFFELS (sous dir. de), Le Code civil entre ius cmmune et droit privé européen, Bruylant, 2005, p. 29 et s. et not. p. 46 : « Tout cela suppose une longue préparation doctrinale, resolument orientée sur l'Europe. » Comp. M. BUSSANI, « A Streetcar Named Desire : The European Civil Code in the Global Legal Order », *Tulane Law Review*, vol. 83, 2009, p. 1083 et s., not. p. 1083 : « Preparation and implementation of any code needs scholars working *as technical simulators* to anticipate possible problems and solutions […] » ; B. FAUVARQUE-COSSON, *The rise of Comparative Law* : *a Challenge for Legal Education in Europe*, Walter van Gerven Lectures n° 7, Europa Law Publishing, 2007, p. 7 : « The creation of a common European legal science is indispensable for the future development of the European Union. Indeed it will enable European private law to develop within an established network. » ; J. SMITS, *The making of European Private Law*, Intersentia, 2002, p. 67 : « A truly European legal science along these lines even seems to be a prerequisite for the success of the proposed method. »

[2993] V. C. ZOLYNSKI, « Questions de légistique soulevées par la construction de la norme à l'aune du renouvellement des sources de droit », *in* N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS (sous dir. de), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2012, p. 51 s. et not. p. 59.

[2994] En ce sens en matière d'européanisation du droit privé en général, J. SMITS, *The making of European Private Law*, Intersentia, 2002, p. 99 : « In the absence of single *European private law society* in which the rise a common understanding of the meaning of specific provisions, it is too early to draft provisions in other areas of private law. There europeanisation should start with the emergence of a common European legal tradition, for which teaching and legal scholarship are far more important than drafting of specific rules. Such teaching and scholarship should indeed focus on finding common arguments in European jurisdictions, thus allowing for a competition of legal ideas. » En ce sens, à propos des démarches d'européanisation en matière de propriété intellectuelle voir Ch. GEIGER, « Introduction aux rencontres franco-allemandes sur le droit d'auteur », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, « le droit des affaires », t. 29, Litec, 2007, p.

b.- Vers l'adoption d'un instrument juridique au sein de l'Institut Européen du droit (ELI).

621.- Nous avons vu plus haut que l'élaboration d'un instrument préparatoire doctrinal a été jugée opportune pour préparer la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation. Cependant, l'instrument en question doit, d'une part, être l'œuvre d'une doctrine véritablement européenne (i) et, d'autre part, faire l'objet de consultations larges auprès des agents juridiques concernés (ii). À ces fins, l'élaboration de l'instrument au sein de l'Institut Européen du droit semble pertinente (iii).

i.- L'instrument doctrinal, œuvre d'une doctrine européenne.

622.- Une démarche collective et représentative. Il est indubitable que la démarche d'élaboration d'un instrument préparatoire doctrinal doit présenter un caractère collectif et représentatif. Tout d'abord, la taille monumentale[2996] d'un tel instrument exige des efforts « herculéens ». Une démarche collective gagnerait en efficacité car elle permettrait le partage des tâches entre plusieurs personnes[2997]. Ensuite, une démarche collective et *ouvertement accessible*[2998], permettant la *participation* la plus large possible des académiques européens renforcerait la légitimité démocratique de la démarche[2999]. Une telle démarche collective et ouverte est liée à l'émergence d'une doctrine collective européenne[3000], en d'autres termes, d'une *communauté* de *juristes*

---

5 et s. et not. p. 6 : « Au niveau européen, la Commission sera en mesure de prendre en compte les résultats de ces travaux en amont et non pas en aval comme cela a été le cas jusqu'à présent, la doctrine des pays concernés ne réagissant souvent qu'a posteriori et de manière relativement non coordonnée. Or, nous savons tous que, lorsque la directive est déjà présente sous forme de projet, il est souvent déjà trop tard. »

[2995] Comp. A. GAMBARO, « The Plan d'Action of the European Commission- A Comment », *ERPL*, 6/2003, pp. 768-781 et not. p. 780 : « On the contrary, when dealing with a consolidation of private law, as in the case of contract law, it seems preferable to entrust *at least the task of the first draft* to jurists possessing information from broad research. » Plus réservé, N. JANSEN, « Dogmatising Non-legislative Codifications : Non legislative Reference Texts in European Legal Discourse » *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 31 s.

[2996] Expression empruntée par B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *Les Petites Affiches*, 24 juillet 2006, n° 146, p. 3 s., n° 3, à propos du projet de reforme du Code civil Català.

[2997] Comp. en ce sens, M. Van HOECKE, « Deep Level Comparative Law », *in* M. Van HOECKE, F. OST, L. WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 165 et s. et not. pp. 132-133.

[2998] Comp. S. GRUNDMANN, « The role of competition in the European codification process », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 36 et s. et not. p. 47 : « Even the question which types of contract partners should be included in a European (Contract) Code is sufficiently important to be decided in an *open process*, instead of by just one group. »

[2999] Comp. la critique contre l'élaboration du DCFR par un groupe d'experts restreint. W. DORALT, « The Optional European Contract Law and why sucess or failure may dépend on scope rather than substance », *Max Plank Private Law Research Paper*, n° 11/9, disponible sur : <ssrn.com/abstract=1876451>, p. 1 : « decision makers in Brussels have established close ties with a very small number of academics who have some influence on preparatory steps in the process of drafting. » et *ibid.* p. 25, critiquant la monopolisation du processus d'européanisation du droit des contrats par les règles du DCFR et l'absence d'un débat plus ouvert, portant sur l'opportunité des règles du DCFR.

[3000] Comp. B. FAUVARQUE-COSSON, *The rise of Comparative Law* : *a Challenge for Legal Education in Europe*, Walter van Gerven Lectures n° 7, Europa Law Publishing, 2007, p. 8 : « collective legislative doctrine » ; S.

européens œuvrant ensemble pour la réalisation d'un instrument doctrinal en matière des contrats d'exploitation[3001]. En effet, ce rassemblement inciterait le lancement et le maintien[3002] d'un débat académique constructif relatif à la détermination du contenu de l'instrument doctrinal. Sur cette base, l'instrument doctrinal envisagé serait l'expression d'une *science juridique européenne*[3003] en matière de contrats d'exploitation. De même, la *représentation* en termes d'équité[3004] de toutes les différentes traditions juridiques lors de l'élaboration de l'instrument préparatoire doctrinal est indispensable, compte tenu de l'impératif du respect de la diversité (culturelle) du droit des contrats d'exploitation. Le caractère représentatif de l'instrument implique, par définition, la participation de plusieurs personnes émanant des différents États membres. Par ailleurs, le caractère ouvert et suffisamment représentatif de la démarche semble pertinent du point de vue de l'efficacité. Plus précisément, la *concurrence des idées* et des solutions proposées ainsi que l'échange d'approches et d'arguments différents au sein d'un *forum* des discussions assez large[3005], favoriserait l'élaboration

---

GRUNDMANN, « The role of competition in the European codification process », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 36 et s. et not. p. 54 parlant de « cross-border scientific networking » ; R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'européanisation du droit privé », *RTD Civ.*, 2007, p. 451 s., parlant d'« européanisation de la science juridique ».

[3001] B. SCHÄFER, Z. BANKOWSKI, « Mistaken Identities : The Integrative Force of Private Law », *in* M. Van HOECKE, F. ORT, *The Harmonisation of European Private Law*, Hart Publishing, 2000, p. 21 et s. et not. p. 31 : « Community emerges when people make connections. [T]he meeting of the minds brings isolated individuals together in a community. » Comp. *ibid.* B. SCHÄFER, Z. BANKOWSKI, « Mistaken Identities : The Integrative Force of Private Law », *in* M. Van HOECKE, F. ORT, *The Harmonisation of European Private Law*, Hart Publishing, 2000, p. 21 et s. et not. p. 29-30 : « Societies emerge out of the interaction of individuals described in game theoretical terms. This approach is particularly close to the view of private law community which we want to develop here and we will make extensive use of findings in this field. »

[3002] Sur ce point, voir, R. SCHULZE, « Problèmes et perspectives du droit européens des contrats-introduction », *in* G. MÄSCH, D. MAZEAUD, R. SCHULZE, *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Sellier, sept. 2009, p. 5 et s. et not. p 13 : « Quelque soit la nature des réponses apportées eu égard aux contenus et au mode d'exposé des principes directeurs, il est tout autant important de maintenir la discussion universitaire sur ces questions fondamentales que de procéder à l'étude des différentes règles présentées dans les projet[…] » ; N. JANSEN, « The authority of an academic 'Draft Common Frame of Reference' », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 146 et s. et not. p. 167 : « This discourse about the doctrinal, normative and conceptual shape of European priate law should not be interrupted before a constructive exchange of arguments has taken place ».

[3003] D'autres expressions synonymes, telles que « European scholarship» ou « Common european legal science » sont très souvent utilisées. Comp. M. HESSELINK, « How to Opt into the Common European Sales Law ? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Régulation », *ERPL*, vol. 1, 2012, pp. 195-212, parlant de « common European legal space. » ; A. CHAMBOREDON, Ch. U. SCHMID, « Pour la création d'un « Institut européen du droit », *RIDC*, 3/2001, p. 685 et s., parlant d'une « science juridique transnationale en Europe ». Pour certains, l'émergence d'une science juridique européenne est un préalable pour l'européanisation efficace en droit privé en général, v. par exemple J. SMITS, « Convergence of Private Law in Europe : Towards a New Ius Commune », *in* E. ÖRÜCÜ, D. NELKEN (sous dir. de), *Comparative Law* : *A Handbook*, Hart Publishing, 2007, pp. 219-240 et not. p. 229 s.

[3004] Comp. M. STORME, « Une question de principe(s) ? Réponse à quelques critiques à l'égard du projet provisoire de « Cadre commun de référence » », *in European Contract Law, Era Forum Spécial Issue 2008*, n° 9, supplément n° 1, septembre 2008, p. S65 s. et not. p. S67, à propos d'un CCR doctrinal en matière de droit des contrats : « Dans notre entreprise, il n'y a pas de petits pays, et le droit slovène ou estonien est une expérience à prendre au sérieux tout comme le droit anglais, français ou suédois. »

[3005] *A contrario* S. GRUNDMANN, « The role of competition in the European codification process », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 36 et s. et not. p. 52 : « The CFR has been developed in a setting with features of a monopoly. In 2001-2002, the situation was characterized by the following features. There was still not a longstanding discussion on European contract law-in fact, the term and the subject area really emerged only in the mid-1990s and there was not a large number of solutions in the arena of discussion , which remains the case today. »

d'un instrument doctrinal proposant de meilleures solutions[3006] pour le droit européen des contrats d'exploitation[3007].

ii.- La consultation d'autres agents juridiques en vue de l'élaboration d'un instrument préparatoire doctrinal.

623.- Les limites d'un instrument purement doctrinal. L'élaboration d'un instrument préparatoire menée uniquement par des juristes peut être critiquée pour au moins deux raisons. D'une part, le contenu de l'instrument doctrinal et notamment les règles-modèles proposées souffrent d'un déficit de légitimité démocratique[3008], dans la mesure où sa détermination implique

[3006] Notons que l'instrument doctrinal préparatoire devrait offrir des justifications claires pour les choix réalisés. Sur ce point v. J. SMITS, « The Common European Sales Law (CESL) beyond Party Choice », disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=2039345>, p. 15 : « An ideal reference text would make clear choices and explain why these choices were made, allowing its users to refer to it by way of an argument against, or in favour of, making the same choice. This means that the degree of information it provides must be high. »

[3007] En ce sens, voir notamment, S. GRUNDMANN, « The role of competition in the European codification process », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 36 et s. et not. p. 54 et s. : « The decision would have to be based on a competitive process. As we all know, though designers of monopolies are keen to forget it, competition is simply the most powerful *discovery device*. The beautiful aspect of a competition of ideas is that, before they are adopted by legislators, they cannot even have the negative external effects that normal competition can sometimes produce. » et *ibid.* p. 55 : « I am likewise convinced that competition presents us with the route to a better European Code. » À propos du processus d'européanisation réalisé jusqu'à présent, S. GRUNDMANN, « The role of competition in the European codification process », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 36 et s. et not. p. 37 : « This chapter assumes that as early as 2001-03, a better way forward would have been that of a *competition of legal ideas* about a new European contract law. It strongly advocates this path at least for five, perhaps even ten years to come, even if afterwards an extremely restricted group should bring together the *rich input* gathered until then. » Ajoutons que pour cet auteur, la concurrence des idées juridiques permettrait la création d'une académie européenne de droit privé, v. *ibidem* p. 54. « Indeed, because it would unite the core area of private law in which most private law scholars have expertise it could give birth to an European private law academia proper. » et p. 55: « Undoubtedly, the process as a whole would be a challenging one-and, as already has been stated, this type of competitive process would bring together European academia in a way as yet unparallel. »

[3008] En ce sens, K. RIEDL, « The work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint », *ERPL*, 1, 2000, pp. 71-83 et not. p. 76, note n° 16 et p. 78 et s., à propos des PEDC de la Commission « Lando » ; H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, « Introduction », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. viii et s. et not. p. xxx, à propos du DCFR : « A European legal order representing the institutional framework of DCFR would need legitimacy and political support. Does European academia have the authority to guarantee legitimacy, accountability and transparency ? » ; N. JANSEN, « The authority of an academic 'Draft Common Frame of Reference' », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 146 et s. et not. p. 149 : « Evidently neither the Study group nor th Acquis group can claim any political or democratic legitimacy for their principles. » ; F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft)Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 182 : « This so-called best-solution approach is vulnerable to strong criticism. Picking uniform best solutions requires choices which often have policy implications and which should therefore be left to the legislator (lack of legitimacy) » ; G. ALPA, « Towards a European Contract Law », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 23 et s. et not. p. 27 : « What political (and not only institutions) legitimization have those who have participated in it ? ». *Cf.* Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar », *D.*, 2002, p. 2202 ; P. LEGRAND, « Antivonbar », *Journal of Comparative Law*, n° 1, 2005, pp. 13-40**.** En ce sens, à propos d'un Code civil européen, v. U. MATTEI, « Basics first please ! A critique of some recent priorities shown by the Commission's Action Plan » *in* A. HARTKAMP *et al.* (sous dir. de), *Towards a European Civil Code*, 3e éd., 2004, Ars Aequi Libre/Kluwer Law International, p. 297 s. et not. p. 301 : « Historical experience shows that in order to produce a Civil Code there is not only the need for a strong legal community, capable of understanding the technical aspects of the enterprise. There is the need of a political will, capable of injecting into the Code a degree of political legitimacy, an internal political philosophy, and a recognizable political function in the landscape of the sources of law. »

souvent des choix d'ordre politique[3009], dans le sens où les propositions doctrinales pourront éventuellement avoir de l'impact sur les citoyens. Effectivement, une fois intégrées au sein de l'acquis officiel les règles proposées sont destinées à régir la vie réelle des parties contractantes d'un contrat d'exploitation[3010]. Par ailleurs, le manque d'objectivité pourrait toujours être reproché à un instrument purement doctrinal[3011], en dépit des efforts de transparence et de clarté de la méthodologie (scientifique) en vue de la production de ces règles[3012]. D'autre part, le contenu de l'instrument préparatoire doctrinal risque d'être éloigné de la pratique de l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles. Plus précisément, les règles élaborées par la doctrine risquent d'être inadaptées aux besoins réels des contractants. Dans une telle hypothèse, l'instrument serait accueilli avec réticence par les milieux de la pratique contractuelle[3013].

[3009] Sur cette problématique, voir G. DANNEMANN, « The Working Method of the Acquis Group- A Model ? » *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 15 s. et not. p. 21 : « The Acquis group is aware that this generalisation and extension of rules involves policy questions. Blank refusal to engage in any such decisions would essentially mean that EC law is incapable of being restated in a more simple coherent and principled fashion or of being developed by the courts. This is why the Acquis group decided to engage in policy decisions to the degree outlined above, and at the same time to be open about the policy choices which it has thus taken by discussing them in the comments to the Acquis principles. » ; G. DANNEMANN, « Consolidating EC Contract Law : an Introduction to the Work of the Acquis Group », *Acquis Principles, Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services)*, Sellier, 2009, p. xxiii et s. et not. p. xxxvi et s. et not. p. xliv : « The Acquis Group is aware that the answers to the questions 1-4 above involve to a larger or lesser degree, policy questions. We could argue that this holds true for any interpretation which must occur when a given provision of EC law is applied to a case. Blank refusal to engage in any such decisions would essentially mean that EC law is incapable of being restated in a more simple, coherent and principled fashion, or of being developed by the courts. » Voir aussi M.-W. HESSELINK, « The Structure of the New European Private Law », *Electronic Journal Of Comparative Law*, (December 2002), vol. 6.4, disponible sur : <www.ejcl.org/64/art64-2.html>, p. 16, pour qui les travaux doctrinaux pourraient trancher des questions politiques : « if sets of principles like the PECL are not law themselves but merely an academic exercise which establishes the common core which may at most be regarded as a draft or proposal made by some academics and containing what in their view would be good law for Europe, there is no reason why these committees should limit themselves to the so-called non-political branches of the law. »

[3010] Sur ce point v. F. GOMEZ, « The empirical missing links in the Draft Common Frame of Reference », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 101 et s. et not. p. 101 : « Law, understood as the set of social institutions ruling behavour in organized and purposeful ways and not as an academic discipline or field for intellectual scrutiny and private law in particular, are essentially practical or pragmatic in nature. » ; *ibid.* p. 121 : « In general, the law, both as an academic endeavor and as social institution designed to influence individual and social conduct, concerns real human beings, situation and phenomena-the real world. »

[3011] Voir sur ce point par exemple N. JANSEN, « The authority of an academic 'Draft Common Frame of Reference' », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 146 et s. et not. *passim* ; F. MÖSLEIN, « Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft)Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s. et not. p. 182 : «Moreover, the relevant criteria have not been defined either by the legislator or the academics (lack of objectivity), at least so far.»

Parfois la critique touche la personne-même du coordinateur. *Cf.* Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar », *D.*, 2002, p. 2202 ; P. LEGRAND, « Antivonbar », *Journal of Comparative Law*, n° 1, 2005, pp. 13-40.

[3012] Sur la nécessité de transparence pendant l'élaboration des travaux académiques, voir par exemple, S. VOGENAUER, « Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law ? », *ERCL*, Vol. 6, n° 2, 2010, p. 143-183 et not. 2010, pp. 182-183. C'est par ailleurs pour cette raison que la présentation et la fixation d'une méthodologie claire et scientifique est un élément essentiel des travaux doctrinaux qui proposent des régimes applicables.

[3013] Rappr. S. VOGENAUER, « Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law ? », *ERCL*, Vol. 6, n° 2, 2010, p. 143-183 et not. p. 153 : « As far as B2B contracts are concerned, it may be expected that businesses will only opt into a European contract law if they are convinced that the substantive rules are more appropriate for their transactions than those of national contract laws. » ; N. JANSEN, « The authority of an academic 'Draft Common Frame of Reference' », *in* H. MICKLITZ, F.

624.- Suite à l'analyse précédente, l'élaboration d'un instrument préparatoire ne devrait (et ne pourrait) pas être menée uniquement par la doctrine. La légitimité du contenu de l'instrument devrait être renforcée par l'intégration d'enseignements d'autres sciences, tels que l'analyse économique ou sociologique[3014] ainsi que par l'ouverture à des consultations publiques visant l'intégration de l'apport d'autres agents juridiques, tels que, par souci de pragmatisme[3015], les praticiens et les *stakeholders*[3016].

iii.- L'Institut européen du droit (European Law Institute) comme cadre institutionnel approprié pour l'élaboration d'un instrument doctrinal.

625.- Par le passé[3017], la communauté juridique en Europe a émis des vœux en faveur de la création d'une institution chargée de l'encadrement et de la promotion du processus d'européanisation du droit, sous la forme d'un Institut européen du droit à l'instar[3018] de l'Institut Américain du droit

---

CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 146 et s. et not. p. 163 : « Most European lawyers would find it difficult to apply these rules for which there are no corresponding rules in national legal systems. » Une critique similaire a été émise à propos de la structure et du contenu du DCFR. Voir notamment S. GRUNDMANN, « The role of competition in the European codification process », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 36 et s.

[3014] Comp. sur ce point J.-P. CHAZAL, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *Revue des contrats*, 01 décembre 2003, n° 1, p. 27 s. : « Le droit n'est pas une sphère autonome aux contours hermétiques ; il est influencé par des facteurs extérieurs à son propre domaine ; il est traversé par des courants de pensées et des problématiques dont l'étude est institutionnellement et habituellement rattachée à d'autres disciplines telles que la politique, la philosophie, l'histoire, l'économie, la sociologie, la psychologie, la religion etc. »

[3015] Ch. McCREEVY, « IP Policy in Europe : What Next ? », *GRUR Int.*, 2006, p. 361 s. not. p. 362 : « But I am, above all, a pragmatist. At this critical juncture in this complex area, I want to listen to industry and other stakeholders »

[3016] Sur l'utilité des consultations publiques pour la détermination du contenu de l'instrument doctrinal v. J. SENECHAL, « Vers une ou plusieurs catégories d'instruments en droit européen des contrats ? », Réponse au livre vert du 1er juillet 2010 (COM (2010) 348/3), disponible sur : <ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/293_fr.pdf>, p. 16 : « Le contenu de la boîte à outils relatif aux contrats spéciaux pourrait peut-être être élaboré en relation avec des agences européennes existantes ou à créer et dédiées au rapprochement des droits et à la régulation des activités professionnelles. Cette solution permettrait alors de préserver, à la fois, l'objectif de mise en cohérence du droit des contrats en Europe et l'organisation juridique de secteurs économiques sensibles dans chaque État membre. » ; W. van GERVEN, « A common Framework of Reference *and* Teaching », 1, *European Journal of Legal Education*, 2004, p. 1 et s. et not. p. 12 : « The general idea of the document is to elaborate a *framework* as a result of extensive research and after wide consultation with stakeholders and other interested parties » ; E. DERCLAYE, « An EU Copyright Code : what and how ? », communication à BLACA/IPI Seminar, Londres,14 octobre 2010, disponible sur : <www.blaca.org/An%20EU%20copyright%20code-blaca%20derclaye.ppt.>, à propos du Code européen de droit d'auteur : « Good starting point for future EU legislation. Open it to comments + Commission consultation ? ».

[3017] Voir déjà A. CHAMBOREDON, Ch. U. SCHMID, « Pour la création d'un « Institut européen du droit », *RIDC*, 3/2001, p. 685 et s. ; V. REDING, « A European Law Institute : an Important Milestone for an Ever Closer Union of Law, Rights and Justice », discours à l'Institut universitaire européen, Florence, 10 avril 2010, Speech/10/154.

[3018] Sur ce point voir S. van ERP, « Why a European Law Institute », disponible sur : < www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/_16__Sjef_van_Erp.pdf> ; V. REDING, « The European Law Institute – Tracing the Path towards a European Legal Culture », Opening of the European Law Institute, Vienna, 17 November 2011, SPEECH/11/764, p. 3 ; Commission Européenne, La Commission européenne salue la fondation de l'Institut européen du droit, Communiqué de Presse de la commission, IP/11/666 : « L'initiative de créer un institut européen du droit […] s'inspire de l'American Law Institute, organisme non-gouvernemental ayant joué un rôle capital dans l'élaboration du « Uniform Commercial Code », qui facilite les ventes et les autres opérations commerciales dans les 50 États des États-Unis. »

(ALI)[3019]. L'Institut européen du droit (ELI) a vu le jour en 2011. L'Institut européen du droit mène sous ses auspices des projets à moyen et à long terme, en vue d'améliorer et de favoriser l'évolution du droit dans une perspective européenne[3020]. Ces projets trouvent leur expression formelle en la forme d'*instruments de l'Institut* (ELI Instruments)[3021]. Compte tenu des exigences susvisées, il semble que l'Institut européen du droit puisse constituer le cadre institutionnel adéquat en vue d'élaborer l'instrument doctrinal préparatoire.

Tout d'abord, l'Institut européen du droit est une entité susceptible d'accueillir l'élaboration d'un instrument doctrinal basé sur une démarche à caractère collectif, représentatif et concentré. En fait, l'IED offrirait un *forum* de discussion académique paneuropéen[3022], portant sur l'élaboration d'un instrument préparatoire parmi les membres d'une communauté académique européenne aussi large que représentative[3023]. Effectivement, l'IED a la capacité d'héberger une telle communauté de juristes[3024] qui pourrait aboutir à un consensus portant d'abord sur la structure[3025] et ensuite sur le

---

[3019] <www.ali.org>. Sur ce point v. H. SCHULTE-NÖLKE, « 'Restatements' in Europe and the US : Some Comparative Lessons » *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 11 et s. et not. p. 26 : « By contrast and secondly, the ALI produces works calls Principles of the Law. Such Principles deal with legal areas thought to be in need of reform and aim to express the law as it should be. Both types of work use the same presentation technique, namely black letter statements of recommended legal rules, supported by comments, including illustrations and reporter's notes. » L'ALI a eu l'opportunité de produire des principes en matière de propriété intellectuelle. V. sur ce point F. DESSEMONTET, « The ALI Principles : Intellectual Property in Transborder Litigation », *in* J. BASEDOW, T. KONO, A. METZGER, *Intellectual Property in the Global Arena*, Mohr Siebeck 2010 ; R. HILLMAN, M. O'ROURKE, « ALI Principle of the law of software contracts : some proposals for a global software licensing policy », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 54 s. *Cf.* E. DACORONIA, « Cadre commun de référence : les nouveaux règles-modèles du droit européen privé, Intervention à l'Institut grec du droit international et étranger, 1er février 2010, disponible sur : <www.hiifl.gr/wp-content/uploads/Dakoronia-Final1.pdf> ; *EfAD*, 2010, p. 497 et s., pour qui le Centre Russe de la Recherche en droit privé ou l'Institut juridique Ukrainien pourraient servir des modèles pour l'Institut européen du droit.

[3020] A l'instar de l'Institut américain du droit, voir <www.ali.org> : « The American Law Institute is the leading independent organization in the United States producing scholarly work to clarify, modernize, and otherwise improve the law. »

[3021] <www.europeanlawinstitute.eu>.

[3022] H. SCHULTE-NÖLKE, « 'Restatements' in Europe and the US : Some Comparative Lessons » *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 11 et s. et not. p. 30 : « [T]he need for a broad *pan-European forum* of lawyers, where restatements can be discussed-and some perhaps even approved- will become all the more urgent as a multitude of competing restatements foils the original idea of having (one or a few) European restatement(s) as a common basis for discussion among lawyers from all over Europe. In the long run, too, Europe will need a European law institute, which will, however, have to look rather different from the American Law Institute in order to meet the needs of Europe's lawyers. » ; Commission Européenne, la Commission européenne salue la création de l'Institut européen du droit, Communiqué de Presse de la commission, IP/11/666 : « [L'Institut] sera aussi un forum d'échange et de discussion pour les juristes, les universitaires et les praticiens. » Comp. F. CAFAGGI, « The making of European Private Law : governance design », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 289 s. et not. p 348 : « One of the main functions of ELI should be the promotion of a more cohesive legal community to foster social and institutional dialogue among the legal professions. »

[3023] En ce sens, W. DORALT, « The Optional European Contract Law and why sucess or failure may dépend on scope rather than substance », *Max Plank Private Law Research Paper*, n° 11/9, disponible sur : <ssrn.com/abstract=1876451>, p. 24 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « A propos de l'Institut Européen du Droit », discours au Congrès inaugural de l'Institut européen du droit, Paris, 1er juin 2011 : « L'Institut européen du droit constitue ainsi une étape importante dans la construction d'une communauté européenne des juristes sur laquelle les institutions européennes pourront s'appuyer. »

[3024] *Cf.* M. SAFJAN, A. WIEWIOROWSKA-DOMAGALSKA, « Political Foundations of European Private Law : Rethinking the East-West Division Lines », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 265 s. et not. p. 284 : « Finally,

contenu substantiel de l'instrument préparatoire des contrats d'exploitation, sur la base d'une étude comparative[3026], tout en respectant la diversité culturelle[3027]. L'existence d'antennes locales de l'IED pourrait s'avérer très utile à cette fin. Les discussions pourraient ainsi se baser sur un ou plusieurs textes préliminaires[3028]. De même, compte tenu de la dimension et du caractère représentatif de l'IED, la production du métalangage et son expression dans toutes les langues officielles de l'UE[3029] pourraient faire l'objet d'un groupe de travail distinct, dont le fonctionnement s'inspirerait des groupes doctrinaux dédiés à la production de terminologie en droit européen des contrats[3030]. Par ailleurs, l'existence d'un tel *forum* ample et représentatif favoriserait la concurrence

---

institutional resources should be created to allow and secure a free exchange of views and opinions. The establilshment, for example, of the European Law Institute go in this direction, therefore should be strogly supported, as it seems to enlarge the necessary space to conduct the discussion and formulate proposals regarding the future of private law in Europe. »

[3025] Sur le besoin de résoudre d'abord les questions d'ordre structurel, v. *supra* n° 542. *Adde* M. LEISTNER, « Common Principles of Secondary Liability ? », *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 117 et s. et not. p. 145 : « As a matter of course, the crucial issue of whether a two-tiered solution […] or a unitary concept of secondary liability should be preferred in future European law will also have to be discussed on the European level. However a common European answer to that crucial structural question will not be easy to achieve, and will indeed already pave the way for the design of common European rules on secondary liability. »

[3026] M. MERCIER, Discours d'ouverture - Congrès fondateur de l'Institut européen du droit, Paris, Université Panthéon-Assas, mercredi 1er juin 2011 », disponible sur : <www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/_2__Michel_Mercier.pdf>, p. 1, qui qualifie l'Institut de « lieu de recherche de haut niveau en droit comparé ».

[3027] Comp. le résumé des objectifs de l'IED tels qu'ils sont décrits au sein des *Newsletters* de l'Institut (v. par exemple <www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Newsletter/ELI_Newsletter_March_2012_web.pdf> : « Building on the wealth of diverse legal traditions, European Law Institute's (ELI) mission is the quest for better law-making in Europe and the enhancement of European legal integration. By its endeavors, ELI seeks to contribute to the formation of a more vigorous European legal community, integrating the achievements of the various legal cultures, endorsing the value of comparative knowledge, and taking a genuinely pan-European perspective. »

[3028] E. HONDIUS, « From 'Toolbox' to Academic Standard : The Current and Future Status of the Draft Common Frame of Reference », *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 531 et s. et not. p. 552 : « Draft texts of or for the European Union are therefore highly useful as starting points for academic discussions ». L'existence des tells textes rendrait le débat académique plus concret. En ce sens, v. S. GRUNDMANN, M. SCHAUER (sous dir. de), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, Kluwer Law International, 2006, p. 3 et s. : « It might even be that forming the basis of a common European discussion is what matters most in the process towards a European optional code, a common frame of reference or a European restatement of contract law (s). It is easier to discuss this in terms like : in Austria, our solution to rule 5:108 is the following' than to specify the problem in long descriptions. » ; E. HONDIUS, « From 'Toolbox' to Academic Standard : The Current and Future Status of the Draft Common Frame of Reference », *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 531 et s. et not. p. 553 : « There are other means to raise the level of transnational discourse, but it is submitted that quasi-legislative texts, such as *restatements and principles* do have the advantage of making the debate more precise. » ; M.-W. HESSELINK, « The European Commission's Action Plan : Towards a More Coherent European Contract Law ? », *ERPL*, 4/2004, pp. 397-419 et not. p. 418 : « One or more draft texts may be helpful in making that debate more concrete. » Notons que notre thèse en général et les pistes de (re)construction y contenues en particulier pourraient être utilisées comme une épure d'un tel texte.

[3029] Sur le besoin d'une entité multilinguistique, voir F. CAFAGGI, « The making of European Private Law : governance design », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 289 s. et not. p 348 : « ELI should clearly be a multilingual institution that contributes to improving the linguistic quality of rule-making. The multilingual identity of the E. community requires a more complex apparatus than that used by ALI in the US. Other experiences such as the Canadian and particularly that of Québec could help in devising new tools. »

[3030] Voir sur ce point A. TENENBAUM, « Introduction : Objectifs et Méthode du Groupe Terminologie », *in* Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et Société de Législation Comparée, *Terminologie contractuelle commune : projet de cadre commun de référence*, Coll. Droit privé comparé et européen, vol. 6, 2008, p. 15 et s. ; N. KASIRER, « The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles », *ERPL*, 3/2002, pp. 417-437, à propos de la méthode utilisée dans le cadre du projet « Common Core of European Law » de Trento.

des idées juridiques[3031] et promouvrait ainsi des solutions innovantes lors de la préparation du droit européen des contrats d'exploitation[3032]. Il contribuerait également de façon indéniable à l'émergence d'une culture juridique européenne en matière de contrats d'exploitation[3033]. Comme l'affirme la Commissaire Reding, « the members of the European Law Institute, will provide practical advice to policy makers and authorities across Europe on how to build [bridges between Europe's different legal families] »[3034].

Ajoutons que l'existence d'un *forum* intégré des discussions académiques concernant l'élaboration d'un instrument juridique préparatoire des contrats d'exploitation renforcerait l'intégrité de la démarche et permettrait d'éviter sa dispersion et sa segmentation entre plusieurs projets académiques[3035], nomades ou sédentaires[3036].

[3031] S. GRUNDMANN, « The role of competition in the European codification process », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 36 et s. et not. p. 55 : « One of the most challenging issues is that of the framework for the competition of ideas sketched so far. […] Even more difficult might be the moment when sponsored projects produce results. What about the choice among the proposals made ? Ideally, the market of observers would make an explicit enough choice. A body observing the market such as the EC Commission or perhaps a European Law institute would probably need to check whether the expressions of opinion were largely undistorted to avoid any cartels of opinion. » Comp. J. SMITS, « The Common European Sales Law (CESL) beyond Party Choice », disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=2039345>, p. 14 : « The abundance of potential reference text is a good thing : it will lead to a process of competition eventually resulting in one or two texts being generally accepted in the whole of Europe. »

[3032] Comp. la conférence « A European Law Institute ? Towards Innovation in European Legal Integration », organisée par F. CAFAGGI, F. FRANCIONI, H.-W. MICKLITZ et L. M. POIARES MADURO à l'Institut universitaire européen à Florence, 9-10 avril 2010, programme disponible sur : <www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/News/2010/ELIPrelimProgramme.pdf>.

[3033] Selon la commissaire européenne chargée de la justice V. REDING, « L'Institut européen du droit […] concourra à l'émergence d'une culture juridique européenne », Commission Européenne, La commission européenne salue la fondation de l'Institut européen du droit, Communiqué de Presse de la commission, IP/11/666. *Adde* V. REDING, « The European Law Institute – Tracing the Path towards a European Legal Culture », Opening of the European Law Institute, Vienna, 17 November 2011, SPEECH/11/764, *passim.*

Ajoutons qu'il a été suggéré que l'Institut européen du droit jouait un rôle important sur le développement de la formation juridique européenne à travers la réorganisation des cursus universitaires dans une orientation européenne. Cf. la Résolution du Parlement européen du 14 mars 2012 sur la formation judiciaire (2012/2575(RSP)), sous F. : « [L]'espace judiciaire européen doit reposer sur l'existence d'une culture judiciaire européenne commune chez les praticiens de la justice, les juges et les procureurs, et que cette culture doit se fonder sur le droit communautaire, mais aussi être étayée grâce à une connaissance et une compréhension mutuelles des systèmes judiciaires nationaux, une *réorganisation radicale et transversale des cursus universitaires*, des échanges, des visites d'étude et des sessions communes de formation avec le soutien actif de l'Académie de droit européen, du Réseau européen de formation judiciaire et *de l'Institut du droit européen*. » Voir aussi F. CAFAGGI, « The making of European Private Law : governance design », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 289 s. et not. p. 327 : « It can contribute to promoting European professional legal education. » Déjà B. FAUVARQUE-COSSON, « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD Civ.*, 2002, p. 463 s. et not. n° 35.

[3034] V. REDING, « The European Law Institute – Tracing the Path towards a European Legal Culture », préc., p. 2.

[3035] B. FAUVARQUE-COSSON, « À propos de l'Institut Européen du Droit », discours au Congrès inaugural de l'Institut européen du droit, Paris, 1er juin 2011 : « De plus en plus, tous s'organisent pour travailler en commun mais les réseaux créés sont souvent limités par *les barrières*, multiples, qui se dressent : linguistiques, disciplinaires, professionnelles. Ce qui *manque encore, c'est un état d'esprit*, un désir aussi : celui de mieux se connaître pour mieux se comprendre. » Voir cependant, R. ZIMMERMANN, « Challenges for the European Law Institute », discours au Congrès inaugural de l'ELI, 1er juin 2011, *Edinburgh Law Review*, 2012, Max Planck Private Law Research Paper No. 11/16, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1963159>, suggérant de garder l'existant réseau de recherche et d'éviter son absorbation par un Institut européen du droit ; S. AUGENHOFER, « A European Civil law- for whom and what should it include, Reflections on the scope of Application of a future European legal instrument », *ERCL*, 2/2011, p. 195 et s. et not. p. 217 ; déjà B. FAUVARQUE-COSSON, « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD Civ.*, 2002, p. 463 s. et not. n° 35.

[3036] B. FAUVARQUE-COSSON, *The rise of Comparative Law* : *a Challenge for Legal Education in Europe*, Walter van Gerven Lectures n° 7, Europa Law Publishing, 2007, p. 8.

L'élaboration de l'instrument doctrinal préparatoire dans le cadre de l'Institut européen du droit gagnerait en légitimité démocratique. En pratique, le *forum* de l'IED permettrait aux différents acteurs juridiques concernés par le processus d'européanisation du droit[3037] de coopérer et de discuter. Certes, les membres de l'Institut ne sont que des juristes[3038]. Cependant, ils proviennent de différentes professions juridiques, d'institutions nationales ou d'instances européennes, de groupes d'intérêt et de *stakeholders*[3039]. Dès lors, l'Institut correspond au point de rencontre des différents acteurs juridiques intéressés par la construction du droit européen des contrats d'exploitation[3040]. Ceci faciliterait indéniablement la mise en place d'un dialogue élargi à toutes les parties prenantes. Par ailleurs, les versions préliminaires de l'instrument doctrinal pourraient être également disponibles en ligne et ouvertes à consultation publique. Ce faisant, l'instrument préparatoire pourrait recevoir des commentaires et des critiques par un public plus large[3041].

[3037] Comp. sur ce point F. GOMEZ, J.-J. GANZUA, « The Economics of Private Law Harmonised Law-making : Mechanisms, Modes and Standards », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 115 s. et not. p. 120, pour qui l'européanisation dans le cadre des entités privées, telles que l'American Law Institute est une forme d'harmonisation juridique par action coordonnée. Rappr. l'utilité des principes de l'ALI à la formation du droit international de la propriété intellectuelle G. DINWOODIE, « The International Intellectual Property Law System : New Actors, New Institutions, New Sources », *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol. 10, 2006, p. 205 s. et not. p. 213.

[3038] Sur ce point il semble utile de noter que l'Institut regroupe des juristes spécialisés en différents domaines juridiques, ce qui permettrait la mise en œuvre des projets interdisciplinaires, composés par exemple, d'experts en droit des contrats, en droit européen et en droit de la propriété intellectuelle. V. sur ce point J.-M. SAUVE, « Vers une culture juridique commune », discours au congres inaugural de l'ELI, Paris, 1er juin 2011, disponible sur : <www.annoncesdelaseine.fr/index.php/2011/06/16/l%E2%80%99institut-europeen-du-droit-the-european-law-institute-eli/>: « La création d'un Institut européen du droit, destiné à faire coopérer des représentants de toutes les traditions et d*e toutes les disciplines juridiques* européennes pour étudier et favoriser le développement du droit européen, tout en jetant des passerelles entre l'Europe et le monde global, est une étape importante sur ce chemin. »

[3039] Sur ce point voir <www.europeanlawinstitute.eu/join-eli> : « Members of the ELI may come from academia, judiciaries, the various legal professions, government, legislatures, or other vocations. You can apply to become a Fellow of the ELI if you are a natural person and actively engage, by your professional, vocational or scholarly activities, in European legal development. You can apply to become an Individual Observer if you are a natural person taking an active interest in European legal development [and] if you cannot undertake to speak and vote without regard to the interests of particular stakeholders. You can apply to become an Institutional Observer if you are an organisation, institution, business or network » ; M. MERCIER, Discours d'ouverture - Congrès fondateur de l'Institut européen du droit, Paris, Université Panthéon-Assas, mercredi 1er juin 2011 », disponible sur : <www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/_2__Michel_Mercier.pdf>, p. 2, affirmant que l'Institut européen du droit sera composé « d'universitaires, de praticiens du droit et de représentants des plus hautes instances européennes » *Cf.* déjà F. CAFAGGI, « The making of European Private Law : governance design », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 289 s. et not. p. 351 : « The governance of EPL in the long run may however require specialized institutions. The necessity of a European Law institute is emerging. Its governance and activity should parallel the work on harmonization currently under way. It should coordinate the implementation of EPL at national level, it should contribute to monitoring, to detecting divergences to assessing distortions and to proposing adjustments. It should represent the national legal and economic institutions in particular European legal professions, fostering the creation of a more cohesive European legal community. » Comp. M.-W. HESSELINK, « The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law », *Tulane Law Review*, 2010, vol 83, p. 919 et s. ; Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/10, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1270563>, p. 971 : « An ELI and a WikiCFR should be good ways of including stakeholders in the process. »

[3040] *Cf.* M. MERCIER, Discours d'ouverture - Congrès fondateur de l'Institut européen du droit, Paris, Université Panthéon-Assas, mercredi 1er juin 2011 », disponible sur : <www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/_2__Michel_Mercier.pdf>, p. 4 : « Je suis profondément convaincu que l'institut européen du droit peut être ce médiateur – qui contribuera à l'émergence d'un espace politique européen plus fort. »

[3041] Comp. J. A. L.STERLING, « International Codification of Copyright Law : Possibilities and Imperatives », Part one, *IIC*, 2002, p. 270 s. et not. p. 291 : « Possibly it will be practical to consider the initial formulation of a draft Code

De même, l'élaboration d'un instrument doctrinal préparatoire au sein d'une entité supranationale *a priori* « indépendante »[3042], telle que l'IED, conférerait une dimension purement européenne à la démarche. Ceci constituerait *a priori* un gage d'objectivité et d'impartialité lors de la détermination du contenu de l'instrument[3043]. Ajoutons que l'Institut européen bénéficie du support institutionnel de la part des organes de l'Union européenne, ce qui est important pour le support politique de l'instrument préparé[3044]. En effet, sa création a été encouragée par la Commission européenne, en tant que mesure appropriée en vue de mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens, dans le cadre de la mise en œuvre du Programme de Stockholm[3045]. Ceci étant, il constitue un forum dont la légitimité politique est assurée.

---

by interested international experts, the versions of the draft being made available for international comment, as above mentioned, on an Internet website. » ; M.-W. HESSELINK, « The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law », *Tulane Law Review*, 2010, vol 83, p. 919 et s. ; Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/10, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1270563>, p. 961 : « An even better idea might be to launch a Wiki version of the CFR on the Internet. […] Such a WikiCFR would fit very well with the European Commission's aims to be closer to the citizen. It would also fit well with the academic drafters' explicit appeal for comments. »

[3042] En ce sens voir N. JANSEN, « The authority of an academic 'Draft Common Frame of Reference' », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 146 et s. et not. p. 167, note n° 114. *Cf.* V. REDING, « The European Law Institute – Tracing the Path towards a European Legal Culture », Opening of the European Law Institute, Vienna, 17 November 2011, SPEECH/11/764 p. 4 : « As you are in your start-up phase, it is only natural that you are still exploring which research projects to engage first. You will make your choices in full independence of course. If you allow me, I would still like to mention some of the areas where the European Commission would welcome your analysis and suggestions. »

[3043] Comp. S. GRUNDMANN, « The role of competition in the European codification process », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 36 et s. et not. p. 55, parlant de « cartels of opinion ».

[3044] Comp. en ce sens, M.-W. HESSELINK, « The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law », *Tulane Law Review*, 2010, vol 83, p. 919 et s. ; Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/10, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1270563>, p. 960 : « Ideally, such an institute would be founded, or at least sponsored, by the European Union. This would confirm the European Union's continued interest in the project and would allow for a higher degree of accountability. Indeed, if there is going to be an ELI, it is important that this should not remain an entirely private enterprise.» ; H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, Ch. H. GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER, R. ZIMMERMANN, « The Common Frame of Reference for European Private Law- Policy Choices and Codification Problems », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28, n° 4, 2008, pp. 659-708, not. p. 708, à propos de l'amelioration du DCFR au sein d'un Institut européen du droit : « In view of the inevitable link between scholarship and politics within this process-so much has already become evident from the discussions concerning the present Draft-an institution will have to be established with an incontestable legitimacy both on an academic and political level : an institution which can be charged with the responsibility of channeling and guiding the discussions surrounding the CFR. »

[3045] Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions, *Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens*, Plan d'action mettant en oeuvre le programme de Stockholm, Bruxelles, le 20.4.2010, COM(2010) 171 final, p. 9 : « L'instauration d'une culture européenne commune dans ce domaine, grâce à des programmes de formation et d'échange de type «Erasmus», ainsi que d'un *institut du droit européen*, sur la base des structures et réseaux existants, pourrait se révéler très utile à cet égard et sera vivement encouragée. » ; V. REDING, « A European Law Institute : an Important Milestone for an Ever Closer Union of Law, Rights and Justice », discours à l'Institut universitaire européen, Florence, 10 April 2010, Réf. SPEECH/10/154, date, 10/04/2010. L'inauguration de l'Institut du droit européen et l'ouverture de ses travaux ont été également saluées par la Commission, Commission Européenne, La commission européenne salue la fondation de l'Institut européen du droit, Communiqué de Presse de la commission, IP/11/666 ; V. REDING, « The European Law Institute – Tracing the Path towards a European Legal Culture », Opening of the European Law Institute, Vienna, 17 November 2011, SPEECH/11/764, p. 2 : « The European Commission has woleheartedly supported this project from the beginning. »

626.- Il semble ainsi opportun que l'instrument préparatoire non contraignant soit élaboré sous les auspices de l'Institut européen du droit[3046]. L'adoption d'un Instrument de l'IED en matière de droit des contrats d'exploitation (*ELI Principles of Exploitation contracts of IP rights*)[3047] est donc recommandée[3048].

B.- Une étape exécutive : Formaliser l'acquis.

627.- La destination finale de l'acquis commun véhiculé par l'instrument préparatoire est celle d'être formalisé par un instrument juridique applicable au sein de l'Union européenne. L'objet du présent paragraphe est le choix de l'instrument juridique susceptible de formaliser le contenu de l'instrument préparatoire et de le transposer en droit applicable européen et donc à destination des cocontractants. Si plusieurs options sont envisageables (1°), il semble qu'un type d'instrument soit le plus approprié (2°).

1°.- Les options envisageables.

628.- La gamme des instruments envisageables. Le choix d'un instrument juridique présuppose leur présentation préalable. Nous pouvons distinguer deux types d'instruments envisageables : les instruments typiques et les instruments atypiques. Les instruments typiques sont expressément prévus à l'article 288 TFUE. Il s'agit des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis. En revanche, les instruments atypiques se trouvent hors la

[3046] Pour une proposition similaire, concernant les projets d'européanisation du droit des contrats à travers l'adoption d'un instrument optionnel, voir W. DORALT, « The Optional European Contract Law and why sucess or failure may dépend on scope rather than substance », *Max Plank Private Law Research Paper*, n° 11/9, disponible sur : <ssrn.com/abstract=1876451>, p. 24 : « Assessing long term impact of an optional European contract law, suggesting improvements and complementing the efforts of law makers through independent advice could be a task for the newly founded European Law institute (ELI) recently inagurated in Paris. »

[3047] Rappr. A. OHLY, « The quest for Common Principles of European Intellectual Property Law- Useful, Futile, Dangerous ? » *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 3 et s. et not. p. 6 : **«** Nobody seems to have tried to draft European Principles of Intellectual Property Law yet. »

[3048] Rappr. A. OHLY, « The quest for Common Principles of European Intellectual Property Law- Useful, Futile, Dangerous ? » *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 3 et s., p. 6 : « On the one hand one could follow the example given by the research groups on European private law referred to above or the example of the American Law Institutes restatements and *draft rules* for areas not yet covered by the existing EU directives. » Ajoutons, que ces principes pourraient faire l'objet d'une Recommandation de la Commission, ce qui préparerait la voie pour l'adoption de l'instrument juridique « final ». Comp. en ce sens, T. COOK, E. DERCLAYE, « An EU Copyright Code : What and How, if Ever ? », *Intellectual Property Quarterly*, n° 3, 2011, p. 259 s. et not. p. 264 : « Recommendations […] are good only as a first step, as they are non binding. […] They serve a useful purpose *in the meantime* until a Regulation is adopted. »

nomenclature officielle du droit européen[3049] et sont développés par la pratique. Il s'agit notamment des instruments optionnels (« 28e régime »/« *blue button* »[3050]) des « boîtes à outils » et d'autres instruments non contraignants[3051].

629.- Un instrument contraignant. Comme nous l'avons déjà signalé, seule une mesure contraignante serait susceptible d'atteindre les objectifs de la démarche de (re)construction envisagée[3052]. Ceci s'explique par plusieurs raisons. En effet, un instrument non contraignant tel qu'une « boîte à outils»[3053] destinée au législateur de l'UE ou une recommandation[3054] adressée aux États membres ne suffit pas *per se* pour réaliser l'objectif de rénovation des droits nationaux et d'amélioration et du fonctionnement du marché intérieur[3055]. De même, la mise en œuvre effective de ces instruments repose *a priori* sur le pouvoir discrétionnaire des instances législatives nationales ou européennes. De manière similaire, l'adoption d'un instrument optionnel[3056] véhiculant un

---

[3049] *Cf.* S. ROLAND, « Livre vert de la Commission européenne « droit européen des contrats », Remarques sur quelques difficultés d'ordre institutionnel », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 69 et s. et not. p. 69, qualifiant les livres verts d' « actes atypiques ou actes hors nomenclature ».

[3050] Sur ce point voir parmi d'autres Opinion of the European Economic and Social Comittee on 'The 28th regime-an alternative allowing less lawmaking at Community level' (own-initiative opinion), 2011/C 21/05, JO, C 21/26.

[3051] Comp. B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, disponible sur: <www.ivir.nl/publications/other/final-report2002.pdf>, p. 157 : « Of course, a Community initiative in this field need not necessarily be of a legislative nature. As the European Commission has indicated in its Communication on European Contract Law, various forms of 'soft' harmonisation, including the development of industry codes or standards, may present viable alternatives to legislation. »

[3052] S. VOGENAUER, « Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law ? », *ERCL*, Vol. 6, n° 2, 2010, p. 143-183 et not. p 153 : « Obviously, the question of bindingness is intimately linked to the purposes of the instrument. »

[3053] En fait, une boite à outils ne pourrait être que non contraignante, en ce sens, S. VOGENAUER, « Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law ? », *ERCL*, Vol. 6, n° 2, 2010, p. 143-183 et not. p. 153 : « [T]he toolbox cannot be anything but non-binding ».

[3054] V. en faveur de l'adoption d'une recommandation en matière de droit européen des contrats M. MELI, « The common Frame of Reference and the relationship between national law and European law », *ERCL*, 2/2011, p. 229 et s. et not. p. 234. Rappr. aussi F. GOTZEN, « The European Legislator's Strategy in the Field of Copyright Harmonization », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 43 s. et not. p. 54, pour qui le Code européen du droit d'auteur devrait prendre la forme d'une Recommandation. Cependant, la Recommandation en question, selon cet auteur, présenterait une nature particulière : « In the first section, it would be of a fully binding nature, being a Regulation that replaces parts of national copyright. In the second section, the Code would contain a set of European rules existing in parallel with national, but for the most part harmonised copyright texts. »

[3055] Comp. Livre vert, option 3a ; Ch. TWIGG-FLESNER, « Good-Bye Harmonization by Directives, Hello Cross-Border Only Regulation? - A Way Forward for EU Consumer Contract Law », (February 24, 2011), *European Review of Contract Law*, Vol. 7, No. 2, 2011, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1786692>, p. 2.

[3056] Certes, nous ne pouvons pas négliger la préférence des institutions européennes en faveur d'un instrument optionnel en matière de droit des contrats. Sur ce point v. H. SCHULTE-NÖLKE, « The way forward in European consumer contract law : optional instrument instead of further deconstruction of national private laws », *in* Ch. TWIGG-FLESNER (sous dir. de), *The Cambridge Companion to EuropeanUnion Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 131 s. ; C. AUBERT De VINCELLES, A. DANIS-FATOME, O. DESHAYES, L. USUNIER, « Pour un instrument optionnel de droit des contrats limité aux ventes à distance transfrontières conclues entre professionnels et consommateurs. », *RDC*, octobre 2011, n° 4, p. 1426 s, ; J. BASEDOW, « European Contract Law- The Case for a Growing Optional Instrument », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e edition, Sellier – De Gruyter, 2011, pp. 169-170, *passim* ; G. LOW, « *Unitas via Divesritas*. Can the Common European Sales Law Harmonize through Diversity ? », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 1, 2012, p. 132 et s. et not. p. 134, parlant de « growing aversion to traditional methods of harmonization » ; [AUBERT de VINCELLES C., « Double harmonisation du droit européen des contrats : instrument optionnel et directive cadre »,

régime européen facultatif[3057], en raison effectivement de son caractère optionnel, laisserait intacts les droits nationaux et risquerait d'être inefficace[3058]. Or, en l'absence de remplacement des droits

---

RTD eur., 2011, p. 621, n° 5 et *idem*, « Réponses au livre vert sur le droit européen des contrats », *RTD eur.*, 2011, p. 615, n° 2 se référant à un changement de politique quant à la méthode d'harmonisation qui consiste à la préférence « d'un règlement instituant un instrument optionnel. » Dans le même sens, déjà, J. SCOTT, D. TRUBEK, « Mind the gap : Law and new approaches to governance in the European Union », *ELJ*, n° 8, 2002, p. 1, qualifiant de « new old governance » (NOG) les instruments issus d'un processus législatif qui produisent des normes non contraignantes. Ce changement de politique d'harmonisation, déjà apparent avec la proposition de Règlement instituant un instrument optionnel, était déjà annoncée par Mme Reding : « [w]e have gone through the limits of the full harmonisation [policy] and we must try […] a différent way. », EurActiv, « Commission to test 28th Régime for online sales law », 10 octobre 2011, disponible sur : <www.euractiv.com/consumers/commission-test-28th-regime-online-sales-law-news-508220?> ; Opinion of the European Economic and Social Comittee on 'The 28th regime-an alternative allowing less lawmaking at Community level' (own-initiative opinion), 2011/C 21/05, JO, C 21/26, not. p. 31 et s., présentant les domaines juridiques susceptibles d'être couverts par des instruments optionnels. Sur la préférence des Institutions vers un instrument optionnel, v. not. G. LOW, « *Unitas via Divesritas.* Can the Common European Sales Law Harmonize through Diversity ? », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 1, 2012, p. 132 et s. et not. p. 134 et les références officielles citées.

De même, la doctrine a souvent démontré sa préférence pour un instrument optionnel en matière de droit européen des contrats. V. à titre indicatif, B. KOHL, « Rapport de synthèse. Les contrats spéciaux dans l'harmonisation du droit européen des contrats », *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 207 s. et not. p. 213 ; J. SMITS, « The Common European Sales Law (CESL) beyond Party Choice », disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=2039345>, p. 4 : « the fundamental choice to create an optional regime should be met with enthusiasm. » ; J. SMITS, « Optional Law : A Plea for Multiple Choice in Private Law », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n° 4, 2010, pp. 347-352 ; M. MELI, « The common Frame of Reference and the relationship between national law and European law », *ERCL*, 2/2011, p. 229 et s. et not. p. 232 ; O. DESHAYES, « L'option « hybride » : l'instrument optionnel de droit des contrats (option 4) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 101 et s. et not. p. 112, pour qui il serait envisageable de concevoir plusieurs instruments optionnels, un par type de contrat ; J. HERRE, « The Common Frame of Reference as a basis for future harmonisation of the law of sale and lease of goods », *in* J. KLEINEMAN, *A common frame of reference for European contract law, Stockholm Centre for Commercial Law, Actes du colloque du 23-24 octobre 2009*, Jure, 2011, p. 79 s., et not. p. 90, proposant l'élaboration d'un ou plusieurs instruments optionnels en matière des contrats des affaires ; à propos des contrats d'assurance, J. BASEDOW, « The Optional Application of the Principles of European insurance Contract Law », *in European Contract Law, Era Forum Spécial Issue 2008*, n° 9, supplément n° 1, septembre 2008, p. S111 s. et not. p. S115 s. : « Therefore, the future work of the Community in this area must be directed towards the elaboration of such an optional European Insurance Act. »= J. BASEDOW « The Common Frame of Reference and Insurance Contract Law », *in* K. BOELE-WOELKI, W. GROSHEIDE, *The future of European contract law*, Wolters Kluwer, 2007, p. 149 s., not. p. 158. *Adde* à propos des contrats d'exploitation R. M. HILTY, « An Optional European Contract Law instrument (« 28th Model ») : « Intellectual Property », *Rabels* Zeitschrift, 2/2012, pp. 339-373 ; O. LANDO, « A Plea for a Binding Instrument », *in* J. KLEINEMAN, *A common frame of reference for European contract law, Stockholm Centre for Commercial Law, Actes du colloque du 23-24 octobre 2009*, Jure, 2011, p. 91 s., et not. p. 91 : « For the time being the Optional Instrument should comprise only […] the most important specific contracts : Services and distribution contracts (agency, distributionship and franchising), and maybe *also license contracts.* » ; à propos d'un Code civil européen, v. B. FAUVARQUE-COSSON, « The Need for Codified Guiding Principles and Model Rules in European Contract Law », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 73 s. et not. p. 79.

Cependant, selon un sondage, le remplacement des droits nationaux est un choix légèrement préférable par rapport à l'adoption d'un instrument optionnel, D. STAUDENMAYER, « European Contract Law-What Does It Mean and What Does It Not Mean ? », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 235 et s. et not. p. 236 : « Three options had been given in the questionnaire for the way in which to achieve such results : a more uniform implementation and application of existing EU law (38% of positive answers) ; an optional European contract law which would run parallèle to existing national contract laws (28%) ; and replacing national contract laws with a European contract law (30%). »

[3057] Il est significatif que dernièrement la proposition de l'adoption d'un Règlement véhiculant un régime optionnel devienne de plus en plus fréquente en doctrine. V. par exemple, Ch. TWIGG-FLESNER, « Good-Bye Harmonization by Directives, Hello Cross-Border Only Regulation? - A Way Forward for EU Consumer Contract Law », (February 24, 2011), *European Review of Contract Law*, Vol. 7, No. 2, 2011, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1786692> ; O. LANDO, « On a European Contract Law for Consumers and Businesses- Future Perspectives », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 203 et s. et not. p. 214 : « In the short term I envisage ECL as a Regulation, an opt-in Instrument for domestic and cross border b2b and b2c contracts. » Comp. l'idée de l'adoption d'un Règlement instituant un titre unitaire de droit d'auteur (optionnel), v. *supra* n° 3073. Le règlement a été proposé aussi en tant que moyen d'unification des droits d'auteur nationaux dans leur ensemble, v. par exemple K.-N. PEIFER, « A legal view of selected aspects and the development of Digital Europe »,

nationaux à travers l'adoption d'une « législation centralisée »[3059], la rénovation comme le rapprochement envisagé des droits nationaux ne pourraient pas être assurés. Par ailleurs, seule l'adoption d'une législation-cadre européenne serait susceptible d'assurer la cohérence[3060], la simplicité et la systématisation du droit des contrats d'exploitation[3061].

630.- Règlement vs. Directive. D'après la nomenclature de l'article 288 TFUE, deux types d'instruments contraignants sont envisageables, à savoir, le Règlement (obligatoire[3062]) et la Directive[3063]. Il est connu que l'effet juridique des ces instruments est différent selon le cas. D'un côté, le Règlement (obligatoire) établit un régime européen uniforme et directement applicable. De l'autre côté, la Directive véhicule un régime européen qui doit être transposé par les États membres au sein de leur régime juridique. La Directive mène ainsi à l'harmonisation ou au rapprochement des régimes juridiques nationaux. L'harmonisation présente plusieurs degrés. Elle peut être douce (harmonisation minimale ; *a minima*), lorsque une marge de liberté est laissée aux États par le biais de la transposition[3064]. En revanche, elle peut aboutir à l'uniformisation[3065] (harmonisation

---

GrurInt. 2010, p. 671 s. et not. p. 675 : « This, however, does not speak against a regulation as a harmonisation tool also for copyright law. » Voir aussi *infra* note n° 3074.

[3058] Comp. en ce sens C. AUBERT De VINCELLES, « Acquis européen, cadre commun de référence et proposition de Directive européenne au droit des consommateurs : quelle place pour les contrats spéciaux ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 53 s. et not. p. 70.

[3059] M. REINMAN, D. HALBERSTAM, « Top-Down or Bottom-Up ? A Look at the Unification of Private Law in Federal Systems », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, The *Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 363 s. et not. p. 377 : « [B]road scale private law unification normally does not happen without central legislation. »

[3060] Comp. E. DERCLAYE, « By way of conclusion : what next ? », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, EE, 2009, p. 614 s. et not. p. 615 : « Of course additional and proper harmonization where it is needed can only bring more legal certainty, more transparency and ease in the application and respect for the law by copyright holders and users alike, and probably also reduce costs. »

[3061] Sur les mérites d'une législation-cadre, v. H. SCHULTE-NÖLKE, F. ZOLL, « Structure and Values of the Acquis Principles : New features and their possible use for political purposes », *in* Research Group on the existing EC Private Law, *Acquis Principles, Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services)*, Sellier, 2009, p. xxiii et s. et not. p. xxx : « Only a real horizontal framework directive could achieve the aim of a more coherent EC law and a better interplay with national laws. » ; R.-M. HILTY, « Intellectual property and the European Community's Internal Market Legislation-Copyright in the Internal Market », *IIC*, 2004, p. 760 s. et not. p. 774 : « However, if the European legislature did so, it would by no means be assured that the requirements and specific problems of the internal market could be solved solely by means of framework legislation to harmonise national laws. »

[3062] Un Règlement obligatoire se distingue d'un Règlement établissant des instruments optionnels. Sur ce point v. B. FAUVARQUE-COSSON, M. BÉHAR-TOUCHAIS, *La mise en œuvre des instruments optionnels dans le domaine du droit civil européen*, étude réalisée par Trans Europe Experts devant le Parlement Européen, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documentss/juri/dv/pe462425_/pe462425_fr.pdf>, p. 35 : « On peut désormais considérer qu'il existe, dans le droit de l'Union, deux types de règlements : les règlements obligatoires que chaque juge de chaque état membre doit appliquer et les règlements établissant des instruments optionnels. »

[3063] L'adoption de Règlements et des Directives corresponde à la « méthode communautaire classique » d'européanisation, v. J. SCOTT, D. TRUBEK, « Mind the gap : Law and new approaches to governance in the European Union », *ELJ*, n° 8, 2002, p. 1 et not. p. 1 : « Notable in this respect, is the tendency for the Classic Community Method to give rise to binding legislative and executive acts at the EU level, and for these to impose more or less uniform rules for all member states. »

[3064] Sur ce marge de liberté, v. par exemple, C. AUBERT DE VINCELLES, « Les options « contraignantes » du livre vert (options 5, 6 et 7) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 115 et s. et not. p. 116. Pour Mme Zolynski l'harmonisation minimale n'établit qu'une obligation de compatibilité avec la directive, v. C. ZOLYNSKI, *Méthode de transposition des directives communautaires. Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 2007, n° 189 et s.

maximale ou totale), lorsque les États ne peuvent prévoir des règles différentes de celles de la directive[3066].

631.- Trois options d'européanisation contraignante sont ainsi envisageables à savoir l'harmonisation minimale, l'harmonisation maximale (totale) et l'uniformisation du droit des contrats d'exploitation en Europe.

2°.- Le choix retenu.

632.- Parmi les options d'européanisation contraignante envisageables, l'harmonisation maximale par voie de Directive semble la plus pertinente[3067].

En effet, d'une part, le choix d'harmonisation minimale, à travers l'adoption d'une Directive *a minima*, présente plusieurs inconvénients[3068]. Ainsi, l'exercice du pouvoir (discrétionnaire) des États membres lors de la transposition de la Directive au sein des ordres juridiques nationaux aboutirait à de nouvelles fragmentations au niveau européen[3069]. En effet, la liberté des États membres de décider leurs propres options concernant la transposition du contenu de la Directive mènerait à une européanisation à géométrie variable[3070]. Ceci serait contraire, bien entendu, à l'objectif de cohérence du droit des contrats d'exploitation envisagée au niveau européen[3071]. De

---

[3065] *Cf.* J. HUET, « Le scandale de l'harmonisation totale », *RDC*, 01 juillet 2011, n° 3, p. 1070, n° 8, qualifiant une directive emportant harmonisation totale de « crypto-règlement », *ibidem*, note n° 5, sur la dilution de la notion de directive ; J. ROCHFELD, « Les ambigüités des directives d'harmonisation totale : la nouvelle répartition des compétences communautaire et interne », *D.*, 2009, p. 2047.

[3066] Sur ce point, v. par exemple Ch. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law : current controversies in law*, Routeledge-Cavendish, 2008, p. 40 s. Cependant, il y a la possibilité de prévoir l'option pour les États membres de ne pas adopter une règle particulière.

[3067] *Contra* S. Von LEWINSKI, « Copyright Contracts », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law* : *challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 241 s. et not. p. 256 : « I do not see an urgent need to fully harmonize rules on contracts regarding authors' rights and related rights. »

[3068] Sur les problèmes de l'harmonisation minimale par Directives v. Ch. TWIGG-FLESNER, « Good-Bye Harmonization by Directives, Hello Cross-Border Only Regulation? - A Way Forward for EU Consumer Contract Law », (February 24, 2011), *European Review of Contract Law*, Vol. 7, No. 2, 2011, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1786692>, pp. 3-4.

[3069] V. par exemple E. TERRYN, *The Common frame of Reference : an optional instrument ?*, note n° PE 425.611, Parlement Européen, DG politique intérieur, avril 2010, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201004/20100430ATT73925/20100430ATT73925EN.pdf>, p. 7.

[3070] C'est le phénomène de la déseuropéanisation due à l'adoption des Directives.

[3071] Comp. en ce sens, G. ALPA, « The Future of European Contract Law : Some Questions and Some Answers », *in* K. BOELE-WOELKI, W. GROSHEIDE, *The future of European contract law*, Wolters Kluwer, 2007, p. 3 et s. et not. p. 15 : « Faced with the dilemma of choosing the minimum or maximum level-with respect to which national options are greatly reduced and, above all, the putting into effect of Directives is fairly rigid- I believe that we should begin maximum, strict harmonization. Only in this way can we render the provisions in the text, their interpretation, the uniformity of conduct and practices and the resolution, arbitration of conciliation of legal cases as homogenous as possible. » A propos de l'européanisation du droit d'auteur, v. E. DERCLAYE, « By way of conclusion : what next? », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, EE, 2009, p. 614 s. et not. p. 615 : « Of course additional and proper harmonization where it is needed can only bring more legal certainty, more transparency and ease in the application and respect for the law by *copyright* holders and users alike, and probably also reduce costs. » et *ibidem* note n° 6 : « especially if it is done by way of a Regulation and if done by way of Directives if

même, l'efficacité du dispositif à extraire les obstacles au bon fonctionnement du marché dus à la diversité juridique serait certainement réduite[3072].

D'autre part, le choix de l'uniformisation du droit des contrats d'exploitation par le biais de l'adoption d'un Règlement devrait également être exclu[3073]. Certes, à cause de son caractère uniforme, un Règlement serait susceptible d'assurer de manière plus efficace la consistance d'un cadre juridique européen par rapport à une Directive emportant harmonisation minimale[3074].

---

those Directives *do not leave options* to Member States. » À propos de l'européanisation par Directives en droit des consommateurs, v. Commission Européenne, Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, 1.7.2010, COM(2010) 348/3, option 6 : « L'acquis existant en matière de contrats de consommation illustre d'ailleurs les limites des directives d'harmonisation a minima dans la réduction des disparités réglementaires. » ; Ch. TWIGG-FLESNER, « Good-Bye Harmonization by Directives, Hello Cross-Border Only Regulation? - A Way Forward for EU Consumer Contract Law », (February 24, 2011), *European Review of Contract Law*, Vol. 7, No. 2, 2011, disponible sur SSRN: <ssrn.com/abstract=1786692>, p. 6 : « whilst approximation by directive has removed some of the more immediate variations between national laws, it certainly has not created a clear and coherent single legal framework for consumer transactions in the internal market. » *Adde* Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil, relatif à un droit commun européen de la vente, 11.10.2011, COM(2011) 635 final, 2011/0284 (COD), {SEC(2011) 1165 final} {SEC(2011) 1166 final}, p 11 : « En outre, une directive fixant les normes minimales d'un droit européen des contrats obligatoire ne serait pas appropriée car elle n'assurerait pas le degré de sécurité juridique et d'uniformité nécessaire pour diminuer les coûts de transaction. » *Cf.* Commission Européenne, Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, 1.7.2010, COM(2010) 348/3, Option 6 : « Cependant, l'harmonisation par la voie de directives fondées sur une harmonisation a minima n'aboutirait pas nécessairement à une application et une interprétation uniformes des règles. »

[3072] Voir en ce sens, J. STUYCK, « Enforcement and Compliance : An EU Law Perspective », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 513 s. et not. p. 516 : « With regard to the method of legislation at the EU level, the case law of the Court suggests another possible limit of Article 114 TFUE : minimum harmonization might not sufficiently serve the objective of Article 114 TFUE in that Member States are free to maintain measures that would prevent the realization of a genuine internal market. » ; Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law*, comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final, disponible sur <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/247_en.pdf>, n° 66, p. 20, à propos de l'adoption d'une Directive *a minima* en matière de droit européen des contrats : « The adoption of a minimum-harmonisation directive on a comprehensive European contract law would therefore be neither effective for fostering the internal market nor desirable from the perspective of the market participants. »

C'est pourquoi il y a un intérêt grandissant pour l'harmonisation maximale par voie des directives. En ce sens, Ch. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law: current controversies in law*, Routeledge-Cavendish, 2008, p. 42, à propos des directives en matière de droit des consommateurs : « The bulk of the directives on consumer protection were adopted as minimum harmonisation directives, but in view of the continuing variation in the domestic consumer laws and the perceived obstruction to the smooth operation of the internal market, this may cause, there is now a trend towards maximum harmonization (or targeted full harmonisation). » ; K. LILLEHOLT, « European Private Law : Unification, Harmonisation or Coordination ? », *in* R. BROWNSWORD, *et al.*, The *Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 353 s. et not. p. 355 ; A. JOHNSTON, H. UNBERATH, « European private law by directives : approach and challenges » *in* Ch. TWIGG-FLESNER (sous dir. de), *The Cambridge Companion to EuropeanUnion Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 85 s. et not. p. 88 ; J. SENECHAL, « Quels contrats spéciaux pour quels futurs instruments en droit européen des contrats ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 17 s. et not. p. 22.

[3073] *Contra* à propos du droit contractuel d'auteur, A. STROWEL, « European copyright : beyond the additions made by the European Court of Justice, some pieces are still missing » *in* M.-C. JANSSENS (sous dir. de), *Harmonisation of European IP law : from European rules to Belgian law and practice. Contributions in honour of Frank Gotzen*, Bruylant-Larcier, 2012, p. 73 s. et not. p. 90 : « The difficulty of pan-European licensing and the harmonisation of copyright contract rules could probably be best addressed through an EU Copyright Regulation. »

[3074] V. en ce sens, Ch. TWIGG-FLESNER, « Good-Bye Harmonization by Directives, Hello Cross-Border Only Regulation? - A Way Forward for EU Consumer Contract Law », (February 24, 2011), *European Review of Contract Law*, Vol. 7, No. 2, 2011, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1786692>, p. 7 citant MONTI : « Regulation brings the advantages of clarity, predictability and effectiveness. » et *ibid.* p. 7, citant Commission, A Europe of results-applying community law, COM 2007, 502 final, n° 12 : « replacing directives with regulations can, when legally possible and politically acceptable, offer simplification as they enable immediate application and can be directly invoked before courts by interested parties. » *Adde* T. COOK, E. DERCLAYE, « An EU Copyright Code : What and How, if Ever ? », *Intellectual Property Quarterly*, n° 3, 2011, p. 259 s. et not. p. 263, à propos de l'introduction d'un

Cependant, à défaut de besoin de transposition en droit interne, un Règlement remplacerait[3075] les droits nationaux sans être impérativement intégré au sein des législations nationales[3076]. Ceci menacerait la lisibilité et l'accessibilité des droits nationaux de la propriété intellectuelle. De même, le choix d'un Règlement pourrait être exclu en vertu de l'application du principe de proportionnalité, dès lors que l'objectif et les effets de l'uniformisation pourraient être assurés également par une Directive entrainant une harmonisation maximale[3077]. Effectivement, le choix d'une Directive emportant harmonisation maximale et transposée au sein des droits nationaux permettrait l'établissement d'une législation-cadre pour le droit des contrats d'exploitation suffisamment uniforme (*one single set of rules*) au niveau européen[3078].

Règlement en matière de droit d'auteur : « A Regulation will at the same time reduce a great many types of costs as well as legal uncertainty and as the Commission paper mentions it, increase transparency. » ; favorable aussi B. HUGENHOLTZ, « Copyright in Europe : twenty years ago, today and what the future holds », *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 2013, p. 503 s. et not. p. 523 ; E. ROSATI, « Towards an EU-wide copyright ? (Judicial) pride and (legislative) prejudice », *Intellectual Property Quarterly*, 2013, 1, pp. 47-68. Comp. R.-M. HILTY, « Reflections on a European Copyright Codification », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law* : *challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 355 s. et not. p. 361 : « [I]f further harmonisation should inded be feasible for other issues beyond the existing acquis communautaire, why should we then lose time by not directly implementing the agreed legal approach into a Regulation ? » *Adde* European Copyright Society, « Letter at Mr Günther Oettinger, Commissioner for Digital Economy and Society European Commission. Subject : unification of copyright law », 19 décembre 2014, disponible sur : <www.ceipi.edu/uploads/media/ECS_letter_to_Oettinger_FIN-1.pdf>, *passim*.

[3075] L'hypothèse d'un Règlement instituant un régime optionnel a été déjà écartée plus haut.

[3076] V. cependant, M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not. p. 22 : « In many Member States a legal act of some sort is required to give a Regulation full effect within the national system. »

[3077] Sur ce point v. M. Van EECHOUD, B. HUGENHOLTZ, S. Van GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking*, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s. et not. p. 21 : « Directives are less 'intrusive' and more flexible instruments than regulations because they leave the individual Member State room to decide how the legal norms are integrated in the national legal system. » *Contra* C. AUBERT De VINCELLES, « Acquis européen, cadre commun de référence et proposition de Directive européenne au droit des consommateurs : quelle place pour les contrats spéciaux ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 53 s. et not. p. 68 s., pour qui l'harmonisation totale conduit à l'insécurité juridique. Cette dernière « trouve sa source dans l'interdiction faite aux États membres d'établir une règle nationale différente, que cette règle provienne d'un droit spécial, du droit général des contrats, ou de toute législation qui pourrait avoir un lien avec le champ harmonisé. »

[3078] Comp. Ch. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law : current controversies in law*, Routeledge-Cavendish, 2008, p. 42, parlant de « European layer of contract law » ; K. LILLEHOLT, « European Private Law : Unification, Harmonisation or Coordination ? », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, The *Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 353 s. et not. p. 355 : « The point to be made here is that Union legislation of this kind leads to a radical form of unification, leaving not much more room for national variations than a regulation would have done. » V. cependant *contra* A. JOHNSTON, H. UNBERATH, « European private law by directives : approach and challenges », *in* Ch. TWIGG-FLESNER (sous dir. de), *The Cambridge Companion to EuropeanUnion Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 85 s. et not. p. 89 s. et not. p. 100, qui sont en faveur des Règlements : « Directives can be a useful Community legislative instrument where the object or target of harmonization is very limited, the subject matter and the context of the envisaged rules are complex and the differences between the legal systems of the Member States are considerable. If these conditions are not met, but the intended directive is comprehensive, a measure of full and detailed harmonization, regulation might then prove to be the better instrument of harmonization than tightly policed directives or 'concealed Regulations'. » *Adde* T. COOK, E. DERCLAYE, « An EU Copyright Code : What and How, if Ever ? », *Intellectual Property Quarterly*, n° 3, 2011, p. 259 s. et not. p. 269, en faveur de l'adoption d'un Règlement obligatoire en matière de droit d'auteur : « We think that a Regulation replacing national laws is the best way forward both in terms of form and in terms of content. » En faveur de l'unification (en matière de droit d'auteur) sans référence expresse à un Règlement ou une directive emportant harmonisation maximale, v. B. HUGENHOLTZ, « The WITTEM Group's European Copyright Code », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 339 s. et not. p. 352.

Suite à l'analyse précédente, l'adoption d'une Directive emportant harmonisation maximale semble le choix le plus pertinent. L'adoption de cette Directive pourrait être basée sur l'article 114 TFUE ou, subsidiairement, sur l'article 115 TFUE à condition que, tant les entraves au bon fonctionnement du marché unique causées par la diversité juridique qui caractérise les législations nationales en matière de contrats d'exploitation que la contribution de la mesure juridique adoptée au niveau européen pour leur élimination, soient objectivement démontrées.

633.- Certes, un tel choix n'est pas dépourvu d'inconvénients. Ceux-ci sont liés notamment au degré d'harmonisation (à vrai dire, il s'agirait d'une uniformisation)[3079] ainsi qu'à sa justification à l'égard notamment du principe de proportionnalité[3080]. Cependant, nous pensons que les résistances potentielles seraient certainement relativisées du moment que le contenu de l'instrument, issu d'un processus d'européanisation profond, réfléchi et négocié, ainsi que suggéré plus haut[3081], aurait une force convaincante importante[3082]. D'autre part, la législation commune laisserait l'espace nécessaire au traitement local des questions pour lesquelles un consensus suffisamment large n'aurait pas pu être atteint au niveau européen (*diversitas* culturelle)[3083]. Ajoutons que la prévision

---

[3079] En fait, il a pu être soutenu que l'harmonisation maximale empêche l'expérimentation juridique au niveau national, en ce sens, E. TERRYN, *The Common frame of Reference : an optional instrument ?*, note n° PE 425.611, Parlement Européen, DG politique intérieur, avril 2010, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201004/20100430ATT73925/20100430ATT73925EN.pdf>, p. 8. Il nous semble cependant préférable de placer le stade d'expérimentation dans le cadre de l'étape préparatoire, v. *supra*.

[3080] V. les développements réalisés plus haut n° 517 *sq*.

[3081] *Cf.* K. LILLEHOLT, « European Private Law : Unification, Harmonisation or Coordination ? », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, The *Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 353 s. et not. p. 361 : « Let us hope, however, that there will [be] room for coordination, not only unification, reached through cooperation, not only dictate, following open discussions based on knowledge. »

[3082] F. GOMEZ, J.-J. GANZUA, « The Economics of Private Law Harmonised Law-making : Mechanisms, Modes and Standards », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 115 s. et not. p. 122 : « What we take as essential is the engine behind the harmonization process, more than the end stage of harmonization that is actually produced. » ; H. PERINET-MARQUET, « Vers un droit européen des contrats spéciaux de service », *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 153 s. et not. 163 : « [L'harmonisation des contrats de service] doit être réfléchie et ses conséquences bien mesurées pour ne pas accroître, à terme, la masse des eurosceptiques. »

[3083] V. *supra* n° 579. Ceci pourrait être réalisé par la prévision expresse de la possibilité de dérogation par le texte de la Directive ou par renvoi exprès du texte aux législations nationales pour la précision des certains points du droit des contrats d'exploitation. Comp. sur ce point A. JOHNSTON, H. UNBERATH, « European private law by directives : approach and challenges », *in* Ch. TWIGG-FLESNER (sous dir. de), *The Cambridge Companion to EuropeanUnion Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 85 s. et not. p. 89 s.

Adde l'article 4 de la Directive 2011/83/UE du Parlement Européen et du Conseil, du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, JO L 304/64 du 22/11/2011 : « Niveau d'harmonisation. Les États membres s'abstiennent de maintenir ou d'introduire, dans leur droit national, des dispositions s'écartant de celles fixées par la présente directive, notamment des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau différent de protection des consommateurs, sauf si la présente directive en dispose autrement. » Voir cependant E. TERRYN, *The Common frame of Reference : an optional instrument ?*, note n° PE 425.611, Parlement européen, DG politique intérieur, avril 2010, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201004/20100430ATT73925/20100430ATT73925EN.pdf>, p. 8 pour qui une directive emportant harmonisation maximale « creates difficult problems of delineation (to what extent is national régulation precluded, how far does the pre-emptive effect of a maximum harmonisation directive reach ?) and therefore legal uncertainty. »

des mesures transitoires adéquates devrait être également considérée[3084]. Par ailleurs, le succès de l'adoption d'un tel instrument contraignant dépend de l'existence d'un soutien et d'un consensus politique[3085] lors de l'étape « exécutoire »[3086], car l'harmonisation maximale implique un abandon substantiel d'autonomie nationale au profit de l'Union[3087].

634.- La Directive emportant harmonisation maximale envisagée constituerait le cadre législatif substantiel commun de l'exploitation contractuelle des propriétés intellectuelles en Europe[3088]. À cette fin, si nous utilisions comme référence le schéma structurel proposé ci-dessus, la Directive en question comprendrait le régime transversal (partie générale) ainsi que les régimes sectoriels voués à être appliqués au sein d'une branche de propriété intellectuelle (partie spéciale), en d'autres termes, la théorie générale des contrats d'exploitation ainsi que les théories « propriétaires », selon

---

[3084] Comp. en ce sens, à propos de l'introduction d'un régime européen de droit d'auteur uniforme, par le biais de Règlement, qui remplacerait les droits nationaux, T. COOK, E. DERCLAYE, « An EU Copyright Code : What and How, if Ever ? », *Intellectual Property Quarterly*, n° 3, 2011, p. 259 s. et not. p. 262 et p. 263, et les références y citées : « As Hugenholtz has observed, the « introduction of [an EU] copyright would of course pose challenges in terms of enacting adéquate transitional law. […] Of course, as highlighted above, it assumes that the Regulation would replace national rights and adopt appropriate transitional measures. »

[3085] V. sur ce point F. GOMEZ, J.-J. GANZUA, « The Economics of Private Law Harmonised Law-making : Mechanisms, Modes and Standards », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 115 s. et not. p. 121 : « legal harmonization may also be the result of a political decision by a higher level of government ». En ce sens, à propos de l'adoption d'un Règlement en matière de droit d'auteur, T. COOK, E. DERCLAYE, « An EU Copyright Code : What and How, if Ever ? », *Intellectual Property Quarterly*, n° 3, 2011, p. 259 s. et not. p. 264 : « Obviously, the most difficult hurdle in adopting a Regulation, let alone a complete codification, will be political. » ; R.-M. HILTY, « Reflections on a European *Copyright* Codification », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 355 s. et not. p. 356 : « It can be admitted from past experience, it risks being difficult to find the political consensus to abandon beloved national approaches. » Rappr. J. SENECHAL, « Quels contrats spéciaux pour quels futurs instruments en droit européen des contrats ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 17 s. et not. p. 23 : « [D]'importants obstacles politiques demeurent encore à une harmonisation totale [des droits des consommateurs] ».

[3086] Comp. K. LILLEHOLT, « European Private Law : Unification, Harmonisation or Coordination ? », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, The *Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 353 s. et not. p. 361 : « In the end, the development of European private law will depend on political processes and decisions, at different levels, and that is also how things should be. »

[3087] R.-M. HILTY, « Reflections on a European *Copyright* Codification », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 355 s. et not. p. 359, à propos de l'unification du droit d'auteur : « It is unquestionable that the establishment of unitary European copyright législation would lead to a substantial loss of national autonomy, power and influence of the Member States. […] A unitary European path therefore unavoidably requires a readiness for give-and-take among all the Member States »

[3088] Comp. Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, « Réponse à la commission européenne : à propos de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », disponible sur : < http://www.henricapitant.org/sites/default/files/R%C3%A9ponse%20finale%20de%20l%27Association%20Henri%20Capitant%2031%2001%202011_0.pdf>, n° 14, p. 6, à propos des mérites de l'existence d'un Directive porteuse d'un droit commun des contrats de consommation. En faveur de l'instauration des régimes globaux par catégorie de contrats, mêlant droit commun et droit spécial, v. C. AUBERT De VINCELLES, « Acquis européen, cadre commun de référence et proposition de Directive européenne au droit des consommateurs : quelle place pour les contrats spéciaux ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 53 s. et not. p. 70. *Contra* H. PERINET-MARQUET, « Vers un droit européen des contrats spéciaux de service », *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 153 s. et not. p. 159, à propos des contrats de services : « L'action européenne devrait donc porter sur des contrats liés au service en évitant toute harmonisation générale des contrats de service. » ; R.-M. HILTY, « Reflections on a European *Copyright* Codification », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 355 s. et not. p. 370, pour qui l'adoption d'un instrument juridique distinct, relatif aux contrats d'exploitation d'auteur ne semble pas opportune, compte tenu du lien étroit entre le droit contractuel et le droit substantiel du droit d'auteur.

la branche de propriété intellectuelle concernée ainsi que les régimes des certains contrats d'exploitation spéciaux nommés. Ainsi, la Directive serait un instrument juridique essentiellement horizontal.

De même, la Directive en question constituerait le cadre de référence au développement cohérent ultérieur du droit des contrats d'exploitation ou du droit de la propriété intellectuelle dans son ensemble[3089]. En effet, la législation contenue constituerait le cadre de référence des législations spécifiques adoptées dans le futur en matière de contrats d'exploitation, telles que des Règlements établissant des titres de protection unitaires au niveau européen[3090] ou même des instruments législatifs sectoriels touchant la matière des contrats d'exploitation ou le droit substantiel de la propriété intellectuelle (par exemple, une Directive portant sur la gestion collective du droit d'auteur).

Ajoutons que cette Directive pourrait constituer le cadre de référence pour l'élaboration des différents contrats-types[3091] ou clauses-types[3092] d'origine européenne, afférents aux contrats

---

[3089] En ce sens, à propos d'une Directive cadre en matière de droit des consommateurs qui constituerait un « réservoir législatif » des définitions et des règles générales qui seraient utilisées lors de l'adoption d'un instrument juridique spécifique, v. H. SCHULTE-NÖLKE, « The way forward in European consumer contract law : optional instrument instead of further deconstruction of national private laws », *in* Ch. TWIGG-FLESNER (sous dir. de), *The Cambridge Companion to EuropeanUnion Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 131 s. et not. p. 140 : « A general framework directive, as it is understood here, would be a piece of legislation to which other directives could refer.» Comp. aussi H. SCHULTE-NÖLKE, F. ZOLL, « Structure and Values of the Acquis Principles : New features and their possible use for political purposes », *in* Research Group on the existing EC Private Law, *Acquis Principles, Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services)*, Sellier, 2009, p. xxiii et s. et not. p. xxx : « Only a real horizontal framework directive could achieve the aim of a more coherent EC law and a better interplay with national laws. Such a framework directive would contain a sort of general part of European contract law, which might look like the general parts of The ACQUIS principles. The general parts of a real framework directive would not be an applicable law as such. They would not have their own field of application. But they would provide a framework for specific legislation […] A horizontal framework directive in that sense would serve as a reservoir of norms for individual specific directives. Instead of having a dozen sets of diverging vertical rules on the exercise and affects of withdrawal, the specific directives should simply refer to the horizontal directive thus making the uniform horizontal rules applicable for a certain specific field of regulation. This approach would lead to both leaner specific directives and more coherency within the acquis. [..] Such a framework directive even though it is principally not applicable by its own virtue would have a different character as just a mere non-binding toolbox. A framework directive would be part of the applicable law because in all cases where sector specific directives activate the framework directive, the same general parts would be applicable. »

[3090] Comp. la fonction de cadre de référence de la Directive horizontale 2004/48 pour le Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection par brevet unitaire, Bruxelles, le 13.4.2011, COM(2011) 215 final, v. considérant n° 13 : « Le régime applicable aux dommages-intérêts devrait être régi par le droit des États membres participants, en particulier les dispositions mettant en œuvre l'article 13 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle. »

[3091] Sur ce point v. à propos des contrats d'auteur, A. DIETZ, « La réforme législative allemande du 22 mars 2002. Maigres perspectives européennes », *in* F. LABADIE, F. ROUET (sous dir, de), *Travail Artistique et économie de la création, Ministère de la culture et de communication*, collection Questions de culture, 2008, p. 159 et s. et not. p. 169 : « On pourrait peut-être recommander, avec Lucie Guibault et Bert Hugenholtz, que la Commission européenne favorise la signature de contrats types entre auteurs et artistes interprètes d'une part et éditeurs, radiodiffuseurs et producteurs, d'autre part. » B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, mai 2002, disponible sur <www.ivir.nl/publications/intellectual-property.html>, recommandation n° 2, à propos de l'idée de créer des contrats types à l'échelle européenne. *Adde* la Resolution du Parlement européen du 8 juin 2011 (2011/2013(INI), point 5), se plaçant en faveur, parmi d'autre de la création de « modèles des contrats européens types traduits dans toutes es langues de l'Union, cité par B. MALLET-BRICOUT, « Les contrats de représentation ont-ils vocation à intégrer un futur cadre commun de référence ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 165 s. et not. p. 165.

d'exploitation spéciaux nommés. Ces contrats-types européens seraient mis à la disposition des parties et trouveraient toute leur utilité dans le cadre des contrats d'exploitation transfrontiers. Ces instruments juridiques *ad hoc* pourraient être véhiculés par des instruments optionnels dont la portée serait limitée à un type de contrat d'exploitation transfrontière, plus ou moins spécial.

635.- En somme, l'acquis commun véhiculé par l'instrument préparatoire de l'IED serait idéalement formalisé par l'adoption d'une Directive-cadre horizontale, emportant une harmonisation maximale au niveau européen et de différents contrats-types de contrats d'exploitation spéciaux nommés proposés aux parties.

[3092] Ch. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of contract law* : *current controversies in law*, Routeledge-Cavendish, 2008, pp. 142-143 : « EU-wide Standard Contract Terms ». Plus récemment, v. V. REDING, « The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers », Speech/11/411, Leuven, 3 juin 2011, disponible sur : <ec.europa.eu/commission_2010-2014/reding/pdf/speeches/speech_leuven_en.pdf>, *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 9 et s. et not. p. 19 : « We also will need to complement the optional instrument by model clauses for other contracts and situations which will not be covered by the optional instrument. The European Parliament is rightly underlining this aspect. » Comp. sur ce point, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, « Réponse à la commission européenne : à propos de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », disponible sur : < http://www.henricapitant.org/sites/default/files/R%C3%A9ponse%20finale%20de%20l%27Association%20Henri%20Capitant%2031%2001%202011_0.pdf>, n° 25, p. 11 s., proposant l'adoption d'un règlement instituant des clauses types.

Conclusion de la Section 2.

636.- En fonction de l'analyse précédente, l'européanisation envisagée dans le cadre du projet de la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation devrait avoir pour objectif l'élaboration d'un véritable droit européen des contrats d'exploitation. Un tel droit appelle à la production d'un acquis conceptuel commun, première étape vers l'amorce d'une culture juridique commune dans cette matière juridique. Dans le cadre d'une telle européanisation profonde, la mise en œuvre d'un processus dialectique et progressif semble indispensable. Il en découle le besoin de diviser le processus d'européanisation en deux étapes : une étape préparatoire, visant la production de l'acquis commun en matière de contrats d'exploitation et une étape « exécutive », dont l'objectif est de formaliser l'acquis produit au sein de l'étape précédente.

Plus concrètement, l'étape préparatoire susvisée aurait pour objectif l'élaboration d'un instrument préparatoire. Ce dernier serait idéalement élaboré de manière négociée au sein de l'Institut Européen du Droit. Par la suite, les « *ELI Principles* » du droit des contrats d'exploitation seraient transformées en droit applicable, dans le cadre d'une seconde étape « exécutive », qui aurait pour objectif l'adoption d'une Directive-cadre horizontale, emportant harmonisation maximale en matière de contrats d'exploitation, et l'élaboration de différents contrats-types de contrats d'exploitation spéciaux nommés proposées aux parties (voir *infra* l'Annexe 2).

Conclusion du Chapitre II.

637.- Au sein du présent chapitre nous avons tenté de proposer quelques pistes relatives à la voie à suivre pour la mise en œuvre du projet de la construction d'un droit commun européen rénové et transversal des contrats d'exploitation. Dans ce cadre d'analyse prospective, une esquisse de structure systématique bipartite pour le futur droit européen des contrats d'exploitation a été élaborée (voir *infra* l'Annexe 1). De même, la description du processus d'européanisation a été façonnée. Le processus en question devrait être dialectique et progressif. Plus concrètement, il a été suggéré que la mise en œuvre d'un processus d'européanisation se réalise en deux étapes (voir *infra* l'Annexe 2) en vue de la production d'un véritable droit européen des contrats d'exploitation, véhiculé par une Directive-cadre horizontale emportant harmonisation maximale en la matière en question.

Conclusion Titre II.

638.- Nous avons essayé de démontrer au sein du présent titre que, malgré son caractère ambitieux, notre proposition pour la construction d'un droit commun européen des contrats d'exploitation rénové et transversal ne saurait faire face à des obstacles insurmontables. La diversité juridique -catégorielle et culturelle- qui caractérise la matière est réductible alors que le cadre institutionnel actuel ne pose pas d'emblée d'obstacles insurmontables à l'élaboration du projet en question, surtout si nous prenons avantage du *momentum* actuel. Dès lors, le projet de construction d'un droit européen des contrats d'exploitation est ambitieux mais réalisable.

La faisabilité du projet étant assurée, il nous a paru utile de proposer quelques pistes relatives à la voie à suivre pour la mise en œuvre de notre proposition, tout en prenant en considération le cadre institutionnel et les besoins d'encadrement actuels de la matière des contrats d'exploitation. Les pistes de (re)construction et d'européanisation proposées prétendent constituer une contribution prospective à l'esquisse du futur droit et de son processus de construction.

Conclusion de la Seconde Partie.

639.- Au sein de la seconde partie de cette thèse, nous avons essayé de proposer une solution au problème décrit dans la première partie, à savoir, le problème global de l'insuffisance du cadre juridique des contrats d'exploitation en Europe. La solution proposée consiste en la construction d'un droit commun européen des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle, rénové et transversal.

Au cours de notre analyse, nous avons essayé de démontrer que le projet de construction proposé était à la fois désirable et faisable. Nous avons ensuite tenté d'esquisser l'architecture et le processus d'élaboration du futur droit européen des contrats d'exploitation. En bref, le droit européen des contrats d'exploitation pourrait être élaboré à partir d'une structure systématique bipartite, innovante, adaptée aux besoins actuels de la matière et conforme aux impératifs de complétude, d'ouverture et de respect de la diversité qui caractérise la matière. De même, la construction du droit européen des contrats d'exploitation devrait être basée sur un processus dialectique, lent et réfléchi. Ce processus mènerait, dans un premier temps, à la production d'un instrument préparatoire élaboré sous les auspices de l'Institut européen du droit. Dans un second temps, l'instrument en question serait transformé en acquis communautaire officiel, à travers essentiellement l'adoption d'une Directive cadre emportant harmonisation maximale et l'élaboration de différents contrats-types de contrats d'exploitation spéciaux nommés. L'art. 114 TFUE, ou, subsidiairement, l'article 115 TFUE pourraient constituer les fondements textuels de la démarche.

CONCLUSION GÉNÉRALE

640.- L'aboutissement de nos recherches nous permet de formuler certaines conclusions concernant le problème qui nous avons essayé de traiter.

1. Vers un droit européen des contrats d'exploitation de propriété intellectuelle ?

641.- Compte tenu de l'analyse précédente, la réponse à la question posée ci-dessus doit être positive. Le projet de la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation est désirable et faisable.

- ***Un projet désirable.***

642.- D'une part, le projet de construction d'un droit européen des contrats d'exploitation est souhaitable. L'examen critique des quatre droits nationaux et de l'acquis communautaire en la matière a démontré l'insuffisance grave, tant structurelle que réglementaire, du cadre juridique concernant les contrats d'exploitation. Cette situation est préjudiciable vu l'importance de cette catégorie de contrats afférents à l'exploitation des nouvelles richesses de l'économie post-industrielle. C'est pourquoi une action de reconstruction prospective du cadre juridique actuel paraît nécessaire. De même, notre recherche a permis d'identifier plusieurs raisons pour lesquelles la reconstruction en question devrait avoir une portée horizontale[3093] et être réalisée dans une perspective européenne[3094]. Ainsi, le droit européen des contrats d'exploitation constituerait le « troisième pilier »[3095] de l'édifice du droit de la propriété intellectuelle en Europe. Compte tenu des impératifs actuels, nous avons vu que la construction d'un droit européen transversal des contrats d'exploitation est la réponse adéquate au besoin d'un instrument juridique efficace pour encadrer l'exploitation des propriétés intellectuelles en Europe.

[3093] *Cf.* J. De WERRA, « La création d'un droit européen des contrats de licence : quelques réflexions sur l'arrêt *Pie Optiek* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris (LexisNexis) 2014, p. 801-811 et not. p. 811, note n° 49, pour qui « une question ouverte [est] celle de la nécessité/ de la possibilité d'adopter un régime transversal des contrats de licence qui s'appliquerait indistinctement à tous les droits de propriété intellectuelle. »

[3094] V. *supra* n° 388.

[3095] Les autres piliers sont le régime de la protection par les droits de propriété intellectuelle et le mesures assurant le respect des droits. Sur ce point v. Th. DREIER, « Rights Management Report », rapport présenté à la Conférence « European Copyright Revisited », Santiago de Compostella, 16-18 juin 2002, disponible sur : <www.zar.kit.edu/DATA/veroeffentlichungen/3_european_00efc3b.pdf>, à propos du droit d'auteur : « The first pillar is the harmonisation of national material copyright law […] The second pillar, so to speak, will be the harmonisation of enforcement of copyrights within the internal market. […] [T]he management of rights in copyrighted subject matter may be looked upon as the third pillar which would complete the hamonisation edifice of copyright in the EU. »

- ***Un projet faisable.***

643.- D'autre part, le projet de construction d'un droit européen des contrats d'exploitation est possible, même si nous n'en méconnaissons pas toutes les difficultés. Au cours de notre recherche, nous avons exposé les principaux défis auxquels un tel projet devrait faire face tels que le défi de la diversité des traditions juridiques et le défi institutionnel. Ces défis, même s'ils doivent, bien sûr, être pris sérieusement en compte, ne posent pas d'obstacles insurmontables à la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation. En pratique, il n'y a d'incompatibilité majeure ni entre les régimes sectoriels des contrats d'exploitation au sein du droit de la propriété intellectuelle, ni entre les différents systèmes juridiques des États membres. De même, il n'y a pas d'obstacles institutionnels proprement-dits au projet de la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation. En effet, notre recherche a révélé l'existence de bases légales susceptibles de constituer le fondement approprié à une telle action. De même, les objections liées à la question du respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité et à l'opportunité d'une démarche d'européanisation limitée aux seuls contrats spéciaux d'exploitation ont pu être levées. Le projet en question est donc juridiquement réalisable. Certes, l'emploi des données empiriques qui démontreraient que l'état actuel non harmonisé du droit des contrats d'exploitation constitue une entrave au bon fonctionnement du marché intérieur renforcerait la légitimité institutionnelle du projet. De plus, nous ne pouvons ignorer que le projet en question, comme tout projet d'européanisation[3096], présente une nature éminemment politique. La préparation d'un climat politique favorable est alors une condition nécessaire pour mener celui-ci à bien. Dans ce contexte, il importe de rechercher des solutions au niveau européen[3097]. Au-delà de sa connotation idéologique, une telle démarche s'impose par des préoccupations d'ordre pragmatique, liées notamment au *statu quo* global actuel[3098]. Le conservatisme est un frein à la dynamique de la matière des contrats d'exploitation. L'ouverture vers l'Europe de même que l'innovation juridique

---

[3096] M. SAFJAN, A. WIEWIOROWSKA-DOMAGALSKA, « Political Foundations of European Private Law : Rethinking the East-West Division Lines », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 265 s. et not. p. 272 : « Decisions on the direction of private law development are political in their nature and are made not by the academic community ; they result from a compromise reached by the EU institutions and the member states. »

[3097] *Cf.* G. DAVIES, « The Convergence of Copyright and Authors' Rights- Reality or Chimera ? », *IIC*, 1995, p. 964 s. et not. p. 988 : « It should be a priority therefore, for all concerned to steer clear of theological debates about the respective merits of various national approaches and to seek solutions and an international framework which can accommodate both the common law and civil aw approaches […] ».

[3098] Sur ce point v. R.-M. HILTY, « Intellectual property and the European Community's Internal Market Legislation-Copyright in the Internal Market», *IIC*, 2004, p. 760 s. et not. p. 775 : « Member States should realise that a continued defence of different national perceptions of copyright undermines the potential of acting together. Even the most well-meaning arguments, based on historical roots, are not persuasive in view of the fact that in the internal market, common interests must be bundled to accomplish global competition on the question of the further development of copyright. If the Member States are not ready to learn that lesson, the influence of the EU at the international level will hardly receive the attention it deserves. »

est possible. Certes, pour ce faire, « il y a au pire quelques réticences dogmatiques à surmonter et naturellement quelques évolutions pour chacun à accepter »[3099].

- ***Notre proposition pour la mise en œuvre du projet.***

643*bis*.- Au sein de la présente thèse nous avons abouti à la recommandation de pistes relatives à la mise en œuvre du projet de la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation.

D'une part, nous avons élaboré des propositions concrètes concernant la (re)construction du cadre juridique des contrats d'exploitation (voir *infra* l'Annexe 1). En effet, ayant pour point de départ une définition fonctionnelle du contrat d'exploitation, nous avons tenté d'esquisser une structure innovante pour le droit spécial afférent à cette catégorie contractuelle. La structure en question comprendrait deux parties. La partie générale véhiculerait le droit commun des contrats d'exploitation, à savoir la théorie générale et le régime transversal desdits contrats, ainsi qu'un système de classification qui serait axée autour de la *summa divisio* entre contrats avec charge d'exploitation et contrats sans charge d'exploitation, laquelle serait complétée par plusieurs critères de catégorisation , tels que :

- le caractère exclusif ou non exclusif du contrat

- la divisibilité du droit transmis

- la contrepartie du contrat

La partie spéciale comprendrait les régimes sectoriels à partir d'une typologie de contrats d'exploitation basée sur le type de droit de propriété intellectuelle et le type d'objet protégé ou de prérogative juridique transmise.

D'autre part, nous avons élaboré des propositions concernant le processus de la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation (voir *infra* l'Annexe 2). Vu le besoin d'une européanisation profonde et négociée de la matière et compte tenu de l'impératif de respecter l'*unitas in diversitas* au niveau européen, il nous a paru opportun de diviser le processus de la construction en deux étapes :

- une étape préparatoire, dont l'objectif serait la production d'un instrument juridique qui serait idéalement élaboré au sein de l'Institut Européen du Droit. L'instrument en question contiendrait l'esquisse innovante et systématique du nouveau droit, identifiant des principes

[3099] N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64 et not. p. 55.

et notions juridiques communs ainsi que des règles modèles. De même, il pourrait revêtir la forme d'« *ELI Principles of Exploitation contracts of IP rights* ».

- une étape exécutive qui mènerait à l'adoption d'une Directive-cadre horizontale, emportant harmonisation maximale, en s'appuyant sur la base légale des articles 114 et 115 TFUE. La Directive en question transformerait en droit applicable le contenu de l'instrument préparatoire précité et comprendrait la partie générale et la partie spéciale du droit des contrats d'exploitation, suivant la structure innovante proposée plus haut. Aussi plusieurs contrats-types pour des contrats d'exploitation nommés pourraient être adoptés au sein de l'étape en question.

2. L'avenir du projet de la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation.

644.- Si nous avons décidé de nous diriger vers un droit européen des contrats d'exploitation[3100], il faut toutefois étaler les différentes étapes dans le cadre d'un agenda commun. À cette fin, il est possible de distinguer entre le futur proche et le futur lointain d'un tel projet.

- ***Le futur proche du projet.***

645.- Dans le futur proche (voire très proche), il faudrait mobiliser la doctrine européenne en vue d'élaborer un instrument préparatoire à la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation. En pratique, le projet de la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation nécessite la mise en place d'un dialogue entre les universitaires européens du droit de la propriété intellectuelle, en vue de dégager un consensus technique et substantiel sur la forme et le contenu du futur droit. La question à l'heure actuelle est alors de démarrer ce dialogue et de convaincre de son utilité[3101].

Effectivement, l'élaboration d'un tel instrument, issu d'une démarche collective et représentative, constitue la pierre angulaire du projet. Une fois l'instrument mis à la disposition des institutions

[3100] *Cf.* D. BLANC, J. DÉROULEZ, « La longue marche vers un droit européen des contrats », *Rec. Dalloz*, 2007, p. 1615.
[3101] *Cf.* L. BRENNAN, J. DODD, « A concept proposal for a model intellectual property commercial law », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 257 s. et not. p. 262 : « the issue for today is to start the discussion. »

politiques, il constituerait effectivement la base pour l'adoption ultérieure des mesures juridiques appropriées[3102]. Même si la mise en œuvre dépendra alors de la volonté politique des instances compétentes, il ne faut pas sous-estimer l'influence que pourrait avoir un instrument souple véhiculant la voix commune des universitaires (et d'autres parties prenantes) au niveau européen[3103].

Par conséquent, le chantier à court terme serait la mise en place d'un projet dans le cadre de l'Institut Européen du Droit relatif au droit européen des contrats d'exploitation. Ce projet aurait pour objectif notamment, (i) l'élaboration d'études économiques/empiriques concernant les contrats d'exploitation dans le marché unique[3104], (ii) la recherche d'un consensus technique sur la structure du futur droit et (iii) l'élaboration de plusieurs études de droit comparé pour obtenir des informations relatives à l'acquis communautaire et aux droits nationaux (par type de droit) des contrats d'exploitation. La priorité devra être donnée aux études à une portée générale. Celles-ci pourraient être complétées par des études portant sur des contrats d'exploitation spéciaux.

- ***Le futur lointain du projet.***

646.- Dans un futur plus lointain**,** le contenu de l'instrument doctrinal serait repris dans le cadre d'une démarche institutionnelle dont l'objectif serait l'adoption d'un instrument contraignant en la matière. Ajoutons qu'il serait possible d'envisager l'intégration du projet de la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation au sein d'un processus d'européanisation plus vaste. Il serait en effet utile de concevoir le projet comme une composante des deux démarches

---

[3102] *Cf.* en ce sens, N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64 et not. p. 55 : « Il faut une ambition forte, et pas uniquement politique. Le travail des spécialistes du droit d'auteur, en premier lieu des universitaires, devrait permettre de dégager un consensus technique sur les exceptions au droit de propriété qu'il suffirait ensuite de porter dans un mouvement commun vers les autorités politiques. […] » ; T. COOK, E. DERCLAYE, « An EU Copyright Code : What and How, if Ever ? », *Intellectual Property Quarterly*, n° 3, 2011, p. 259 s. et not. p. 269 : « Whether we are close to the work being started is a political question and depends on the goodwill of the Union's institutions. But if there is something that can convince them is that we are ready to start the work. »

[3103] V. sur ce point M. SAFJAN, A. WIEWIOROWSKA-DOMAGALSKA, « Political Foundations of European Private Law : Rethinking the East-West Division Lines », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 265 s. et not. p. 272 : « Nevertheless, scholarly discussion may have impact on political actions. The influence might amount to introducing certain subjects to the European official agenda, or ensign scholarly proposals by the European bodies as the basis of their work. […] The possibility of influencing the course of political action by the academic world will continue to exist, since academic research is a very valuable source of knowledge and inspiration for EU officials-probably the most important source outside the strictly political sphere. The increasing complexity of the European legal environment as well as the increasing complexity of legal challenges to be met by the EU guarantee that this situation is not temporary. »

[3104] *Cf.* S. DUSOLLIER, C. KER, M. IGLESIAS, Y. SMITS, *Contractual arrangements applicable to creators : law and practice of selected Member States*, European Parliament – Directorate General for International Policies – Policy Department C : Citizens' Rights and Constitutional Affairs – Legal Affairs, 2014, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/RegData/.../IPOL-JURI_ET(2014)493041_EN.pdf>, p. 103.

d'européanisation plus larges[3105] déjà en cours[3106], à savoir celle du droit européen des contrats[3107] et celle du droit substantiel de la propriété intellectuelle. En ce qui concerne la seconde démarche, il serait possible à l'avenir d'envisager le droit européen des contrats d'exploitation comme une composante d'un futur Code européen de la propriété intellectuelle[3108].

3. Une contribution prospective.

647.- Notre travail de recherche doit être considéré comme une contribution prospective invitant à entamer cette longue marche vers le droit européen des contrats d'exploitation[3109]. Nous espérons ainsi que l'étude en question sera susceptible de contribuer au débat sur l'européanisation de la

---

[3105] *Cf.* en ce sens, Ch. Von BAR, O. LANDO, S. SWANN, « Communication on European Contract Law : Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code », *ERPL*, 2/2002, pp. 183-248, p. 238, n° 9 : « There is no reason not to give contract law, in its extended sense, priority, but it must always be borne in mind that the law of contract is integrated into a seamless legal web. Its surrounding legal environment must also be brought into consideration from the outset, albeit not necessarily with the same intensity. In particular, it is essential to permit the work on restatements to extend further thematically. Legislative measures might initially take the law of contract as the point of departure, but they should be integrated into a gradually maturing overall concept. »

[3106] L'européanisation du droit des biens est pertinente mais à l'heure actuelle, n'est qu'à l'état embryonnaire. Comp. N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64 et not. p. 52 parlant d'une communautarisation du droit des biens.

[3107] Comp. en ce sens, B. KOHL, « Rapport de synthèse. Les contrats spéciaux dans l'harmonisation du droit européen des contrats », *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 207 s. et not. p. 211 : « Le droit européen se construirait ainsi contrat spécial par contrat spécial, « module successif par module successif. » Ce n'est que dans un second temps, après l'élaboration des modules dédiés aux contrats spéciaux, qu'il pourrait être procédé à la consécration formelle du droit commun des contrats. »

[3108] Sur l'idée d'un tel Code v. N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64 ; A. KUR, « Introduction », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. xiii. Comp. J. de WERRA, « An essential Brick in the Building of European Copyright : Regulation of *Copyright* Transactions », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 259 s. et not. p. 281, pour qui le droit contractuel (d'auteur) est une partie indispensable d'un Code européen de droit d'auteur ; Th. CHIOU, « Lifting the (Dogmatic) Barriers in Intellectual Property Law : fragmentation vs. integration and the practicability of a European Copyright Code », *EIPR*, 2015 (à paraître), *passim*.

[3109] D'autres auteurs sont aussi favorables à la réalisation de cette démarche, v. not. J. de WERRA, « La création d'un droit européen des contrats de licence : quelques réflexions sur l'arrêt *Pie Optiek* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris (LexisNexis) 2014, p. 801-811 et not. p. 811 : « il serait opportun de conduire une réflexion prospective et systématique de la notion de licence de propriété intellectuelle en Europe […] » ; J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s. et not. p. 91 ; J. de WERRA, « The need to harmonize intellectual property licensing law : a European Perspective », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 470 s. ; P. STIEL, *Leistungstörungen bei Lizenzverträgen aus Sicht des europäischen Rechts*, Herbert Hutz Verlag, Munich, 2009 ; N. BINCTIN, « Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 51-64. Au niveau international, v. L. BRENNAN, J. DODD, « A concept proposal for a model intellectual property commercial law », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 257 s.

matière[3110] et que d'autres études prospectives voient le jour dans un futur proche. De même, en analysant le problème de la reconstruction du droit des contrats d'exploitation, en offrant une esquisse de la structure celui-ci, des étapes du processus d'européanisation et des instruments juridiques à utiliser, nous avons essayé d'attirer en premier lieu l'intérêt du monde académique autour de cette problématique. L'objectif principal de cette contribution est donc de faciliter et de stimuler le débat relatif à la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation[3111]. Ajoutons que si nous serions bien évidemment honorés que notre approche et nos propositions soient bien accueillies (voire un jour adoptées[3112] ?), nous serions tout aussi heureux cependant d'avoir simplement pu servir d'inspiration à une future action dans ce domaine[3113].

***

648.- Évidement, les propos de R. DAVID restent toujours d'actualité : « si l'unification des droits européens dans son principe […] paraît désirable, il convient cependant, avant tout, de ne pas sous-estimer, dans un élan d'enthousiasme, ses difficultés. L'unification du droit est une tâche extrêmement ardue, et l'enthousiasme ne saurait remplacer ni la science ni le travail. »[3114] Toutefois, même si nous n'en méconnaissons pas les difficultés, la mise en œuvre d'un tel projet serait certainement passionnant et récompenserait ceux qui savent être patients et ont une vraie ambition[3115], mais aussi une vision[3116] pour un droit européen des contrats d'exploitation moderne

---

[3110] Comp. R. HILLMAN, M. O'ROURKE, « ALI Principle of the law of software contracts : some proposals for a global software licensing policy », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 54 s., p. 74-75 : « We do hope that the ALI principles prove useful in producing dialogue about adopting international rules for transactions in software. »

[3111] Comp. L. BRENNAN, J. DODD, « A Concept Proposal for a Model Intellectual Property Contracting Law / Model Intellectual Property Contract Law (Concept Draft for Discussion Only*) »*, Presentation at the UNCITRAL Third International Colloquium on Secured Transactions Presentation, 1-3 March 2010, Vienna, <www.uncitral.org>, p. 2 : « We hasten to add that this is merely a concept paper regarding what such a law might look like, not what it should be. We only propose it to facilitate discussion. »

[3112] R. KNAAK, A. KUR, A. VON MÜHLENDAHL, « The Study on the Functioning of the European Trade Mark System», *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 12-13*, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=2172217>, p. 31 : « This is done in the expectation that by channeling the thoughts expressed in the Study into the concise mould of legislative language, the intentions and potential effects of the suggestions made become clearer. »

[3113] Comp. R. HILLMAN, M. O'ROURKE, « ALI Principle of the law of software contracts : some proposals for a global software licensing policy », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 54 s. p. 74-75 : « We do hope that the ALI principes prove useful in producing dialogue about adopting international rules for transactions in software. […] While we would be delighted if that discussion adopted many of our rues, we would be equally pleased simply to provide some input into the debate. »

[3114] R. DAVID, « L'avenir des droits européens : unification ou harmonisation » *in Le droit comparé, Droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982, p. 295 s., spéc. p. 298.

[3115] A. LUCAS, « La longue route vers l'harmonisation du droit d'auteur. Analyse critique », *in* M.-C. JANSSENS (sous dir. de), *Harmonisation of European IP law : from European rules to Belgian law and practice. Contributions in honour of Frank Gotzen*, Bruylant-Larcier, 2012, pp. 17-27 et not. p. 28 : « Et l'on en revient à l'idée qu'il est sans doute nécessaire d'entreprendre aujourd'hui une démarche plus ambitieuse d'harmonisation. »

[3116] O. LANDO, « A Plea for a Binding Instrument », *in* J. KLEINEMAN, *A common frame of reference for European contract law, Stockholm Centre for Commercial Law, Actes du colloque du 23-24 octobre 2009*, Jure, 2011, p. 91 s., et not. p. 93 : « All the great legal advances of mankind those which marked a progress by leaps and bounds, have been

et efficace. Cela sera certainement une longue marche, mais elle mérite selon nous d'être entreprise[3117].

649.- « Le discours juridique est le produit d'un temps, le résultat d'une écoute, d'une réflexion et d'une action »[3118]. De même que pour la langue, il n'y a pour le droit aucun moment d'arrêt[3119]. En 2015, nous communiquons nos réflexions en vue d'une action prospective pour l'avenir du droit des contrats d'exploitation en Europe. « Espérons que nous avons été assez audacieux »[3120].

---

made by persons who had a vision. […] Where are those who have a vision for Europe ? » ; N. BINCTIN, « L'ambition : Le brevet de l'Union Européenne » *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *Quel droit des brevets pour l'Union Européenne ?*, Acte du colloque organisé par le CEIPI les 26 et 27 avril 2012 au Parlement Européen de Strasbourg, Coll. CEIPI n° 59, Litec Lexis Nexis, 2013, p. 17 et s. et not. p. 19 : « Les grandes choses […] c'est l'adoption d'une vision moderne et communautaire de la propriété intellectuelle […] ».

[3117] Comp. I. NESTORUK, « Common Principles of European Intellectual Property Law : a Polish Perspective », *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 189 et s. et not. p. 189, à propos de la recherche des principes européens communs du droit de la propriété intellectuelle : « The discussion on common principles of European IP law cannot be commenced otherwise than by determining the area of research and an adequate method or methods for the identification of these principles. Such an arrangement for the discussion seems systematically logical and convincing, however, in practice it turns out to be a very difficult challenge, *though one that is worth taking up.* »

[3118] P. Le CANNU, *Droit des sociétés*, 1re éd. Montchrestien, 2002, p. VII, cité par N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2010, avant propos, p. 5.

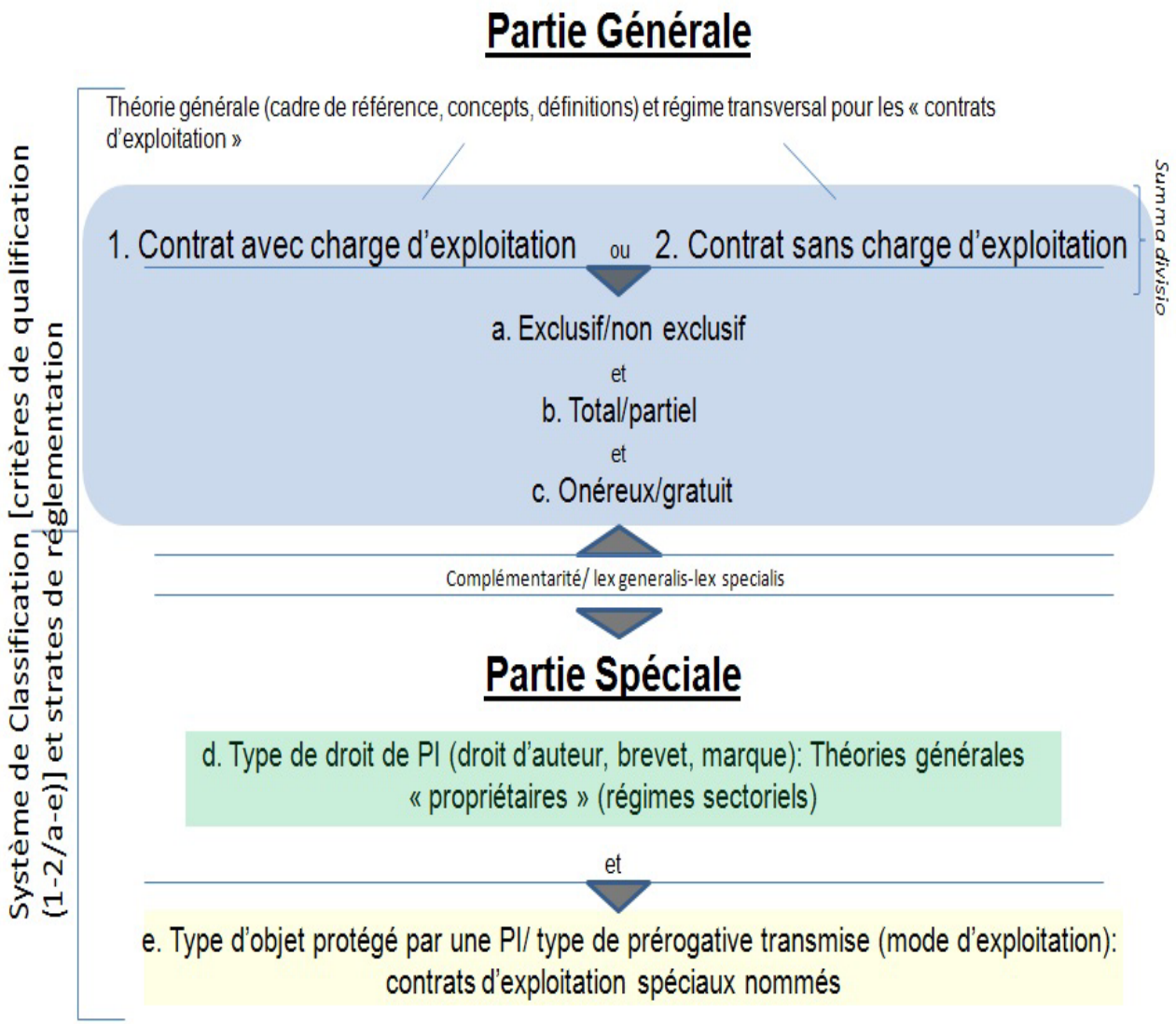
[3119] V.–L. BENABOU, V. VARET (sous dir. de A. FRANÇON), *La codification de la propriété intellectuelle : étude critique et prospective*. Mission de recherche droit et justice, Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, La Documentation française, 1998, n° 243, p. 201.

[3120] Ch. Von BAR, « Préface » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 7 s. et not. p. 8.

ANNEXES

Annexe 1. Pistes de (re)construction : repenser le droit des contrats d'exploitation de propriété intellectuelle

Contrat d'exploitation: le contrat qui porte sur un ou plusieurs droits de propriété intellectuelle et implique la transmission de la maitrise juridique sur celui-ci en vue de permettre à un tiers la jouissance (active ou passive)



Annexe 2. Pistes d'europeanisation

1. Étape Préparatoire

Pourquoi?
-Européanisation profonde
-Européanisation négociée
-Respect de l'impératif de l'*unitas in diversitas: recherche de dénominateurs communs*

Comment?
Instrument préparatoire contenant:
-Esquisse de structure innovante et systématique
- Symboles juridiques communs: concepts/terminologie
- Règles modèles

Qui?
Doctrine Européenne + consultation d'autres agents juridiques au sein de l'ELI (European Law Institute)

2. Étape Exécutoire

-Adoption de Directive cadre horizontale (harmonisation maximale) (art. 114 / 115 TFUE)

Soutien politique
Données empiriques/analyse économique

Contenu: la partie générale (théorie générale des contrats d'exploitation et régime transversal) et la partie spéciale (régimes sectoriels et régime applicable à certains contrats d'exploitation spéciaux nommés) du droit des contrats d'exploitation, à partir de l'instrument préparatoire.

- Contrats-types européens pour des contrats d'exploitation spéciaux nommés

-BIBLIOGRAPHIE-

I. OUVRAGES JURIDIQUES GÉNÉRAUX

TRAITES, MANUELS, PRÉCIS ET DICTIONNAIRES

ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPÉENS

Code européen des contrats, Avant-projet, Coordinateur Giuseppe Gandolfi, Livre premier, Edition de poche revue et corrigée par Lucilla Gatt, Professeur à l'Université de Naples 2, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 2004

Code européen des contrats, Avant-projet, Coordinateur Giuseppe Gandolfi, Livre deuxième, 1, Vente et contrats collatéraux, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 2007

AHRENS (H.-J.) et McGUIRE (M.-R.)

Modellgesetz für Geistiges Eigentum. Normtext und Begründung, Sellier, 2012

Model Law on Intellectual Property. A proposal for German Law Reform- Abbreviated English version, Sellier, 2013

AJANI (G.) et EBERS (M.) (sous dir. de)

Uniform Terminology for European Contract Law, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005

ANASTASOPOULOS (D.) et MICHAILOPOULOS (G.)

Contrats du commerce moderne, Sakkoulas, 2011

ANTONMATTEI (P.- Y.) et RAYNARD (J.)

Droit civil, contrats spéciaux, 4e éd., Litec LexisNexis, 2004

ANTONOPOULOS (V.)

Droit de la propriété industrielle, 1re éd., Sakkoulas, 2002

Droit de la propriété industrielle, 2e éd., Sakkoulas, 2005

ANTONS (Ch.), BLACKNEY (M.) et HEATH (Ch.)

Intellectual Property Harmonisation within ASEAN and APEC, Kluwer Law International, 2004

APLIN (T.) et DAVIS (J.)

Intellectual Property Law. Text, Cases, and Materials, 1re éd., Oxford University Press, 2009

ARGYRIADIS (A.)

Brevet d'invention, 3e éd. Sakkoulas, 1982

ASPROGERAKAS-GRIVAS (K.)

Contrat d'exploitation des œuvres littéraires et artistiques, 1972

ASSOCIATION H. CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE/SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE

Terminologie contractuelle commune : projet de cadre commun de référence, Coll. Droit privé comparé et européen, vol. 6, 2008

Principes contractuels communs, Projet de cadre commun de référence, Coll. Droit privé comparé et européen, vol 7, 2008

AUFENAGER (M.), BARTH (G.) et FRANKE (A.)

The German Trademark Act, Beck 2006

AXHAM (J.) (sous dir. de)

Copyright in a borderless online environment, The Institute for Legal Research, Norstedts Juridik, 2012

BALIS (G.)

Principes généraux du droit civil, 1961

BARENDRECHT (M.)

Principles of European Law. Service contracts (PEL SC), 2007

BARNARD (C.)

The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms, 3e éd., Oxford University Press, 2010

BASEDOW (J.), HOPT (K.) et ZIMMERMANN (R.) (sous dir. de)
Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Oxford University Press, 2012

BASEDOW (J.), HOPT (K.) et ZIMMERMANN (R.)
Oxford Handbook of European Private Law, Oxford University Press, 2012

BASEDOW (J.), KONO (T.) et METZGER (A.)
Intellectual Property in the Global Arena, Mohr Siebeck 2010

BEHAR-TOUCHAIS (M.) et CHAGNY (M.) (sous dir. de)
Livre Vert sur le droit européen des contrats. Les réponses du réseau TransEuropeExperts, Société de Législation comparée, Collection Trans Europe Experts, vol. 1, 2011

BEIER (F.-K.) (sous dir. de)
German Industrial Property, Copyright and Antitrust Laws, 3e éd., VCH, 1996

BEIER (D.) et ABEL (S.)
Lizenzverträge, Heymann, 2008

BENABENT (A.)
Droit civil, Les obligations, 11e éd., Montchrestien, 2007

BENABOU (V.-L.)
« Le processus d'harmonisation en droit d'auteur », *Jurisclasseur, Propriété littéraire et artistique*, Fasc. n° 1840

BENHAMOU (F.) et FARCHY (J.)
Droit d'auteur et copyright, La découverte, 2007

BENTLY (L.) et SHERMAN (B.)
Intellectual Property Law, 3e éd., Oxford University Press, 2009

BERTRAND (A.)
Droit d'auteur, Dalloz, 2011

BINCTIN (N.)

Droit de la propriété intellectuelle, LGDJ, 2010

Droit de la propriété intellectuelle, 2e éd. LGDJ, 2012

Droit de la propriété intellectuelle, 3e éd., LGDJ, 2014

BLANC (V.) et EL BACHA (A.)

La Propriété intellectuelle, la nouvelle richesse des nations, Éditions Investmark, 1997

BLANC-JOUVAN (G.)

Droit de la propriété intellectuelle, Vuibert, 2011

BLANQUET (M.)

« Compétences de l'Union. Architecture générale. Délimitation », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 170

BOELE-WOELKI (K.) et GROSHEIDE (W.) (sous dir. de)

The future of European contract law, Wolters Kluwer, 2007

BONHOMME (R.)

« Distribution, Sous-Contrat et Co-Contrat- Adjonction et Conjonction de Contractants », *JurisClasseur Contrats*, Fasc. 105

BOYER (L.)

« Contrats et conventions », *Rep. Dalloz de droit civil, Contrats et conventions*, Dalloz, 2010

BRAINBRIDGE (D.)

Intellectual Property, 9e éd., Pearson, 2012

BROWNSWORD (R.), MICKLITZ (H.-W.), NIGLIA (L.) et WEATHERILL (S.) (sous dir. de)

The Foundations of European Private Law, Hart Publishing, 2011

BRUGUIERE (J.-M.) (sous dir. de)

Droit d'auteur et culture, collection Thèmes et commentaires, La propriété intellectuelle autrement, Dalloz, 2007

La propriété intellectuelle entre autres droits, Colloque du CUERPI, 19 novembre 2008, Grenoble, série Thèmes et commentaires, La propriété intellectuelle autrement, Dalloz, 2009

L'articulation des droits de propriété intellectuelle, Dalloz, 2011

BRUGUIERE (J.-M.)

Droit des propriétés intellectuelles, Ellipses, 2005

Droit des propriétés intellectuelles, Ellipses, 2011

BRUGUIERE (J.-M.) et MALLET-POUJOL (N.) (sous dir. de)

Propriété Intellectuelle et droit commun, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007

BRUSSANI (M.) et WERRO (F.) (sous dir. de)

European Private Law : A handbook, vol. I, Staempli, Bruylant, Sakkoulas, CAP, Sellier, 2009

BURST (J.-J.)

« Licence de Brevets- Effets du contrat de licence –Fin du contrat de licence », *JurisClasseur Brevets,* Fasc. 491

CABRILLAC (R.)

Droit des obligations, 6e éd., Dalloz, 2004

CABRILLAC (R.), MAZEAUD (D.), PRÜM (A.)

« Le contrat en Europe aujourd'hui et demain », Colloque du 22 juin 2007, Société de législation comparée, 2008

CAFAGGI (F.) et MUIR WATT (H.) (sous dir. de)

Making European Private Law, EE, 2008

The regulatory function of European Private Law, Edward Elgar, 2008

CARBONNIER (J.)

Flexible droit, LGDJ, 8e éd., 1996

CARON (Ch.)

Droit d'auteur et droits voisins, Litec, 2006

Droit d'auteur et droits voisins, 3e éd. Litec 2012

CHESBROUGH (H.-W.)

Open Innovation: The new imperative for creating and profiting from technology, Harvard Business School Press, 2003

CHIOTELLIS (A.)

Le contrat d'édition imprimée, Éditions Universitaires grecques, 1995

CHOBANOV (V.), PLÖHN (G.) et SCHELHAAS (H.) (sous dir. de)

Towards a Knowledge-Based Society in Europe, 10th International Conference on Policies of Economic and Social Development, Sofia, October 5 to 7, 2007, Peter Lang, 2008

COHEN-JEHORAM (J.), VAN NISPEN (C.) et HUYDECOPER (T.)

European Trademark Law, Kluwer Law International, 2010

COLOMBET (C.)

Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde : approche de droit comparé, 2e éd, Litec/UNESCO 1992

Propriété littéraire et artistique et droits voisins, 9e éd., 1999

COMMISSION POUR LE DROIT EUROPÉEN DU CONTRAT

Les Principes du droit européen du contrat : l'exécution, *l'inexécution et ses suites*, version française, Isabelle de Lamberterie, Georges Rouhette, Denis Tallon La Documentation française, 1997

Les Principes du droit européen du contrat, version française prép. par Georges Rouhette, avec le concours d'Isabelle de Lamberterie, Denis Tallon, Claude Witz, Société de législation comparée, 2003

CONSTANTINESCO (V.) et MICHEL (V.)
« Compétences de l'Union européenne », *Rep. Communautaire*, Dalloz, juin 2011

COOK (T.)
EU intellectual property law, Oxford Univ. Press, 2010

COOKE (E.)
Modern Law of Estoppel, Oxford University Press, 2000

CORNISH (W.-R.) et LLEWELYN (D.)
Intellectual property, 6e éd., Sweet & Maxwell, 2007

CORNISH (W.-R.), LLEWELYN (D.) et APLIN (T.)
Intellectual property, 7e éd., Sweet & Maxwell, 2010

CRAIG (P.) et DE BURCA (G.)
EU Law, Text, Cases and materials, 5e éd., Oxford University Press, 2011

CREDIMI
La mondialisation du droit, Litec, 2000

CRUQUENAIRE (A.) et DUSOLLIER (S.) (sous dir. de)
Les cumuls des droits intellectuels, Larcier, Bruxelles, 2009

D'AMATO (D.-E.) et LONG (A.) (sous dir. de)
International Intellectual Property Law, Kluwer Law International, 1997

DAVIES (C.) et CHENG (T.)
Intellectual Property Law in the United Kingdom, Wolters Kluwer Law & Business, 2011

DE GUILLENCHMIDT-GUIGNOT (A.)

« Typologie des contrats », *JurisClasseur contrats – distribution*, Fasc. 15

DE WERRA (J.) (sous dir. de)

Research Handbook on Intellectual Property Licensing, Edward Elgar, 2013

DE WITTE (B.) et FORDER (C.) (sous dir. de)

The Common law of Europe and the Future of Legal Education, Deventer, 1992

DEMETRIADES (C.) (sous dir. de)

Intellectual Property Issues in Commercial Transactions, Sweet & Maxwell, 2008

DEMOGUE (R.)

Traité des obligations, tome III, 1931

DENIS (Ph.)

Principles of European Law. Loan Contracts (LC), Sellier, 2010

DERCLAYE (E.) (sous dir. de)

Research handbook on the future of EU copyright, Elgar, 2009

DERCLAYE (E.) et LEISTNER (M.)

Intellectual Property Overlaps, *A European Perspective*, Hart, 2011

DESBOIS (H.)

Le droit d'auteur en France, Dalloz, 3e éd., 1978

DESHAYES (O) (sous dir. de)

Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP, Lextenso éditions, 2011

DINWOODIE (G.) et JANIS (M.) (sous dir. de)

Trademark Law and Theory. A Handbook of Contemporary Research », Edward Elgar, 2008

DINWOODIE (G.) (sous dir. de)

Methods And Perspectives In Intellectual Property, Edward Elgar, 2013

DOWIE-WHYBROW (M.)

Core Statutes on Intellectual Property, 3e éd., Palgrave Macmillan, 2011

DREIER (Th.) et HUGENHOLTZ (B.)

Concise European Copyright Law, 1e éd., Kluwer Law International, 2006

DUBOUIS (L.) et BLUMANN (C.)

Droit matériel de l'Union européenne, 6e éd., Montchrestien, 2012

DUNAND (B.) et WINIGER (J.-Ph.) (sous dir. de)

Le Code civil français dans le droit européen, Bruylant, 2005

DUTFIELD (G.) et SUTHERSANEN (U.)

Global Intellectual Property Law, EE, 2008

FAGES (B.)

Droit des obligations, LGDJ, 2007

FARJAT (G.)

Droit privé de l'économie, tome II, PUF, 1975

FAUVARQUE-COSSON (B.) et MAZEAUD D. (sous dir. de)

Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit, Société de législation comparée, 2003

La confiance légitime et l'estoppel, Société de législation comparée, 2007

FOLLIARD-MONGUIRAL (A.)

« La marque communautaire », *JurisClasseur Marques - Dessins et modèles*, Fasc. 7610

FOYER (J.) et VIVANT (M.)

Le droit des brevets, Presses Universitaires de France, 1991

FRISON-ROCHE (M.-A.) et ABELLO (A.) (sous la dir. de)
Droit et économie de la propriété intellectuelle, L.G.D.J., 2005

FYSH (M.), ROUGHTON (A.), COOK (T.) et SPENCE (M.)
The Modern law of patents, Lexis Nexis Butterworths, 2005

GAFAGGI (F.) (sous dir. de)
The Institutional Framework of European Private Law, Oxford University Press, 2006

GASTINEL (E.)
La marque communautaire, LGDJ, 1998

GAUDRAT (Ph.)
« Propriété littéraire et artistique (2° droits des exploitants) », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz 2007

GAUTIER (P.-Y.)
Propriété littéraire et artistique, PUF, coll. « Droit fondamental », 4e éd., 2001

Propriété littéraire et artistique, PUF, coll. « Droit fondamental », 5e éd., 2004

Propriété littéraire et artistique, PUF, coll. « Droit fondamental », 6e éd., 2007

Propriété littéraire et artistique, PUF, coll. « Droit fondamental », 7e éd., 2010

Propriété littéraire et artistique, PUF, coll. « Droit fondamental », 8e éd., 2012

GEIGER (Ch.) (sous dir. de)
La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe/The contribution of case-law to the construction of the intellectual property in Europe, LexisNexis, 2013

Constructing European Intellectual Property, Achievements and New Perspectives, LexisNexis, 2013

Quel droit des brevets pour l'Union Européenne ?, Acte du colloque organisé par le CEIPI les 26 et 27 avril 2012 au Parlement Européen de Strasbourg, Coll. CEIPI n° 59, Litec Lexis Nexis, 2013

GEIGER (Ch.) et RODA (C.) (sous dir. de)
Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé. Mélanges en l'honneur du professeur Joanna Schmidt-Szalewski, Lexis Nexis, 2013

GENDREAU (Y.), DRASSINOWER (A.) (sous dir. de),
Langues et droit d'auteur. Language and Copyright, Bruylant – Carswell, 2009

GEORGIADIS (A.)
Droit des contrats, Partie spéciale, tom. I, Sakkoulas, 2004
Nouveaux types des contrats de l'économie contemporaine, 5e éd., Sakkoulas, 2008

GEORGIADIS (A.) et STATHOPOULOS (M.) (sous dir. de) *Code Civil*, tome III, *Droit des contrats spéciaux*, Sakkoulas, 1980

Code Civil, Interprétation par article, Tome 5e, *Droit des biens*, Sakkoulas, 1985

GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.)
Les effets du contrat, LGDJ, 3e éd., 2001

GRIGORIADIS (N.)
Licence d'utilisation de marque et restrictions de la concurrence, Sakkoulas, 2006.

GRUNDMANN (S.) et SCHAUER (M.) (sous dir. de)
The Architecture of European Codes and Contract Law, Kluwer Law International, 2006

GUELLEC (D.), VAN POTTELSBERGHE (B.)
The Economics of the European Patent System, 2007

GUIBAULT (L.) et ANGELOPOULOS (Ch.) (sous dir. de)
Open Content Licensing. From Theory to Practice, Amsterdam University Press, 2011, disponible regalement sur : <www.ivir.nl/publications/guibault/9789089643070_TEXT_HR_DRUK.pdf>

GUTHMANN (C.)

« Contrats d'exploitation », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4723

« Contrats d'exploitation. Cession et licence de brevet. Conseils pratiques », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4724

« Licence de marque - Formules. Conseils pratiques », *JurisClasseur Marques et dessins et modèles*, Fasc. 7402

HARGUTH (A.) et CARLSON (S.)

Patents in Germany and Europe, Procurement, Enforcement and Defense, An International Handbook, Wolters Kluwer Law & Business, 2011

HARRIS (B.)

Intellectual Property Law in the European Union, William S. Hein & Company, 2005

HART (T.), FAZZANI (L.) et CLARK (S.)

Intellectual Property Law, 5e éd., Palgrave Macmillan, 2009

HARTKAMP (A.), HONDIUS (E.) et ZIMMERMANN (R.) (sous dir. de)

Towards a European Civil Code, 3e éd., Kluwer Law International, 2004

HELLERINGER (G.) et PURNHAGEN (K.) (sous dir. de)

Towards a European legal culture, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2014

HÉRITER LACHAT (A.) et HIRSCH (L.) (sous dir. de)

De Lege Ferenda, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch, Slatkine, 2004.

HESSELINK (M.), RUTGERS (J.), BUENO DIAZ (O.), SCOTTON (M.) et VELDMAN (M.)

Principles of European Law, Study Group on a European civil Code, Commercial agency, Franchise and distribution contracts (PEL CAFDC), Sellier, Bruylant, Staempfli, Oxford University Press 2006

HESSELINK (M.-W.) (sous dir. de)

The Politics of a European Civil Code, Kluwer Law International, 2006

HILDEBRANDT (U.)

Harmonisiertes Marekenrecht in Europa, Carl Heymanns Verlag, 2008

HILTY (R.-M.)

Lizenzvertragsrecht, Stämpfli, 2001

HOECKE (M.) et ORT (F.)

The Harmonisation of European Private Law, Hart Publishing, 2000

HONDIUS (E.)

Principles of European Law. Sales (PEL S), 2008

HOWE (H.) et GRIFFITHS (J.) (sous dir. de)

Concepts of Property in Intellectual Property Law, Cambridge University Press, 2013

HUET (J.)

Les principaux contrats spéciaux, 2e éd., LGDJ, 2001

JAGTENBERG (R.), ÖRÜCÜ (E.) et DE ROOS (A.-J.) (sous dir. de)

Transfrontier Mobility in Law, 1995

JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.)

L'harmonisation du droit des contrats en Europe, Economica, 2001

JAMIN (Ch.) (sous dir. de)

Droit et économie des contrats, LGDJ, 2008

JAMIN (Ch.) et MAZEAUD (D.) (sous dir de)

L'harmonisation du droit des contrats en Europe, Economica, 2001

JANSSENS (M.-C.) (sous dir. de)

Harmonisation of European IP law: from European rules to Belgian law and practice. Contributions in honour of Frank Gotzen, Bruylant-Larcier, 2012

KADOR (U.) et CLAYTON-CHEN (J.)

Trademark Licensing and selective distribution-Strategies for valid agreements under European Law, International Trademark Association, 1998

KALLINIKOU (D.)

Droit d'auteur et droits voisins, 3e éd., Sakkoulas, 2008

KARAKOSTAS (I.)

Code civil : *Principes Généraux (Articles 127-286)*, Nomiki Vivliothiki, 2006

KASZOROWSKA (A.)

European Union Law, 2e éd., Routeledge, 2010

KLAVANIDOU-PAPASTERIOU (D.)

Le droit de l'acte juridique, Sakkoulas, 2008

KLETT (A.), SONNTAG (M.) et WILSKE (S.)

Intellectual Property Law in Germany, Verlag C.H. Beck, Lexis/Nexis, 2008

KORIATOPOULOU- AGGELI (P.) et TSIGOU (Ch.)

Droit d'auteur, (Interprétation par entrées), Nomiki Vivliothiki, 2008

KORNILAKIS (P.)

Droit de contrats spéciaux, vol. I, Ed. Sakkoulas, 2002

KOTSIRIS (L.) et STAMATOUDI (E.) (sous dir. de)

Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article, Ed. Sakkoulas, 2009

KOTSIRIS (L.)

Droit d'auteur, Sakkoulas, 5e éd. 2010

Droit d'auteur et acquis communautaire, 6e éd., Sakkoulas, 2011

Copyright law in Greece, Ius, 2012

KOUMANTOS (G.)

Droit d'auteur, 8e éd., Ed. Sakkoulas, 2002

KUR (A.) et DREIER (Th.)

European Intellectual Property Law. Texts, Cases and Materials, Edward Elgar, 2013

LADDIE (H.), PRESCOTT (P.) et VITORIA (M.), (sous dir. de)

The Modern Law of Copyright and Designs, 4e éd., vol. 1, Lexis Nexis, 2011

LAROUCHE (P.) et CHRICO (F.)

Economic Analysis of the DCFR. The work of the Economic Impact Group within CoPECL, Sellier, 2010

LARROUMET (Ch.) (sous dir. de)

Droit civil, Les obligations, le contrat, Tome III, 5e éd., Economica, 2003

LE CANNU (P.)

Droit des sociétés, 1re éd. Montchrestien, 2002

LESTRADE (O.)

« Cession de brevet », *in* JurisClasseur Brevets, Fasc. 4730

LETTO-VANAMO (P.) et SMITS (J.) (sous dir. de)

Coherence and Fragmentation in European Private Law, Sellier, 2012

LIAKOPOULOS (Th.)

Intellectual Property law in Greece, Kluwer/Sakkoulas, 1999

Propriété Industrielle, Sakkoulas, 2000

LILLEHOLT (K.)

Principles of European Law. Lease of goods (PEL LG), 2008

LOOS (M.) et BUENO DIAZ (O.)

Principles of European Law. Mandate Contracts, Oxford University Press, 2013

LUCAS (A.)

« Droit d'auteur. Exploitation des droits. Dispositions spécifiques à certains contrats. Contrat d'édition », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1320

LUCAS (A.) et LUCAS (H.-J.)

Traité de la Propriété Littéraire et Artistique, 3ème éd., Litec, 2006

LUCAS (A.), LUCAS (H.-J.) et LUCAS-SCHLOETTER (A.)

Traité de la Propriété Littéraire et Artistique, 4ème éd., Litec, 2012

LYMPEROPOULOS (K.)

Le droit des inventions, Sakkoulas, 2010

MAFFRE-BAUGE (A.)

« Droit d'auteur. Exploitation des droits. Dispositions générales », *JurisClasseur Propriété Littéraire et artistique*, Fasc. 1310

MAINGUY (D.)

Contrats spéciaux, 4e éd., Dalloz, 2004

MALAKASIS (D.)

Le droit d'auteur : loi 2121/93 et son exposé des motifs : interprétation par article, remarques, exemples, commentaire, critique, 1993

MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.)

Les biens, 3e éd., Defrénois, 2007

MARCH (J.-G.) et SIMON (H.)

Les organisations, Dunod, 1965

MARCHESE (D.)

Licensing Agreements, Longman, 1994

MARINO (L.),

Droit de la propriété intellectuelle, PUF, 2013

MARINOS (M.-Th.)

Droit d'auteur, Sakkoulas, 2004

Droit de marques, Sakkoulas, 2007

Droit du brevet d'invention, Sakkoulas, 2013

MARTIAL-BRAZ (N.), RIFFARD (J.-F.) et BEHAR-TOUCHAIS (M.) (sous dir. de)

Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit, Economica, 2012

MÄSCH (G.), MAZEAUD (D.) et SCHULZE (R.)

Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe, Sellier, 2009

MATHÉLY (P.)

Le nouveau droit français des brevets, LJNA, 1992

McGUIRE (M.-R.)

Die Lizenz, Mohr Siebeck, 2012

McQUEEN (H.), WAELDE (C.), GRAEME (L.) et BROWN (A.)

Intellectual Property Law and Policy, 2e éd., Oxford University Press, 2011

METAXAS-MARANGHIDIS (G.) (sous dir. de)

Intellectual Property Laws of Europe, John Wiley & Sons, 1995

MELLOR (J.), LLEWELYN (D.), MOODY-STUART (T.), KEELING (D.) et BERKLEY (I.)

Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names, 15e éd., Sweet & Maxwell, 2011

MICKLITZ (H.) et CAFAGGI (F.) (sous dir. de)

European Private Law after the Common Frame of Reference, Edward Elgar, 2010

MILLER (L.)

The Emergence of European Contract Law. Exploring Europeanisation, Oxford University Press, 2011

MOCCIA (L.)

The Making of European Private Law : Why, How, What and Who, Sellier, 2013

MONTELS (B.)

« Contrats de production et d'exploitation des œuvres audiovisuelles », *JurisClasseur Communication*, Fasc. 6085

MORAND (Ch.-A.)

Le droit saisi par la mondialisation, Bruylant, 2001

MORCOM (C.), ROUGHTON (A.) et MANYNICZ (S.)

The modern law of trade marks, 3e éd., LexisNexis, 2008

MOURA VICENTE (D.)

La Propriété Intellectuelle en droit international privé, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, Martinus Nijhoff Online, disponible sur : <www.nijhoffonline.nl>

MOUSSERON (J.-M.)

Technique contractuelle, 2e éd., éd. F. Lefebvre, 1999

OHLY (A.) (sous dir. de)

Common Principles of European Intellectual Property Law, Mohr Siebeck, 2012

OHLY (A.) et PILA (J.) (sous dir. de)

The Europeanisation of Intellectual Property Law, Oxford University Press, 2013

PAHLOW (L.)

Lizenz un Lizenzvertrag im Recht des geistigen Eigentums, Mohr Siebeck, 2006

PAPASTERIOU (D.)

Principes généraux du droit civil, Sakkoulas, 2e éd., 2009

PASSA (J.)

Traité de la propriété industrielle, 2e édition, Tome 1, L.G.D.J., 2009

Droit de la propriété industrielle, Tome 2, LGDJ, 2013

PERRAKIS (E.) et ROKAS (N.)

Introduction au droit commercial, Nomiki Vivliothiki, 2011

PETIT (B.)

« Contrats et obligations. Définition et classification des contrats », *JurisClasseur Code Civil, Art. 1101 à 1108-2*, Fasc. Unique

PHILLIPS (J.)

Trade Mark Law. A practical anatomy, Oxford University Press, 2003

PIGNARRE (G.) (sous dir. de)

Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil, Dalloz, 2005

PIOTRAUT (J.-L.)

Droit de la Propriété Intellectuelle, Ellipses, 2004

La propriété intellectuelle en droit international et comparé (France, Allemagne, Royaume-Uni, Etats-Unis), Tec&Doc, 2007

Droit de la Propriété Intellectuelle, Ellipses, 2e éd., 2010

PLAISANT (P.)

« Propriété littéraire et artistique », *JurisClasseur,* fasc. 320

POLLAUD-DULIAN (F.)

Droit de la Propriété Industrielle, Montchrestien, 1999

Le Droit d'auteur, Economica, 2005

Droit de la Propriété Industrielle, 2e éd., Economica, 2010

Le Droit d'auteur, 2e éd., Economica, 2014

PRECHAL (S.), VAN ROERMUND (B.) (sous dir. de)
The Search for Unity in Divergent Concepts, Oxford University Press, 2008

PRIETO (C.) (sous dir. de)
Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003

PROJECT GROUP « RESTATEMENT OF EUROPEAN INSURANCE CONTRACT LAW »
Principles of European Insurance Contract Law (PEICL), Sellier, 2009

PUIGELIER (C.) (sous dir. de) *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012

RAMALHO (A.) et ANGELOPOULOS (Ch.)
Crossroads of Intellectual Property, Nova Science Publishers, 2012

REBOUL (Y.) et BASIRE (Y.)
« Licence de brevet, Formation du contrat. Conclusion du contrat », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4740

RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW
Acquis Principles, Contract I (pre-contractual Obligations, Conclusion of a Contract, Unfair Terms), Sellier, 2007

Acquis Principles, Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services), Sellier, 2009

RIESENHUBER (K.) (sous dir. de)

Systembildung im Europäischen Urheberrecht, de Gruyter Recht, 2006

ROKAS (N.)

Droit de la propriété industrielle, 1re éd., Sakkoulas, 2004

Droit de la propriété industrielle, (avec la collaboration de I. VENIERIS), 2e éd., Nomiki Vivliothiki, 2011

Marques. Interprétation de la loi 4072/2012, Nomiki Vivliothiki, 2013

ROUBIER (P.)

Le droit de la propriété industrielle, t. 1, Sirey, 1952

Le droit de la propriété industrielle, t. 2, Sirey, 1954

ROURARD (I.)

Droit européen des licences exclusives de brevets. Droit communautaire, droit français, droit allemand, Levallois, 1989

SAGAERT (V.) (sous dir. de)

La réforme du droit privé en France, un modèle pour le droit privé européen ?, Larcier, 2009

SANTOS (F. J. A.), BALDUS (Ch.) et DEDEK (H.) (sous dir. de)

Vertragstypen in Europa, Historische Entwicklung und europäische Perspektiven, Sellier, 2011

SEVILLE (C.)

EU Intellectual property law and policy, Edward Elgar, 2009

SCHAPIRA (J.), LE TALLEC (G.), Blaise (J.-B.) et IDOT (L.)

Droit européen des affaires, Tome 1, 5e éd., Puf, 1999

SCHMIDT-KESSEL (M.)

Principles of European Law. Donation (PEL D), à paraitre, 2014

SCHMIDT-SZALEWSKI (J.) et PIERRE (J.-L.)

Droit de la propriété industrielle, 4e éd., Litec, 2007

SCHRICKER (G.) (sous dir. de)

Urheberrecht Kommentar, 3e éd., C.H. Beck, 2006

SCHULZE (G.)

Droit privé européen : l'unité dans la diversité-Le procès civil modernisé en Europe, Sellier, 2013

SCHULZE (R.) (sous dir. de)

New features in Contract Law, Sellier, 2007

SCHULZE (R.) et AJANI (G.) (sous dir. de)

Common Principles of European Private Law, Studies of a Research Network, Coll. Europaeisches Privatrecht n° 22, Nomos, 2003

SCHULZE (R.), STUYCK (J.) (sous dir. de)

Towards a European Contract Law, 4e edition, Sellier – De Gruyter, 2011

SIRINELLI (P.)

Propriété Littéraire et Artistique, 2e éd., Dalloz 2003

SIRINELLI (P.), WARUSFEL (B.) et DURRANDE (S.)

Code de la Propriété Intellectuelle commenté, 7e éd., *Dalloz*, 2009

SPENCE (M.)

Intellectual Property, Oxford University Press, 2007

STAMATOUDI (E.) et TORREMANS (P.)

EU Copyright Law. A Commentary, Edward Elgar, 2014

SYNODINOU (T.-E.) (sous dir. de)

Codification of European copyright law : challenges and perspectives, Kluwer Law International, 2012

TAFFOREAU (P.)

Droit de la propriété intellectuelle : propriété littéraire et artistique, propriété industrielle, droit international, préface de M. le Professeur Christophe Caron, 2e éd., Gualino, 2007

TAKENAKA (T.) (sous dir. de)

Intellectual Property In Common Law And Civil Law, Edward Elgar, 2014

TARDIEU-GUIGUES (E.)

« Transmission du droit sur la marque », *in JurisClasseur Marques –Dessins et modèles*, Fasc. 7400

TERRE (F.)

Droit civil, Les obligations, 9e éd., Dalloz, 2005

TESTU (F.-X.)

Contrats d'affaires, Dalloz, 2010

TORREMANS (P.)

Holyoak and Torremans Intellectual Property Law, 6e éd., Oxford University Press, 2010

TRITTON (G.)

Intellectual Property in Europe, 2e éd., Sweet & Maxwell, 2002

Intellectual Property in Europe, 3e éd., Sweet & Maxwell, 2008

TWIGG-FLESNER (Ch.) (sous dir. de)

The Cambridge Companion to European Union Private Law, Cambridge University Press, 2010

VAN EECHOUD (M.), HUGENHOLTZ (B.), Van GOMPEL (S.), GUIBAULT (L.) et HELBERGER (N.)

Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking, Wolters Kluwer Law&Business, 2009

VAN HOECKE (M.), OST (F.) et WINTGENS (L.) (sous dir. de)

Epistemology and Methodology of Comparative Law, Hart, 2004

VAQUER (A.) (sous dir. de)

European private law beyond the common frame of reference, Essays in honour of Reinhard Zimmermann, Europa Law publishing, 2008

VAREILLES- SOMMIERES (P.) (sour dir. de)

Le droit privé européen : actes du colloque organisé à Reims sous les auspices du Centre de recherche en droit des affaires, Université de Reims Champagne-Ardenne, les 30 janvier et 1er février 1997 sous le titre "Un droit privé pour l'Union européenne?, Economica, 1998

VAVER (D.) et BENTLY (L.) (sous dir. de)

Intellectual Property in the New Millennium. Essays in Honour of William R. Cornish, Cambridge University Press, 2004

VIVANT (M.) (sous dir. de)

Propriété intellectuelle et mondialisation, La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ? Actes du colloque 27-28 juin 2002, Montpellier, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2004

VIVANT (M.) et BRUGUIÈRE (J.-M.)

Droit d'auteur, 1re éd., Dalloz, 2009

Droit d'auteur, 2e éd., Dalloz, 2013

VOGENAUER (S.) et WEATHERILL (S.) (sous dir. de)

The Harmonisation of European Contract Law, Hart Publishing, 2006

VOINOT (D.) et SENECHAL (J.) (sous dir. de)

Vers un droit européen des contrats spéciaux, Larcier, 2012

VON BAR (Ch.) (sous dir. de)

Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Sellier, 2009

Principles, definitions and model rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, Sellier, 2009

WALTER (M.) et VON LEWINSKI (V.) (sous dir. de)

European Copyright Law, a commentary, Oxford University Press, 2010

WICKER (G.)

Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe. Quelles perspectives pour quel équilibre », Actes du colloque organisé par le Centre d'étude et de recherche en droit des affaires et des contrats (CERDAC) le 19 septembre 2007, Litec Lexis Nexis, 2008

WIENER (J.)

Globalisation and the Harmonization of Law, Pinter 1999

WIJFFELS (A.) (sous dir. de)

Le Code civil entre ius cmmune et droit privé européen, Bruylant, 2005

WILKOF (N.) et BURKITT (D.)

Trade Mark Licensing, 2e éd., Sweet & Maxwell, 2005

WULF (A.)

Institutional Competition between Optional Codes in European Contract Law, Springer, 2014

ZWEIGERT (K.) et KÖTZ (H.)

An introduction to comparative law, translated by Weir, 3e éd., Clarendon Press, Oxford 1998

II. OUVRAGES JURIDIQUES SPÉCIAUX

MONOGRAPHIES, COURS, THÈSES, MÉMOIRES

ABELLO (A.)

La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle, LGDJ, 2008

ALLEAUME (Ch.)

Propriété intellectuelle : cours et travaux dirigés, Montchrestien, 2010

ALMA-DELETTRE (S.)

Unité ou pluralité de la Propriété Intellectuelle ?, thèse, Montpellier, 1999

ATIYAH (P. S.) et SUMMERS (R. S.)

Form and Substance in Anglo-American Law ; A comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions, 1987

AZEMA (J.) et GALLOUX (J.-C.)

Droit de la propriété industrielle, coll. Précis, Dalloz, 6e éd., 2006

AZZI (T.)

Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé, LGDJ, 2005

BASIRE (Y.)

Les fonctions de la marque : Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif, thèse, Strasbourg (CEIPI), 2012

BECANE (J.-C.) et COUDERC (M.)

La loi, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1994

BECQUET (S.)

Le bien industriel, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2005

BENACCHIO (G.-A.) et PASA (B.)

A Common Law for Europe, CEU Press, 2005

BENSAMOUN (A.)

Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur, PUAM, 2008

BERLIOZ (P.)

La notion de bien, L.G.D.J, 2007

BIGOT (C.)

Droit de la création publicitaire, LGDJ, 1997

BINCTIN (N.)

Le capital intellectuel, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise 2007

BLANC (N.)

Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés, Dalloz, 2010

BOISSON (A.)

La licence de droit d'auteur, Lexis Nexis, 2013

BRONZO (N.)

Propriété Intellectuelle et droits fondamentaux, L'Harmattan, 2007

BURST (J.-J.)

Breveté et licencié : leurs rapports juridiques dans le contrat de licence, Litec, coll. CEIPI, 1970

BUYDENS (M.)

La valorisation et la protection des actifs de propriété intellectuelle, Larcier, 2010

CABRILLAC (R.)

Les codifications, PUF, 2002

CARBONNIER (J.)

Droit et passion du droit sous la V^e^ République, Flammarion, 1996

CARDOSO-ROULOT (N.)

Les obligations essentielles en droit privé des contrats, L'Harmattan, 2009

CARRE (S.)

L'intérêt du public en droit d'auteur, thèse Montpellier, 2004

CEMALOVIC (U.)

Le mouvement d'unification du droit des marques dans l'Union Européenne, thèse CEIPI, Université de Strasbourg, 2010

CHOURAQUI (N.) et WAYS (S.)

Au pays des licences, Dunod, 2003

DELMAS-MARTY (M.)

Towards a truly common law, Cambridge University Press, 2002

DESPOTIDOU (A.)

Nature et fonctionnement du contrat d'édition, Sakkoulas, 2003

DIENER (M.)

Les contrats internationaux de propriété industrielle, thèse, Paris, Litec, 1986

ERESEO (N.)

Exclusivité contractuelle, Litec, 2008

FONSECA TINOCO (K.)

Les licences de droit de propriété intellectuelle à l'épreuve de l'intérêt général. Une étude de droit brésilien, français et européen, thèse Strasbourg, 2014

GARCIA (K.)

Le droit civil européen, Larcier, 2008

GAUDEMET (J.) *et al.*

La codification, 3 vol., PUF, 1996-1998

GEIGER (Ch.)

Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit compare, Litec, 2004

GEORGE (A.)

Constructing Intellectual Property, Cambridge University Press, 2012

GOLDIE-GENICON (C.)

Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, LGDJ, 2009

GOURDON (P.)

L'exclusivité, L.G.D.J., 2006

GREFFE (X.)

Économie de la propriété artistique, Economica 2005

GRILLET-PONTON (D.)

Essai sur le contrat innommé, thèse, Lyon III, 1981

GUILLEMAIN (M.)

Les chaines de contrats de droit d'auteur, thèse Poitiers, 2011

GUTIERREZ-LACOUR (S.)

Le temps dans les propriétés intellectuelles, Litec LexisNexis, 2004

HADDADIN (S.)

Essai sur une théorie générale en droit d'auteur, Éds. Universitaires européennes, 2010

HENRY (G.)

L'évaluation en droit d'auteur, LITEC, coll. IRPI n° 30, 2007

HESSELINK (M.-W.)

The New European Legal Culture, Kluwer-Deventer, 2001, disponible sur : <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1029573>

The New European Private law, Kluwer Law International, 2002

HUGUET (A.)

L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur (*études sur la loi du 11 mars 1957)*, préf. R. Savatier, coll. Bibl. de droit privé, tome 30, LGDJ, 1962

JOSSELIN-GALL (M.)

Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique en droit international privé, GSN Joly, 1995

KALLINIKOU (D.)

Les questions fondamentales de la loi 2121/1993 pour le droit d'auteur et les droits voisins, Sakkoulas, 1994

KARAPAPA (S.)

Private Copying, Routeledge, 2012

KORIATOPOULOU (P.) (sous dir. de)

La protection de la propriété intellectuelle. La nouvelle Directive Communautaire 2004/48, Sakkoulas, 2005

LAITHIER (Y.-M.)

Les sanctions de la rupture pour inexécution en *droit comparé*, LGDJ, 2004

LAPOUSTERLE (J.)

L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes : *Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 2009

LARDEUR (J.)

Du contrat d'édition en matière littéraire, Arthur Rousseau 1893

LARONZE (B.)

L'usufruit des droits de propriété intellectuelle, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006

LE LABOURIER-FLEURY LE GROS (G.)

Le cumul de droits de propriété intellectuelle, thèse Caen 2007

LESUEUR (J.)

Conflits de droits. Illustrations dans le champ des propriétés incorporelles, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009

LEVEQUE (F.) et MENIERE (Y.)

Économie de la propriété intellectuelle, La découverte, 2003

MACREZ (F.)

Créations informatiques : bouleversement des propriétés intellectuelles ? Essai sur la cohérence des droits, Lexis Nexis Litec, coll. « Ceipi », préface M. Vivant, 2011

MARIE (G.)

Etude comparative du régime des contrats de propriété industrielle en droit français et en droit anglais, thèse Strasbourg (CEIPI), 2011

MARINOS (M.-Th.)

Logiciel (Software), protection juridique et contrats, tom. I, Kritiki, 1989

MARKELLOU (M.)

Les contrats d'exploitation de droit d'auteur en droit comparé (Allemagne, France, Grèce), thèse Montpellier III, 2009

Le contrat d'exploitation d'auteur : Vers un droit d'auteur contractuel européen, Larcier, 2012

Contrats d'exploitation en droit d'auteur, Sakkoulas, 2012

MEUNIER (A.)

« *Le droit d'exploitation de la compétition sportive : un droit de propriété intellectuelle ?* », Mémoire M1, Paris 2, 2009

MINOUDIS (M.)

Licence d'exploitation de brevet d'invention, 1987

MOHR (P.)

L'harmonisation européenne du droit des contrats d'auteur – Etude de droit comparé à partir des droits allemand, anglais, espagnol et français, thèse Strasbourg, 2014

MONTELS (B.)

Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles, PUAM, 2001

MOULY-GUILLEMAUD (C.)

Retour sur l'article 1135 du Code civil-une nouvelle source du contenu contractuel, LGDJ, 2006

NADAUD (S.)

Recherche sur le processus de codification européenne du droit civil, th. Limoges, 2007

NAUTA (M.)

Consideration in Intellectual Property Licences, Lang, 2014

NEIRAC-DELEBEQUE (C.)

Le lien entre l'auteur et son œuvre, th. Montpellier, 1999

NIKOLOPOULOS (I.)

La cession du droit patrimonial du droit d'auteur, Athènes- Kommotini, Ed. Sakkoulas, 2005

OPETIT (B.)

Essai sur la codification, PUF, 1998

ÖRÜCÜ (E.) et NELKEN (D.)

Comparative law: a handbook, Hart Publishing, 2007

OST (F.) ET VAN DE KERCHOVE (M.)

De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, Presses universitaires de St Louis, Belgique, 2002

OVERSTAKE (F.)

Essai de classification des contrats speciaux, LGDJ, 1969

PANAGIOTIDOU (E.)

Recherche-Innovation, Sakkoulas, 2008

PARR (R.) et SMITH (G.)

Intellectual property: valuation, exploitation, and infringement damages, Hoboken, Wiley, 2010

PUIG (P.)

La qualification du contrat d'entreprise, Ed. Panthéon-Assas, Paris, 2002

RAIMOND (S.)

La qualification du contrat d'auteur, Coll. IRPI n° 34, Litec 2009

RAYNARD (J.)

Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur, thèse Montpellier I, 1989, préf. M. Vivant, Litec, 1990

ROCHFELD (J.)

Cause et type de contrat, LGDJ, coll. « Bibl. de droit privé », tome 311, 1999

SENECHAL (J.)

Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008

SIMLER (Ch.)

Droit d'auteur et droit des biens, Coll. du CEIPI n° 55, LexisNexis, 2010

SMITS (J.) (sous dir. de)

The making of European Private Law, Intersentia, 2002

The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives, European Law Publishing, 2005

STAMATOUDI (E.)

Droit communautaire de la concurrence et propriété intellectuelle, Nomiki Vivliothiki, 2006

STAVRIDOU (S.)

Le contrat de mise en gestion en droit d'auteur, *Sakkoulas*, 1999

STIEL (P.)

Leistungstörungen bei Lizenzverträgen aus Sicht des europäischen Rechts, Herbert Hutz Verlag, Munich, 2009

STROWEL (A.)

Droit d'auteur et copyright, LGDJ, 1993

TARDIEU-GUIGUES (E.)

Le contrat de licence de marque, thèse, Montpellier, 1991

TERRE (F.)

L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, LGDJ, 1957

THANOPOULOU (Ch.)

Contenu et forme juridique du droit européen des contrats, Sakkoulas, 2013

TWIGG-FLESNER (Ch.)

The Europeanisation of contract law: current controversies in law, Routeledge-Cavendish, 2008

The Europeanisation of contract law: current controversies in law, 2e éd., Routeledge-Cavendish, 2013

VOGEL (L.) (sous dir. de)

Droit global, Unifier le droit, le rêve impossible ?, éd. Panthéon-Assas, 2001

ZOLYNSKI (C.)

Méthode de transposition des directives communautaires. Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins, Dalloz, 2007

III. RAPPORTS ET COMMUNICATIONS

« Project Europe 2030 : Challenges and Opportunities », *Report to the European Council by the Reflection Group on the Future of the EU 2030*, mai 2010, disponible sur : <www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/en_web.pdf>

ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPÉENS

Travaux de la Conférence Internationale de Pavie des 27-28 juin 2009, disponibles sur : <www.eurocontracts.eu>

ALAI 1997

Protection des auteurs et artiste interprètes par contrat, Ed. Yvon Blais, 1998

ASSEMBLÉE NATIONALE

« Le droit continental, un vecteur de compétitivité », 02 novembre 2011, disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/le-garde-des-sceaux-10016/le-droit-continental-un-vecteur-de-competitivite-23102.html>

ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE

« Réponse à la commission européenne : à propos de la creation d'un droit europeen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », disponible sur : < http://www.henricapitant.org/sites/default/files/R%C3%A9ponse%20finale%20de%20l%27Association%20Henri%20Capitant%2031%2001%202011_0.pdf>

BAROSO (J.-M.)

Orientations politiques pour la prochaine Commission, Septembre 2009, disponible sur : <ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/pdf/press_20090903_fr.pdf>

BENABOU (V.–L.) et VARET (V.) (sous dir. de A. FRANÇON)

La codification de la propriété intellectuelle : étude critique et prospective. Mission de recherche droit et justice, Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, La Documentation française, 1998

BRENNAN (L.) et DODD (J.)

« A Concept Proposal for a Model Intellectual Property Contracting Law / Model Intellectual Property Contract Law (Concept Draft for Discussion Only*)* », Presentation at the UNCITRAL Third International Colloquium on Secured Transactions Presentation, 1-3 March 2010, Vienna, <www.uncitral.org>

BRITISH MUSIC RIGHTS

Response to the Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law, London, 24 October 2001

BUSCH (Ch.)

Scope and content of an optional instrument for EU contract law, Note, Directorate General for Internal Policies, Policy department C: Citizen's Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, PE 425.644, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/webnp/webdav/site/myjahiasite/users/emartinezdealosmoner/public/Busch%20%20EN.pdf>

BUSSANI (M.) et MATTEI (U.) (THE TRENTO COMMON CORE PROJECT)

The Trento Common Core Project, manifesto delivered at the first general meeting on July 6 1995

CATALA (P.)

Avant projet de reforme du droit des obligations et de la prescription, La Documentation française, 2006

CEDROMA

Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques, Colloque de Beyrouth, 3, 4 et 5 mai 2004, Bruylant, 2007

CENTRE PAUL ROUBIER

La Valeur des droits de propriété industrielle, journée d'étude, Lyon, 2005, Collection du CEIPI, n° 53, éd. LexisNexis-Litec 2006

CHIOU (Th.)

« Lifting the (Dogmatic) Barriers in Intellectual Property Law : fragmentation vs. integration and the future of European IP law », présentation à la Conference « 6th International Conference on Information Law and Ethics (ICIL 2014) : *Lifting Barriers to Empower the Future of Information Law and Ethics* », Thessalonique, 30-31 mai 2014, disponible sur : <icil.gr/speakers>

CHRISTIE (A.)

« A Possible Vision of a One Right System for IP », *One Right System for IP - Vision Impossible?*, IPR University Center International Conference, Helsinki, 3 octobre 2008

COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN

Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020 ?, Rapport du groupe de projet PIETA, 2006, disponible sur : <www.ensmp.net/pdf/2007/Rapport_PIETA_2006.pdf>

DE BOOYS (T.-Q.), MAK (Ch.) et HESSELINK (M.-W.)

« A Comparison between the Provisions of the Draft Common Frame of Reference and the European Commission's proposal for a Consumer Rights Directive. How the CFR can Improve the Consumer Rights Directive », PE 419.608, oct. 2009, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/studies>

DEMOTES-MAINARD (M.)

La connaissance statistique de l'immatériel, Groupe de Voorburg sur la Statistique des Services, 18ème session, Tokyo, 6-10 Octobre 2003, disponible sur : <ebookbrowse.com/demotes-mainard-pdf-d35401899>

DERCLAYE (E.)

« An EU Copyright Code : what and how ? », communication à BLACA/IPI Seminar, Londres,14 octobre 2010, disponible sur : <www.blaca.org/An%20EU%20copyright%20code-blaca%20derclaye.ppt.>

DIETZ (A.)

Le droit d'auteur dans la Communauté européenne. Analyse comparative des législations nationales relatives au droit d'auteur face aux dispositions du traité instituant la Communauté économique européenne, Étude réalisée à la demande de la Commission des Communautés européennes, 1976

Le droit d'auteur dans la Communauté européenne. Analyse comparative des législations nationales relatives au droit d'auteur face aux dispositions du traité instituant la Communauté économique européenne, Étude réalisée à la demande de la Commission des Communautés européennes, 1978

Le droit primaire des contrats d'auteur dans les états membres de la Communauté européenne *: situation législative et suggestions de réforme,* étude élaborée à la demande de la Commission des Communautés Européennes, SG-CULTURE/4/81-FR, Septembre 1981

DREIER (Th.)

« Rights Management Report », rapport présenté à la Conférence « European *Copyright* Revisited », Santiago de Compostella, 16-18 juin 2002, disponible sur : <www.zar.kit.edu/DATA/veroeffentlichungen/3_european_00efc3b.pdf>

DREXL (J.), NÉRISSON (S.), TRUMPKE (F.) et HILTY (R.-M.)

« Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition law on the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market com (2012)372 », *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper Series*, No. 13-04. Disponible sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2208971 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2208971> (16 janvier 2013)

DUSOLLIER (S), KER (C), IGLESIAS (M), SMITS (Y.)

Contractual arrangements applicable to creators: law and practice of selected Member States, European Parliament – Directorate General for International Policies – Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs – Legal Affairs, 2014, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/RegData/.../IPOL-JURI_ET(2014)493041_EN.pdf>

EBU

Modern Copyright for digital media, Legal analysis and EBU proposals, mars 2010

ECONOMICS AND STATISTICS ADMINISTRATION ET UNITED STATES PATENT AND TRADEMARK OFFICE

Intellectual Property and the U.S. Economy : Industries in Focus, mars 2012, disponible sur : <www.uspto.gov/news/publications/IP_Report_March_2012.pdf>

EPO-OHIM

Intellectual property rights intensive industries : contribution to economic performance and employment in the European Union. Industry-Level Analysis Report, Septembre 2013, disponible sur : < ec.europa.eu/internal.../joint-report-epo-ohim-final-version_en.pdf>

EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY

« Response to the Public Consultation on the review of the EU copyright rules », mars 2014, disponible sur : <infojustice.org/wp-content/uploads/2014/03/ECS-answer-to-EC-consultation-on-copyright-Review.pdf>

« Letter at Mr Günther Oettinger, Commissioner for Digital Economy and Society European Commission. Subject : unification of copyright law », 19 décembre 2014, disponible sur : <www.ceipi.edu/uploads/media/ECS_letter_to_Oettinger_FIN-1.pdf>

EUROSTAT

Principaux tableaux, balance de paiements, transactions internationales, Transactions internationales dans les redevances et droits d'exploitation de licence : exportations, importations et balance (tec00071), disponible sur : < epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/balance_of_payments/data/main_tables>

FAUVARQUE-COSSON (B.) et BÉHAR-TOUCHAIS (M.)

La mise en œuvre des instruments optionnels dans le domaine du droit civil européen, étude réalisée par Trans Europe Experts devant le Parlement Européen, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documentss/juri/dv/pe462425_/pe462425_fr.pdf>

« La mise en œuvre des instruments optionnels dans les États membres », *Les Petites Affiches*, 29 juin 2012

FAUVARQUE-COSSON (B.)

« Droit européen des contrats : quelles perspectives en Europe », Forum de TEE, Paris, 31 mars 2010, disponible sur : <www.transeuropexperts.eu/documents/AtelierContrat.pdf>

GEIGER (Ch.) et PY (E.)

« La législation communautaire en matière de propriété intellectuelle et le rôle du parlement européen, étude synthétique », Strasbourg, mai 2009. Disponible sur : <www.ceipi.edu>

GOTZEN (F.)

Les contrats d'exploitation des droits de l'artiste interprète ou exécutant, Commission des Communautés Européennes, dactyl. 1977

« Panel 1 : Les différentes possibilités de gestion du droit d'auteur : Gestion collective du droit d'auteur et octroi de licences communautaires. La législation sur le droit d'auteur et la concurrence revisitée », Conférence « Droit d'auteur et créativité dans l'Union européenne élargie », Dublin, 20-22.06.2004, disponible sur : <ec.europa.eu/internal_market/*copyright*/docs/conference/2004-dublin/gotzen_fr.pdf>

HARGREAVES (I.)

Digital Opportunity A Review of Intellectual Property and Growth, mai 2011, disponible sur: <www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf>

HEINZE (Ch.)

«The proposal of common rules on national and Community IP-rights», presentation à la Conference The Model Law on Intellectual Property A Proposal for German and European Law Reform?, Mannheim Center for Competition and Innovation, 7-8 fevrier 2013, disponible sur : <modellgesetz.uni-mannheim.de/english/The%20Conference/Presentations/Presentation%20Heinze.pdf>

HILTY (R.-M.), JAEGER (Th.), LAMPING (M) et ULLRICH (H.)

« The Unitary Patent Package : Twelve Reasons for Concern », Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, disponible sur : <www.ip.mpg.de/files/pdf2/MPI-IP_Twelve-Reasons_2012-10-17_final3.pdf>

HUGENHOLTZ (B.) et GUIBAULT (L.)

Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union, Final report, disponible sur: <www.ivir.nl/publications/other/final-report2002.pdf>

ICC

Intellectual Property : Powerhouse for Innovation and Economic Growth, 10e éd., disponible sur : <www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/bascap/value-of-ip/ip-and-economic-growth/>

IDRIS (K.) (WIPO)

Intellectual Property : *A Power Tool for Economic Growth*, 2003

IPO

The UK's International Stategy for Intellectual Property, août 2011, disponible sur : < http://www.ipo.gov.uk/ipresponse-international.pdf>

IRPI

Approches stratégiques de la propriété industrielle, Actes du colloque IRPI du 26 novembre 2010, Collection : Le droit des affaires - Propriété intellectuelle, Tome 38, 2011

IRPI et INSTITUT MAX PLANCK DE MUNICH

Rencontres Franco-allemandes sur le droit d'auteur, *UNESCO e-bulletin du droit d'auteur*, oct.-déc. 2005, disponible sur : < http://portal.unesco.org/culture/fr/files/29738/11382063731rencontres_fr.pdf/rencontres_fr.pdf>

KEA EUROPEAN AFFAIRS

Les licences multi-territoriales des œuvres audiovisuelles dans l'Union Européenne, Rapport final, élaboré pour la Commission Européenne, DG Société de l'Information et des médias, disponible sur : < ec.europa.eu/avpoli=cy/docs/library/studies/multiterr/exec_sum_fr.pdf >

KRETSCHMER (M.), DERCLAYE (E.), FAVALE (M.), WATT (R.)

The Relationship Between Copyright and Contract Law, Intellectual Property Office, 2010, disponible sur : <http://eprints.bournemouth.ac.uk/16091/1/_contractlaw-report.pdf.>

KMU FORSCHUNG AUSTRIA

Austrian Institute for SME Research, *Benchmarking National and Regional Support Services for SME's in the Field of Intellectual and Industrial Property*, Final benchmark report, Vienna 2007, disponible sur : <www.proinno-europe.eu>

KNAAK (R.), KUR (A.) et VON MÜHLENDAHL (A.)

« The Study on the Functioning of the European Trade Mark System», *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 12-13*, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=2172217>

KUR (A.)

« Differentiated Protection Based on Unitary Ground - A Feasible Approach? », *One Right System for IP - Vision Impossible?*, IPR University Center International Conference, Helsinki, 3 octobre 2008

LAW SOCIETY OF ENGLAND AND WALES

Common European Sales Law, Response to UK Government Call for Evidence, mai 2012, disponible sur : <international.lawsociety.org.uk/files/The%20Law%20Society_Response%20to%20CESL%20consultation_0512_Final.pdf>

LEVY (M.) et JOUYET (J.-P.)

L'économie de l'immatériel, la croissance de demain, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, La Documentation française, nov. 2006. Disponible sur < www.minefi.gouv.fr/directions_services/sircom/technologies_info/immateriel/immateriel.pdf>

LOOS (M.), HELBERGER (N.), GUIBAULT (L.), MAK (CH.), PESSERS (L.), CSERES (K.), VAN DER SLOOT (B.), TIGNER (R.)

Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts, FINAL REPORT, Comparative analysis, Law & Economics analysis, assessment and development of recommendations for possible future rules on digital content contracts, University of Amsterdam, juillet 2011, disponible sur : < www.ivir.nl/publications/helberger/digital_content_contracts_for_consumers.pdf>

MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW

Policy Options for Progress Towards a European Contract Law, comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final, disponible sur <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/247_en.pdf>

MAX PLANCK INSTITUTE FOR INTELLECTUAL PROPERTY AND COMPETITION LAW

Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System, 15.02.2011, disponible sur: < http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/tm/20110308_allensbach-study_en.pdf>

MERCIER (M.)

Discours d'ouverture - Congrès fondateur de l'Institut européen du droit, Paris, Université Panthéon-Assas, mercredi 1er juin 2011 », disponible sur : <www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/_2__Michel_Mercier.pdf>

OBI

Propriété Intellectuelle, un outil professionnel pour les PME, guide pour l'industrie textile et des vêtements, avril 2010, disponible sur : < www.obi.gr/obi/Portals/0/ImagesAndFiles/Files/textile_GR.pdf>

OCDE

Actifs intellectuels et création de valeur, Rapport de synthèse, 2008. Disponible sur : <www.oecd.org/dataoecd/0/31/40825836.pdf>

OMPI (WIPO)

Guide on the surveying the economic contribution of the copyright-based industries, Geneva 2003, disponible sur : < www.wipo.int/*copyright*/en/publications/pdf/*copyright*_pub_893.pdf >

Transfert de technologie, doc. SCP/14/4 REV., 13 avril 2011, disponible sur : <www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=165339>

Results of the WIPO Arbitration and Mediation Center International Survey on Dispute Resolution in Technology Transactions, mars 2013, disponible sur : <www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/surveyrsults.pdf>

OPI

Droit d'auteur et PME, 2008, disponible sur : < web.opi.gr/opifiles/odigoi/epixeiriseis.pdf>

PÉCHER (L.) et ASTIER (P.)

Le droit d'auteur en usage en Europe, Rapport pour le Motif, octobre 2010, disponible sur : <www.lemotif.fr/fichier/motif_fichier/184/fichier_fichier_le.droit.d.auteur.en.usage.europe2.pdf>

PEUKERT (A.) et HILTY (R.-M.)

European intellectual property contract law: Promoting innovation and creativity, (*Europäisches Immaterialgütervertragsrecht: Förderung von Innovation und Kreativität*), Tätigkeitsbericht 2006, Max Planck Institute for Intellectual Property. *Rabels* Zeitschrift, 2/2012, pp. 339-373

POPHAM (S.) et CLIFFORD CHANCE

Clifford Chance Survey European Contract Law, 2005

REDING (V.)

« A European Law Institute : an Important Milestone for an Ever Closer Union of Law, Rights and Justice », discours à l'Institut universitaire européen, Florence, 10 avril 2010, Speech/10/154

« The optional Common European Sales Law – Seizing the opportunity ! », Conference on European Contract Law, Warsaw, 10 November 2011, SPEECH/11/742

« The European Law Institute – Tracing the Path towards a European Legal Culture », Opening of the European Law Institute, Vienna, 17 November 2011, SPEECH/11/764

REINBOTHE (J.)

« A review of the last ten years and a look at what lis ahead : copyright and related rights in the European Union », intervention à la Tenth Annual Conference on International IP Law & Policy, Fordham University School of Law (New York, April 2002), disponible sur : <www.europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/documents/2002-fordhamspeechreinbothe_en.htm>

SAUVE (J.-M.)

« Vers une culture juridique commune », discours au congres inaugural de l'ELI, Paris, 1er juin 2011, disponible sur : <www.annoncesdelaseine.fr/index.php/2011/06/16/l%E2%80%99institut-europeen-du-droit-the-european-law-institute-eli/>

SCHMIDT (J.)

« Les contrats d'exploitation de brevets en droit privé », *in* INSTITUT DE FRANCE, *Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention*, Actes de colloque, Paris- 10 mars 2005, Lavoisier, 2006, p. 3 et s.

TERA CONSULTANTS

Promouvoir l'économie numérique : l'enjeu de l'emploi dans les industries créatives de l'UE, résumé, mars 2010, (étude commandée par la Chambre Internationale de Commerce/BASCAP), disponible sur : < www.iccwbo.org/uploadedFiles/BASCAP/Pages/Building a Digital Economy - French.pdf>

TERRYN (E.)

The Common frame of Reference : an optional instrument ?, note n° PE 425.611, Parlement Europeen, DG politique intérieur, avril 2010, disponible sur : <www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201004/20100430ATT73925/20100430ATT73925EN.pdf>

THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT

The value of knowledge, European firms and the intellectual property challenge, 2007. Disponible sur : < http://graphics.eiu.com/files/ad_pdfs/eiu_EuropeIPR_wp.pdf>

THE LAW SOCIETY OF SCOTLAND

« Call for Evidence - A Common European Sales Law for the European Union – A proposal for a Regulation from the European Commission », mai 2012, disponible sur : <www.lawscot.org.uk/media/492984/obl-moj_call_for_evidence-common_european_sales_law-law%20society%20of%20scotland%20response.pdf>

TIROLE (J.), HENRY (C.), TROMMETTER (M.), TUBIANA (L.) et CAILLAUD (B.) (sous dir. de)

Propriété intellectuelle, Rapport du Conseil d'Analyse Économique, La Documentation française, 2003

TRANS EUROPE EXPERTS

Pole de droit de la propriété intellectuelle, Réponse au Livre Vert sur La distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne, COM (2011) 427 final, disponible sur : <

ec.europa.eu/internal_market/consultations/2011/audiovisual/non-registered-organisations/trans-europe-experts_en.pdf>

ULMER (E.)

« Propriété intellectuelle et droit international privé », étude, Commission européenne, 1980. Disponible sur : <http://aei.pitt.edu/37179/>

La propriété intellectuelle et le droit international privé, Étude réalisée à la demande de la Commission des Communautés européennes, Collections Études, Série Secteur culturel n. 3, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1980.

UNCITRAL

Legislative Guide on Secured Transactions, Supplement on Security Rights in Intellectual Property, 2011, disponible sur : < www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lg/e/10-57126_Ebook_Suppl_SR_IP.pdf>

UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE (UNECE)

Intellectual Property Commercialization, policy options and practical instruments, 2011, disponible sur : <www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/publications/ip.pdf>

VAN ERP (S.)

« Why a European Law Institute », disponible sur : < www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/_16__Sjef_van_Erp.pdf>

VAN GERVEN (W.)

« Changing Methodologies under the Influence of Europeanization and Internationalization », Saro Congress, 2004, résumé de la Conference disponible sur : < http://www.nwo.nl/files.nsf/pages/NWOP_66ZL2E/$file/SaRO_abstract_Van_Gerven.pdf>

VAN HOUTTE (J.)

« Discours lors de l'inauguration de la session d'été de la faculté internationale de droit comparé », Luxembourg, 4 aout 1959

VERCKEN (G.)

Practical Guide to Copyright for Multimedia Producers, European Commission LAB, EUR 16128 EN, Office for Official Publications of the European Communities, Brussels, 1996, disponible sur: <bookshop.europa.eu/en/practical-guide-to-copyright-for-multimedia-producers-pbCDNA16128/>

VON BAR (Ch.), LANDO (O.) et SWANN (S.)

« Communication on European Contract Law : Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code », *ERPL*, 2/2002, pp. 183-248

WALTER (M.)

« Updating and consolidation of the acquis. The future of European copyright », disponible sur : <europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/docs/conference/2002-06-santiago-speech-walter_en.pdf.>

The Future of European Copyright, 2002, disponible sur: <ec.europa.eu/internal_market/*copyright*/docs/conference/2002-06-santiago-speech-walter_en.pdf>

ZOLYNSKI (C.) et MARTIAL-BRAZ (N.) (sous dir. de)

Réponse du réseau Trans Europe Experts Pôle droit de la propriété intellectuelle au Livre Vert sur La distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne COM (2011) 427 final, novembre 2011, disponible sur : <www.transeuropeexperts.eu>

IV. ARTICLES

ABELLO (A.)

« La propriété intellectuelle une « propriété de marché » », in M.-A FRISON-ROCHE et A. ABELLO, (sous dir. de), *Droits et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 341 et s.

AHRENS (H.-J.)

« Brauchen wir einen Allgemeinen Teil der Rechte des Geistigen Eigentums ? », *GRUR*, 2006, p. 617 et s.

AJANI (G.)

« Legal Taxonomy and European Private Law », *in* R. SCHULZE, G. AJANI (sous dir. de), *Common Principles of European Private Law*, Studies of a Research Network, Coll. Europaeisches Privatrecht n° 22, Nomos, 2003, p. 349 et s.

« Le multilinguisme, les langues du droit et la recherche de cohérence du droit privé européen », *in* G. AJANI *et alii*, *The Multilanguage Complexity of European Law*, European Press Academic Publishing, 2007, p. 23 et s.

AJANI (G.) et EBERS (M.)

« Uniform Terminology for European Contract Law: Introduction » *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 11 et s.

ALBERT (C.), BRZEZINSKI (K.) et KICKLER (H.)

« Common Principles of European Intellectual Property Law. International Conference, Bayreuth, 20 and 21 November 2009 », *GRUR Int.* 2010, p. 970 s.

ALLAEYS (Ph.)

« Hypothèses de forfait en droit d'auteur », *Propr. Int.*, n° 24, juill. 2007, p. 269 et s.

« Le droit de divulgation est-il supra-patrimonial ? », note sous arrêt, Cass. 1re civ., 25 mars 2010, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1603

ALLAEYS (Ph.), BUSTIN (O.) et DE MITRY (J.-H.)

« La liberté contractuelle existe-t-il en droit d'auteur ? », *Légipresse*, 2003, II, p. 117

ALPA (G.)

« Harmonisation of and Codification in European Contract Law », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p 149 s.

« The Future of European Contract Law : Some Questions and Some Answers », *in* K. BOELE-WOELKI, W. GROSHEIDE, *The future of European contract law*, Wolters Kluwer, 2007, p. 3 et s.

« New Paths of Private Law », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 249 s.

« Towards a European Contract Law », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e edition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 23 et s.

AMATO (G.)

« Multilevel Europe and private law », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008., p. 1 et s.

AMRANI MEKKI (S.) et FAUVARQUE-COSSON (B.)

« Droit des contrats septembre 2007-septembre 2008 », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2965

ANCEL (M.-E.)

« Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », *in* G. PIGNARRE (sous dir. de), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2005, p. 121 et s.

ANCEL (P.)

« Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD. Civ.*, 1999, p. 771

« Dénationaliser l'enseignement du droit civil ? Réflexions autour d'une expérience québécoise », *RTD Civ.*, 2011, p. 701

ANGELOPOULOS (Ch.)

« The Myth of European Term Harmonisation : 27 Public Domains for the 27 Member States », *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2012, Vol. 43, n° 5, pp. 567-594

ANTONS (Ch.)

« Legal Culture and its Impact on Regional Harmonisation », *in* Ch. ANTONS, M. BLACKNEY, Ch. HEATH, *Intellectual Property Harmonisation within ASEAN and APEC*, Kluwer Law International, 2004, p. 29 s.

APOSTOLOPOULOS (Ch.)

« L'abus anti-concurrentiel des droits de propriété intellectuelle sous le prisme de l'ADPIC », *ChrID*, 2008, p. 667 et s.

« La Directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle et la loi n° 3524/2007 relatif à sa transposition en droit grec, *ChrID*, 2008, p. 179

ARNOKOUROS (G.)

« Code civil européen. Vision, méthode et évolutions », *ChrID*, A/2001, pp. 491-499

ARNOLD (R.)

«An Overview of European Harmonization Measures in Intellectual Property Law » *in* A. OHLY, J. PILA, *The Europeanization of Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2013, p. 25 s.

ARORA (A.) et GAMBARDELLA (A.)

« Ideas for rent : an overview of markets for technology », *Industrial and Corporate Change,* 2010, n° 19 (3), pp. 775-803

ARORA (A.), FOSFURI (A.) et RØNDE (T.)

Managing licensing in a market for technology, 2010, disponible sur: <www.mric.uni-muenchen.de/research/res_seminars_mric/seminar_mm/fosfuri.pdf>

ARROW (K.)

Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention, *in* NELSON (sous dir. de), *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors,* 1962, Princeton University Press, p. 609

ASENDORF (F.)

« A piece of (the) cake-damages for proprietor and licensee due to infringements of Community trade marks », *GRUR Int*. 2011, p. 802 s.

ASIMAKOPOULOU (E.)

« Les dispositions de la loi n° 4072/2012 relatives à l'enregistrement et la protection des marques commerciales nationales », *DEE,* 4/2012, p. 422 et s.

AUBERT (J.-L.)

« La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil », *in Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 123 s.

AUBERT DE VINCELLES (C.)

« La recherche d'une cohérence en droit européen : de l'acquis communautaire à l'ébauche d'un droit européen des contrats », *in* G. WICKER, *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe. Quelles perspectives pour quel équilibre »,* Actes du colloque organisé par le Centre d'étude et de recherche en droit des affaires et des contrats (CERDAC) le 19 septembre 2007, Litec Lexis Nexis, 2008, p. 7 s.

« Naissance d'un droit commun communautaire de la consommation », *RDC*, 2009/2, p. 578 s.

« Double harmonisation du droit européen des contrats : instrument optionnel et directive cadre », *RTD eur.*, 2011, p. 621

« Les options « contraignantes » du livre vert (options 5, 6 et 7) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 115 et s.

« Acquis européen, cadre commun de référence et proposition de Directive européenne au droit des consommateurs : quelle place pour les contrats spéciaux ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 53 s.

AUBERT DE VINCELLES (C.), DANIS-FATOME (A.), DESHAYES (O.) et USUNIER (L.)

« Pour un instrument optionnel de droit des contrats limité aux ventes à distance transfrontières conclues entre professionnels et consommateurs. », *RDC*, octobre 2011, n° 4, p. 1426 s.

AUBERT DE VINCELLES (C.), GRYNBAUM (L.) et ROCHFELD (J.)

« Ou sont les Français ? ou l'urgence de la mobilisation européenne… », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 737

AUGENHOFER (S.)

« A European Civil law- for whom and what should it include, Reflections on the scope of Application of a future European legal instrument », *ERCL*, 2/2011, p. 195 et s.

AZEMA (J.)

« Restrictions contractuelles au droit de vente du licencié », *RTD Com.*, 2009 p. 706

BALGANESH (S.)

« Alienability and copyright law », *in* H. HOWE, J. GRIFFITHS (sous dir. de), *Concepts of Property in Intellectual Property Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 161 et s.

BARBIERI (J.-J.)

« Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », *RDC*, 01 avril 2006, n° 2, p. 261

BARTELS (S.) et GIESEN (I.)

« The Principles of European Law on Service Contracts : The Rules on Medical Treatment in a Future Europe Compared to the Rules in the Netherlands », *in* K. BOELE-WOELKI, W. GROSHEIDE, *The future of European contract law*, Wolters Kluwer, 2007, p. 149 s.

BASEDOW (J.)

« The Common Frame of Reference and Insurance Contract Law », *in* K. BOELE-WOELKI, W. GROSHEIDE, *The future of European contract law*, Wolters Kluwer, 2007, p. 149 s.

« The Optional Application of the Principles of European insurance Contract Law », *in European Contract Law, Era Forum Special Issue 2008*, n° 9, supplément n° 1, septembre 2008, p. S111 s.

« European Contract Law- The Case for a Growing Optional Instrument », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e edition, Sellier – De Gruyter, 2011, pp. 169-170

BATTISTELLI (B.)

« Another step towards an enhanced European IP environment », 3 mai 2011, disponible sur : <www.epo.com>

BEALE (H.)

« La réforme du droit français des contrats et le « Droit européen des contrats » : Perspective de la *Law Commission* anglaise », *RDC*, 01 janvier 2006, n° 1, p. 135

« The Common Frame of Reference in general », *in* R. SCHULZE (sous dir. de), *New features in Contract Law*, Sellier, 2007, p. 343 et s.

BECHTOLD (S.)

« Commentary on the Directive 2001/29/EC on the Harmonization of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society », *in* Th. DREIER, B. HUGENHOLTZ, *Concise European Copyright Law*, 1e éd., Kluwer Law International, 2006, pp. 343-403

BEIER (F.-K.), DIETZ (A.) *et alii*

« Harmonisation of Industrial Property and *Copyright* Law in the European Community. Report of a Symposium held by the Max Planck Institute for Foreign and International Patent, *Copyright* and Competition Law, at Ringberg Castle near Tegernsee », *IIC*, 1987, p. 303 s.

BENABENT (A.)

« Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », *in Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 251

BENABOU (V.-L.)

« Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, n° 1, janvier 2005, p. 53 et s.

Chronique, *Propr. Intell.*, avril 2011, n° 39

BENSAMOUN (A.)

« Les mutations de la norme en droit d'auteur (réflexion sur les sources) », *in* N. MARTIAL-BRAZ (sous dir. de), *Les mutations de la norme : le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2011, p. 279 s.

BENSAMOUN (A.) et ZOLYNSKI (C.)

« La promotion du droit négocié en propriété intellectuelle : consécration d'une conception dialogique du droit », *Recueil Dalloz*, 2011 p. 1773

BENTLY (L.)

« Computer Programs Directive », *in* Th. DREIER, B. HUGENHOLTZ, *Concise European Copyright Law*, 1e éd., Kluwer Law International, 2006, p. 211 et s.

« The return of Industrial Copyright », *EIPR*, 2012, n° 10, p. 654 et s.

BERGE (J.-S.)

« Entre autres droits, la propriété intellectuelle », *Propr. Intell.*, n° 4, Juillet 2002, p. 9 et s.

« L'actualité du conflit de lois sur le droit d'auteur : bataille au pays des fantômes », *Gazette du Palais*, 25 et 26 juin 2003, n° 176 à 177, pp. 8-14

« A propos du « petit droit européen des contrats » : de quelques exemples récents en droit de la propriété intellectuelle », *RDC*, 01 avril 2010, n° 2, p. 725 s.

BERGEL (J.-L.)

« Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD Civ.*, 1984, p. 255 et s.

BERGMANS (F.-B.)

« Essai de systématisation nouvelle des contrats de droit privé, contribution à une théorie générale des contrats », *RPJ*, 1990, p 411 et s.

BERRAMDANE (A.)

« Le Traité de Lisbonne et le retour des États », *JCP G*, 2008, I., p. 116

BESSON (S.)

« Fundamental rights and European Private Law », *in* M. BRUSSANI, F. WERRO, (sous dir. de), *European Private Law : A handbook*, vol. I, Staempli, Bruylant, Sakkoulas, CAP, Sellier, 2009, p. 7 et s.

BINCTIN (N.)

« Le rôle des usages dans l'évaluation des biens intellectuels », *Cahiers de droit de l'entreprise*, Dossier - Les usages et pratiques professionnelles en droit de la propriété intellectuelle, n° 4, Juillet 2008, p. 36

« Quel avenir pour le capital intellectuel ? », *Bulletin Joly Sociétés*, 01 déc. 2009, p. 1180

« Les biens intellectuels - Contribution à l'étude des choses », *Communication Commerce Electronique*, juin 2006, Etudes 14, p. 8 et s.

« Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle » *in Droits de propriété intellectuelle, Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI, n° 36, Litec, 2010, p. 51 et s.

« Le projet de brevet européen à effet unitaire : en attendant un brevet de l'Union ? », *Propr. Intell.*, juillet 2011, n° 40, p. 270 et s.

« Diversité : les biens intellectuels et leurs appropriations », *in* C. PUIGELIER (sous dir. de), *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 241 s.

« L'ambition : Le brevet de l'Union Européenne » *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *Quel droit des brevets pour l'Union Européenne ?*, Acte du colloque organisé par le CEIPI les 26 et 27 avril 2012 au Parlement Européen de Strasbourg, Coll. CEIPI n° 59, Litec Lexis Nexis, 2013, p. 17 et s.

« Les sept familles de la propriété intellectuelle », *in* Ch. GEIGER, C. RODA (sous dir. de), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé. Mélanges en l'honneur du professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, Lexis Nexis, 2013, p. 49 s.

« La loi renforçant la lutte contre la contrefaçon », *JCP G*, 14, 7 avril 2014, p. 416

« Le nouveau règlement européen de défense des droits de la propriété intellectuelle par saisie douanière », *Propriété industrielle*, 2014, n° 1, pp. 12-18

« Les contrats de licence, les logiciels libres et les creative commons », *Revue internationale de droit comparé*, n° 2, 2014, pp. 471-493.

« Généralité sur la propriété industrielle », *JCP E*, n° 48, 27/11/2014, pp. 41-42

BLANC (D.)

« Droit européen des contrats : un processus en voie de dilution ? », *Rec. Dalloz*, 2008, p. 564

BLANC (D.) et DEROULEZ (J.)

« La longue marche vers un droit européen des contrats », *Rec. Dalloz*, 2007, p. 1615

BLANQUET (M.)

« Compétences de l'Union. Architecture générale. Délimitation », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 170

BODENHAUSEN (G.H.C.)

« L'obligation d'exploiter les brevets d'invention et ses sanctions », *P.I.*, 1950, p. 69

BOGERS (M.), BEKKERS (R.) et GRANSTRAND (O.)

« Intellectual Property and Licensing Strategies in Open Collaborative Innovation », *in* C. HEREDERO DE PABLOS, D. LÓPEZ (sous dir. de), *Open innovation at Firms and Public Administrations*, IGI Global, pp. 37-58, disponible sur : < http://findresearcher.sdu.dk:8080/portal/files/57627292/Bogers_Bekkers_Granstrand_2012_chapter_3_Intellectual_Property_and_Licensing_Strategies_in_Open_Collaborative_Innovation.pdf>

BONELL (M.-J.)

« The need and possibilities of a codified European contract law », Actes de la conférence de Scheveningen du 28 février 1997 organisée par le ministère de la Justice néerlandais *in* RED privé (Kluwer) 1997, p. 505 s.

BONET (G.)

« Propriétés Intellectuelles », *RTD Eur.*, 1981, 97 et s.

« Questions sur la licence de marque communautaire », *Revue Des affaires européennes*, janv. 1999, p. 44

BORIES (A.)

« Le formalisme dans les contrats d'auteur », *Communication Commerce électronique*, n° 9, Septembre 2008, étude 18

BOT (Y.)

« La création de l'espace pénal européen : de l'unité dans la diversité ? », *in* C. PUIGELIER (sous dir. de), *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 275 s.

BOUCHE (N.)

« Les droits de propriété intellectuelle et les technologies vertes. Diversité internationale des perceptions de la propriété intellectuelle », *in* C. PUIGELIER (sous dir. de), *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 275 s.

BOUVEL (A.)

« Quinze années d'étude du droit des signes distinctifs. Essai d'appréciation critique de l'évolution d'une matière » *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 75-87

BRENNAN (L.) et DODD (J.)

« A concept proposal for a model intellectual property commercial law », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 257 s.

BROSINGER (M.), FISCHER (O.), FRUEH (A.), JAEGER (Th.) et POSTL (M.)

« IP Law Reform and the Treaty of Lisbon », Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper, n° 09-03, disponible sur <ssrn.com/abstract=1340861 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1340861>

BROWNSWORD (R.)

« The Theoritical Foundations of European Private Law : A Time to Stand and Stare », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 159 s.

BRUEGGEMEIER (G.), BUSSANI (M.), COLLINS (H.), COLOMBI (C.-A.), COMANDÉ (G.), FABRE-MAGNAN (M.), GRUNDMANN (S.), HESSELINK (M.-W.), JOERGES (Ch.),

LURGER (B.), MATTEI (U.), MELI (M.), RUTGERS (J.), SCHMIDT (Ch.), SMITH (L.), SEFTON-GREEN (R.), MUIR-WATT (H.), WILHELMSSON (T.)

« Social Justice in European Contract Law : A Manifesto », *European Law Journal*, Vol. 10, No. 6, 2004, pp. 653-674, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=605141>

BRUGUIERE (J.-M.)

« Introduction », *in* J.-M. BRUGUIERE, (sous dir. de), *Droit d'auteur et culture,* collection Thèmes et commentaires, La propriété intellectuelle autrement, Dalloz, 2007, p. 1 et s.

« Propos Introductifs », *in* J.-M. BRUGUIERE (sous dir. de), *La propriété intellectuelle entre autres droits*, Colloque du CUERPI, 19 novembre 2008, Grenoble, Dalloz, 2009, p. 1 et s.

« Du droit des marques dans le droit d'auteur », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, p. 87 et s.

BRUN (Ph.)

« Nouvelles controverses : la doctrine dans tous ses états », *in* G. PIGNARRE (sous dir. de), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2005, p. 145 et s.

BUSSANI (M.)

« 'Integrative' Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal Systems », *ERPL*, 1/2000, pp. 85-99

« A Streetcar Named Desire : The European Civil Code in the Global Legal Order », *Tulane Law Review*, vol. 83, 2009, p. 1083 et s.

BUY (F.) et RODA (J.-C.)

« Sport et droits TV : les exclusivités territoriales absolues sont contraires au droit de l'Union », *JCP*, G., n° 47, 21 novembre 2011, p. 1296

CABRILLAC (R.)

« L'avant-projet de reforme français du droit des obligations », *in* V. SAGAERT (sous dir. de), *La reforme du droit privé en France, un modèle pour le droit privé européen ?*, Larcier, 2009, p. 59 et s.

CACHARD (O.)

« L'exclusivité », *in Le monde du droit*, écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer, Economica, 2008, p. 216 et s.

CADIET (L.)

« Interrogations sur le droit contemporain des contrats », *in Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 7

CAFAGGI (F.),

« Introduction », *in* F. CAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 1 et s.

« Which Governance for European Private Law? » (Octobre 2007), disponible sur : <ssrn.com/abstract=1024110> ou <dx.doi.org/10.2139/ssrn.1024110>

« The making of European Private Law: governance design », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 289 s.

CALBOLI (I.)

« The role of comparative legal analysis in Intellectual property law: from good to great ? », *in* G. DINWOODIE (sous dir. de), *Methods And Perspectives In Intellectual Property*, Edward Elgar, 2013, p. 3 s.

CAMPANA (M.-J.)

« Vers un langage juridique commun en Europe ? », *ERPL*, 1/2000, pp. 33-50

CARBONNIER (J.)

« L'évolution contemporaine du droit des contrats », *Introduction à L'évolution contemporaine du Droit des Contrats. Journées René Savatier* (Poitiers 24-25 octobre 1985), PUF, 1986, p. 29 et s.

CARON (Ch.)

« Brèves observations sur l'usufruit en droit de la propriété intellectuelle », *Droit et Patrimoine*, 01/05/2005, n° 137, pp. 90-91

« Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP, Cahiers de Droit de l'entreprise*, n° 42, 2004, p. 3

« Un nouveau contrat nommé : Le contrat d'exploitation d'une œuvre sur internet », *in Les deuxièmes journées du droit du commerce électronique,* Litec, 2005, p. 259 et s.

« Toujours la question de la gratuité dans le contrat d'édition », 3, *Communication Commerce électronique*, comm. 40, 2006

« Quelques observations sur les montages contractuels en droit de la propriété intellectuelle », *RDC*, 2007, p. 1001 et s.

« Le luxe mis à l'honneur par la Cour de justice », *Comm. Comm. électr*., n° 7, Juillet 2009, comm. 62

« Le bénéficiaire d'une simple autorisation d'exploitation ne peut pas agir en contrefaçon », *Communication Commerce électronique*, n° 4, avril 2009, comm. 32

« Rapport de synthèse », *in* J.-M. BRUGUIERE (sous dir. de), *La propriété intellectuelle entre autres droits*, Colloque du CUERPI, 19 novembre 2008, Grenoble, série Thèmes et commentaires, La propriété intellectuelle autrement, Dalloz, 2009, p. 135 s.

« Lettre au Professeur Georges B*** sur le droit d'auteur économique », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet,* Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, pp. 127-132

« Gatsby le Magnifique au pays des auteurs et des éditeurs », *Communication Commerce Électronique*, 1/3/2011, n° 3, p. 1

« Les multiples apports de l'arrêt Premier League à la propriété intellectuelle, *Comm. Comm. Electr.*, n° 12, décembre 2011, comm. 110

« Le programme d'ordinateur selon la Cour de justice (II) : la vente d'une copie immatérielle de programme vaut épuisement du droit ! », *Comm. Comm. Electr.*, n° 10, octobre 2012, comm. 106

CARRE (S.)

« Le rôle de la Cour de Justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union », *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, Litec Lexis Nexis, Coll. du CEIPI, n° 60, 2013, p. 1 s.

CARRE (S.), GEIGER (Ch.), LAPOUSTERLE (J.), MACREZ (F.), BOUVEL (A.), HASSLER (Th.), SEUBA (X.), BULAYENKO (O.), SCHÖNHERR (F.)

« Quelques principes clefs concernant l'élaboration d'un droit d'auteur de l'Union européenne », *JCP G*, n° 15, avril 2014, p. 440 s.

CARTWRIGHT (J.)

« Choice is Good. Really? », *ERCL*, 2011, p. 335 et s.

CASALONGA (C.), PARFAIT (N.) et PUSEL (M.)

« La valorisation de la marque », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, novembre 2010, dossier 31

CASTETS-RENARD (C.)

« La proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la construction d'un droit européen des contrats », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1158

CAVANNAGH (J.-F.)

« Le point de vue d'un éditeur sur la titularité », *in* I. de LAMBERTERIE, *Le droit d'auteur aujourd'hui*, éd. du CNRS, 1991, p. 65 et s.

CAUFFMAN (C.)

« The Principle of Proportionality and European Contract Law », *Maastricht European Private Law Institute*, Working Paper No 2013/5, disponible sur : <www.ssrn.com>

CAWTHRA (B.)

« Exclusive, Sole and Non-Exclusive Rights in Patent Licence Agreements », *IIC*, 1977, p. 430 et s.

CHABRIT (N.)

« L'esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats », *JCP G*, 2002, I, n°100, p. 9 et s.

CHAGNY (M.)

« Catégories juridiques contractuelles et droit européen de la concurrence », *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 89 s.

CHAMBEL (B.)

« La fondation européenne pour la promotion du droit », Gazette du Palais, 17 avril 2007, n° 107, p. 4 et s.

CHAMBOREDON (A.)

« Form v. Substance ? An ideological Venture Beyond the Dichotomy in European Law of Contract », *ERPL*, 2000, pp. 237-247

CHAMBOREDON (A.) et SCHMID (Ch.-U.)

« Pour la création d'un « Institut européen du droit », *RIDC*, 3/2001, p. 685 et s.

CHANTEPIE (G.)

« La recomposition des catégories juridiques contractuelles par le droit de la consommation européenne », *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 71 s.

CHAZAL (J.-P)

« De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *Revue des contrats*, 01 décembre 2003, n° 1, p. 27 et s

« Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », *in* Études de droit de la consommation, *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 et s.

CHEMTOB CONCÉ (M.-C.)

« Marché pharmaceutique et innovation : innovation, concurrence et propriété industrielle en Europe (2e volet) », *Propriété industrielle*, n° 4, Avril 2011, étude 9

CHIOU (Th.)

« Le terme « propriété intellectuelle » et son intégration au sein du système juridique grec », *DiMEE*, 2/2011, p. 174 s.

« On royalties and transfers without (monetary) consideration: Looking for the 'magic formula' for assessing the validity of remuneration clauses of copyright transfers under French Copyright law », (Remarks under the light of the decision of the French Supreme Court, 1st Civil Chamber, 1 December 2011, case No. 09-15779), *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 44, n° 5, 2013, pp. 585-598

« Vers une réglementation unitaire du droit des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle. Réflexions *de lege ferenda* à partir des dispositions d'exploitation contractuelle des marques de la loi 4072/2012 », *ChrID*, nov. 2013, pp. 711-719

« Music licensing in the cloud : The Greek experience », *GRUR Int*, 3/2014, p. 228 s.

« Lifting the (Dogmatic) Barriers in Intellectual Property Law : fragmentation vs. integration and the practicability of a European Copyright Code », *EIPR*, 2015 (à paraître).

CHRISTODOULOU (F.)

« Les nouvelles constructions contractuelles et le droit des contrats classique », *in* Union des civilistes grecs, *Questions contemporaines du droit civil au-delà du Code civil*, 1re Conférence, Naypaktos 27-28 mai 1994, Sakkoulas, 1995, p. 37 s.

CHRISTODOULOU (K.)

« Remarques sur la théorie générale des biens immatériels », *DiMEE*, 2/ 2007, p. 180 s.

CHROCZIEL (P.)

« Trademark Licensing and selective distribution-Strategies for valid agreements under European Law », *IIC*, 2000, p. 473

CHRYSANTHIS (Ch.)

« Remarques sur le projet de loi sur les marques », disponible sur : <www.syneemp.gr/?pgtp=1&aid=1305793351>

CLARET (H.)

« Les méthodes de la Commission européenne : à quoi sert-il de convaincre quand on a déjà contraint ? », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1981

CLEMENT-FONTAINE (M.)

« Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ? », *Propr. Intell.*, Janv. 2008, n° 26, p. 69 et s.

COHEN (E.)

« Mondialisation », *in* M. VIVANT, *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz, 2004, p. 3 s.

COHEN-JEHORAM (H.)

« Harmonising Intellectual Property Law Within the European Community », *ICC*, 1992, p. 662 et s.

COLLART-DUTILLEUL (F.)

« La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », *RDC*, 01 avril 2006, n° 2, p. 604

COLLETTE (H.)

« Méthode d'évaluation du prix d'une technologie », *Propriété industrielle*, n° 5, Mai 2006, étude 14

COLLINS (H.)

« Governance implications for the European Union of the changing character of private law », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 269 et s.

COLOMBET (C.)

« La portée des autorisations d'exploitation en matière de contrats relatifs au contrat d'auteur », *Propriétés intellectuelles*, Mélanges A. Françon, Dalloz, 1995, p. 64 et s.

CONSTANTINESCO (V.)

« La « codification communautaire du droit privé, future Constitution civile de l'Europe ? » *in De code en code, Mélanges* en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, Dalloz, 2009, p. 111 s.

COOK (T.) et DERCLAYE (E.)

« An EU Copyright Code : What and How, if Ever ? », *Intellectual Property Quarterly*, n° 3, 2011, p. 259 s.

COPPENS (Ph.)

« Sur la cohérence des ordres juridiques », *in* A.WIJFFELS (sous dir. de), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. 4 et s.

CORDIER (G.)

« Les contrats-types en droit de la propriété intellectuelle : du bon usage des usages », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, Dossier - Les usages et pratiques professionnelles en droit de la propriété intellectuelle, Juillet 2008, p. 35

CORNU (G.)

« Le règne de l'analogie », *in L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 331 s.

« Un Code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.*, 2002, p. 351 et s.

CSERES (K.)

« Governance design for European private law : lessons from the Europeanization of competition law in Central and Eastern Europe », *in* F. CAFAGGI, H. MUIR-WATT (sous dir. de), *Making European Private Law*, EE, 2008, p. 138 et s.

DABIN (J.)

« Les droits intellectuels comme catégorie juridique », *Rev. Crit.*, 1939

DACORONIA (E.)

« Cadre commun de référence : les nouveaux règles-modèles du droit européen privé, Intervention à l'Institut grec du droit international et étranger, 1er février 2010, disponible sur : <www.hiifl.gr/wp-content/uploads/Dakoronia-Final1.pdf>= *EfAD*, 2010, p. 497 et s. « Vers un Code civil européen », *KritE*, 2/2001, p. 135 et s.

DAHLMAN (C.-J.)

« The Problem of Externality », *The Journal of Law and Economics*, vol. 22, n°1, avril 1979, p. 148

DALEAU (J.)

« Protection des programmes d'ordinateurs : revente de licences d'occasion », *D.* 2012, Actu. 1817, p. 2142

DANNEMANN (G.)

« Consolidating EC Contract Law : an Introduction to the Work of the Acquis Group », *Acquis Principles, Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services),* Sellier, 2009, p. xxiii et s.

« Draft for a First Chapter (Subject Matter, Application and Scope) of an Optional European Contract Law », Oxford University comparative Law Forum, 2011, disponible sur : <ouclf.iuscomp.org>

« The Working Method of the Acquis Group- A Model ? » *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law,* Mohr Siebeck, 2012, p. 15 s.

DANNEMANN (G.), FERRERI (S.) et GRAZIADEI (M.)

« Consolidating EC Contract Law Terminology : The Contribution of the Terminology Group », *Acquis Principles, Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services),* Sellier, 2009, p. l et s.

DAVID (R.)

« L'avenir des droits européens : unification ou harmonisation » *in Le droit comparé, Droits d'hier, droits de demain,* Economica, 1982, p. 295 s.

DAVIES (G.)

« The Convergence of Copyright and Authors' Rights- Reality or Chimera ? », *IIC,* 1995, p. 964 s.

DE CANDE (P.) et MARCHAIS (G.)

« La loi n° 2007-1549 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon : une harmonisation bienvenue des moyens de lutte contre la contrefaçon », *Propr. Intell.* n° 26, janvier 2008, p. 52 s.

DE GAULLE (L.)

« La notion de redevance de droit d'auteur », *RIDA*, n° 167, janv. 1996, p. 69 s.

DE MIGUEL ASENSIO (P.)

« The law governing international intellectual property licensing agreements (a conflict of laws analysis) », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing,* Edward Elgar, 2013, p. 312 s.

DE PASSEMAR (B.)

« Le rôle de la propriété industrielle dans la stratégie de l'entreprise » *in* Mélanges Burst, Litec, 1997, p. 427

DE WERRA (J.)

« Moving Beyond the Conflict between Freedom of Contract and Copyright Policies : In Search of a New Global Policy for On-Line Information Licensing Transactions », *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 25, n°. 4, 2003, disponible sur : <ssrn.com/abstract=2149796>

« Langues et droit d'auteur : perspectives de Suisse », *in* Y. GENDREAU, A. DRASSINOWER (Sous dir. de), *Langues et droit d'auteur. Language and Copyright*, Bruylant – Carswell, 2009, p. 95 et s.

« An essential Brick in the Building of European Copyright : Regulation of Copyright Transactions », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law: challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 259 s.

« The need to harmonize intellectual property licensing law : a European perspective », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 90 et s.

« The need to harmonize intellectual property licensing law : a European Perspective », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 450 s.

« Arbitrage et propriété intellectuelle : (aussi) une question contractuelle », *Propr. Intell.*, janvier 2013, n° 46, p. 24 s.

« Keeping the Genie of Licensing Out of the Bottle : Managing Inter-Dependence in Licensing Transactions », *IIC*, 2014, pp. 253-255

« La création d'un droit européen des contrats de licence : quelques réflexions sur l'arrêt *Pie Optiek* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris (LexisNexis) 2014, pp. 801-811.

DEFFAINS (B.)

« Nécessité économique d'une harmonisation du droit des contrats en Europe », *in* R. CABRILLAC, D. MAZEAUD, A. PRÜM, *« Le contrat en Europe aujourd'hui et demain »*, Colloque du 22 juin 2007, Société de législation comparée, 2008, p. 85 s.

DELIGIANNI-DIMITRAKOU (Ch.)

« Droit comparé et globalisation », *KritE*, 1/2002, p. 81 et s.

DELLA CANANEA (G.)

« Is European Constitutionalism Really « Multilevel » ? », *ZaöRV*, 2010, p. 283 s.

DELMAS-MARTY (M.)

« La mondialisation du droit : chances et risques », *D.*, 1999, chron. 43

DEN BUTTER (F.) et MOSCH (R.)

« Trade, Trust and Transaction Costs », Tinbergen Institute, Working Paper No 2003-082/3, 2003

DERAMBURE (Ch.)

« L'évaluation financière des brevets », *in* Centre Paul Roubier, *La Valeur des droits de propriété industrielle*, journée d'étude, Lyon, 2005, Collection du CEIPI, n° 53, éd. LexisNexis-Litec 2006, p. 43 s.

DERCLAYE (E.)

« By way of conclusion : what next? », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, EE, 2009, p. 614 s.

« Introduction » *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 1 et s.

« The Court of Justice copyright case law: quo vadis ? », *EIPR*, 2014, 36(11), pp. 716-723

DERLÉN (M.)

« Multilingual interpretation of CJEU case law : rule and reality », *European Law Review*, 2014, 39(3), pp. 295-315

DESBOIS (H.)

« L'obligation de publication et de diffusion des éditeurs de musique », *RIDA*, oct 1968, p. 163

DESHAYES (O.)

« L'option « hybride » : l'instrument optionnel de droit des contrats (option 4) », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 101 et s.

« Les options « non contraignantes » du livre vert (options 1, 2 et 3) » *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 97 et s.

DESHAYES (O.) et HANNOUN (Ch.),

« Dits et non-dits du livre vert », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 11 et s.

DESPOTIDOU (A.)

« La Directive 2004/48/CE relative au respect des droits de Propriété Intellectuelle- examen et champ d'application », *in* P. KORIATOPOULOU (sous dir. de), *La protection de la propriété intellectuelle. La nouvelle Directive Communautaire 2004/48*, Sakkoulas, 2005, p. 11 s.

« Article 12 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 312 et s.

« Article 13 » *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 342 et s.

« Article 14 », *in* L. KOTSIRIS, E. STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 374 et s.

« Article 15 », *in* L. KOTSIRIS, E STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 390 et s.

« Article 32 », *in* L. KOTSIRIS, E STAMATOUDI (sous dir. de), *Loi de la Propriété intellectuelle, Interprétation par article*, Ed. Sakkoulas, 2009, p. 637 et s.

« Les contrats d'exploitation », *in* ALAI-groupe hellénique, *L'œuvre de Giorgos Koumantos et les questions contemporaines du droit d'auteur*, Athènes, 7 mai 2010, Sakkoulas, 2011, p. 151 s.

DESSEMONTET (F.)

« The ALI Principles : Intellectual Property in Transborder Litigation », *in* J. BASEDOW, T. KONO, A. METZGER, *Intellectual Property in the Global Arena*, Mohr Siebeck 2010

DICKSON (J.)

« How Many Legal Systems ? Some Puzzles Regarding the Identity Conditions of, and Relations between, Legal Systems in the European Union », Oxford Legal Studies Research Paper No. 40/2008, disponible sur : < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1279612>

DIDIER (P.)

« Brèves notes sur le contrat-organisation » *in L'avenir du droit, Mélanges F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 636

DIENY (E.)

« Licences de technologies : premier aprçu du nouveau règlement d'exemption européen- le règlement des opportunités manquées ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 40, juill. 2014, pp. 17-23

DIETZ (A.)

« The Harmonization of Copyright in the European Community », *IIC*, 1985, p. 379 s.

« Germany-Federal Republic » in M. B. NIMMER, P. E. GELLER, *International copyright law and practice*, Matthew Bender Ed., 1989

« Le problème de la durée de protection adéquate du droit d'auteur sous l'aspect de la réglementation des contrats d'auteur » *in Mélanges A. Françon,* Dalloz, 1995, p. 107 s.

« Amendment of German Copyright Law in order to strengthen the Contractual Position of Authors and Performers », *IIC,* n° 33, 2002, pp. 828-842

« Principaux aspects de la législation et de la jurisprudence récentes du droit des contrats d'auteur en Allemagne », *RIDA,* n° 198, octobre 2003, p. 147 et s.

« Ist das griechische Urheberrechtsgestz dualistisch oder monistisch Konzipiert ? » *in* Mélanges Koumantos, Sakkoulas, 2004, p. 209 et s.

« Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en Allemagne. Critique et prospective. Quatorze thèses », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe,* coll. de l'IRPI, « le droit des affaires », t. 29, Litec, 2007, p. 477 et s.

« La reforme législative allemande du 22 mars 2002. Maigres perspectives européennes », *in* F. LABADIE, F. ROUET (sous dir, de), *Travail Artistique et économie de la création, Ministère de la culture et de communication,* collection Questions de culture, 2008, p. 159 et s.

« Regulations of Copyright Law in the new Part IV of the Russian Civil Code-An important, but partly problematic piece of legislation », *RIDA* n° 126, avril 2008, p. 123 s.

« European Copyright Law-A Commentary » [recension de livre], *IIC*, 2011, p. 874 s.

DIMAKOU (E.)

« Article 947 », *in* M. STATHOPOULOS, A. GEORGIADIS, *Code Civil,* Interprétation par article, Tome 5e, *Droit des biens,* Sakkoulas, 1985

DINWOODIE (G.)

« The International Intellectual Property Law System : New Actors, New Institutions, New Sources », *Marquette Intellectual Property Law Review,* Vol. 10, 2006, p. 205 s.

« Remarks : ‘One Size Fits All’. Consolidation and Difference in Intellectual Property Law », University of Oxford Legal Research Paper Series, may 2010, Paper No 45/2010, disponible sur SSRN: <ssrn.com/abstract=1601225>

« The Europeanization of Trade Mark Law », *in* A. OHLY, J. PILA, *The Europeanization of Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2013, p. 75 s.

DORALT (W.)

« The Optional European Contract Law and why success or failure may depend on scope rather than substance », *Max Plank Private Law Research Paper*, n° 11/9, disponible sur : <ssrn.com/abstract=1876451>

DRAHOS (P.)

« The universality of intellectual property rights : origins and development », disponible sur : <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_unhchr_ip_pnl_98/wipo_unhchr_ip_pnl_98_1.pdf>

DREIER (Th.)

« Lettre d’Allemagne-Première partie », Chron., Propriétés Intellectuelles, n° 1, octobre 2001, p. 102 et s. et not. p. 103 et note n° 8

« Reconciling National Copyright Traditions : Conflict of Laws Rules-the German Example », *in Mélanges Victor Nabhan*, Ed. Y. Blais, 2005, p. 121 s.

« Lettre d’Allemagne. Développements récents en matière de droit d’auteur », *Propr. Intell.*, n° 23, avril 2007, p. 244 et s., p. 248 s.

« The Wittem Project of a European Copyright Code » *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *Constructing European Intellectual Property. Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar, 2013, p. 292 s.

DREIER (Th.) et HUGENHOLTZ (B.)

« Introduction », *in* Th. DREIER, B. HUGENHOLTZ, *Concise European Copyright Law*, 1e éd., Kluwer Law International, 2006, p. 1 et s.

DREIER (Th.) et SPECHT (L.)

« Lettre d’Allemagne », Chron., *Propriétés Intellectuelles*, n° 36, juillet 2010, p. 914 et s.

DURIE (R.)

« UK Copyright, Designs and Patents Act 1988 », *IIC*, 1989, p. 637 et s.

DUSOLLIER (S.)

« La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge des exceptions impératives », *Propr. Intell.*, n° 25, 2007, pp.443-452

« Pruning the European Intellectual Property Tree – In Search of Common Principles and Roots », Disponible sur SSRN: <ssrn.com/abstract=2127737>

« Pruning the European intellectual property tree : in search of common principles and roots », *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *Constructing European Intellectual Property. Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar, 2013, p. 24 s.

« L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur », *in Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, Lexis Nexis, 2014, pp. 265-275

DYBDAHL (L.)

« Transfer of rights and their registration in the European Patent and Community Patent Registers », *IIC*, 1998, p. 387 s.

EIDENMÜLLER (H.), FAUST (F.), GRIGOLEIT (Ch.-H.), JANSEN (N.), WAGNER (G.) et ZIMMERMANN (R.)

« The Common Frame of Reference for European Private Law- Policy Choices and Codification Problems », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28, n° 4, 2008, pp. 659-708

ENCHELMAIER (S.)

« Proprietary transactions in intellectual property in England and Germany : transfer of ownership, licensing and charging », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law- Can One Size Fit All ?*, Edward Elgar, 2011, pp. 226-268

FARACHE (A.)

« Notion de « licencié de droits antérieurs » : exclusion du licencié autorisé uniquement à enregistrer un nom de domaine « .eu » pour le titulaire d'une marque », *Revue Lamy droit des affaires*, 2012, n° 75, p. 23

FARCHY (J.)

« L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : une approche réductrice pourtant indispensable », *Propriétés Intellectuelles*, n° 21, Octobre 2006, p. 388 s.

« Des nouveaux modèles pour le droit d'auteur, le point de vue de l'économiste », *Propriétés Intellectuelles*, n° 25, octobre 2007, p. 404

FAUVARQUE-COSSON (B.)

« Faut-il un Code civil européen ? », *RTD Civ.*, 2002, p. 463 s.

« La reforme du droit français des contrats : perspective comparative », *RDC*, 01 janvier 2006, n° 1, p. 147

« Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 96

The rise of Comparative Law : *a Challenge for Legal Education in Europe*, Walter van Gerven Lectures n° 7, Europa Law Publishing, 2007

« Droit européen des contrats : les offres sont faites, les dés non encore jetés », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 556

« L'opportunité économique d'une harmonisation du droit des contrats en Europe », *in* Ch. JAMIN (sous dir. de), *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008, p. 257 s.

« Les travaux du groupe Association H. Capitant des Amis de la Culture Juridique Française/Société de législation comparée : terminologie, principes directeurs et révision des Principes du droit européen du contrat », *in European Contract Law, Era Forum Spécial Issue 2008*, n° 9, supplément n° 1, septembre 2008, p. S51 s.

« Droit européen des contrats : bilan et perspectives pour la prochaine décennie », *Revue des contrats*, 01 janvier 2010 n° 1, p. 316

« The Need for Codified Guiding Principles and Model Rules in European Contract Law », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 73 s.

« Le renouvellement des sources du droit en droit des contrats : le rôle des acteurs privés », *in* N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS (sous dir. de), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2012, p. 261 s.

« Vers un droit commun européen de la vente », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 34

FAUVARQUE-COSSON (B.) et BEHAR-TOUCHAIS (M.)

« La mise en œuvre des instruments optionnels dans les États membres », *Les Petites Affiches*, 29 juin 2012, n° 130, p. 27

FAUVARQUE-COSSON (B.) et MAZEAUD (D.)

« L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *Les Petites Affiches*, 24 juillet 2006, n° 146, p. 3 s.

FAUVARQUE-COSSON (B.) et ROCHFELD (J.)

« préface » *in* M. BEHAR-TOUCHAIS, M. CHAGNY, *Livre Vert sur le droit Européen des contrats. Réponses du Réseau TEE*, Collection Trans Europe Experts, vol. 1, 2010, p. VII

FAVERO (M.)

« De l'intérêt d'un nouveau contrat nommé : « le contrat de transfert de risques » », *JCP G*, 6/12/2010, n°49, pp. 2308-2309

FAVRET (J.-M.)

« L'Union européenne : « l'unité dans la diversité ». Signification et pertinence d'une devise », *RTD. eur.*, 2003, p. 657 s.

FICSOR (M.)

« An Imaginary « European Copyright Code » and EU copyright policy », 20th Annual Intellectual Property Law & Policy Conference, Fordham University School of Law, 12-13 avril 2012, disponible sur : < http://fordhamipconference.com/wp-content/uploads/2010/08/Ficsor.EUCopyCode.pdf>

FILIBERTI (E.)

« Quelle reforme pour le droit des contrats, Entretien avec François Terré », *Les Petites Affiches*, 26 février 2008, n° 41, p. 4

FIELDS (D.) et SHERATON (H.)

« European Commission proposes reform of European trade mark system », *EIPR*, n° 35(10), 563-566

FLOMBEUR (P.), GARNERIE (L.) et TOURY (L.)

« Moderniser notre droit des contrats permettra de le rendre plus compétitif », *Droit et Patrimoine*, 1/6/2008, n° 171, pp. 6-12

FOGED (T.)

« Danish licences for Europe », *E.I.P.R.* 2015, n° 37(1), pp. 15-24.

FOUILLAND (F.)

« L'auteur personne morale, éléments pour une théorie de l'emprunt de personnalité artistique », *Communication Commerce électronique*, n° 12, décembre 2008, étude n° 24

FOYER (J.)

« La marque communautaire ou le monstre du Belaimont », *in Mélanges Françon*, Dalloz, 1995, p. 149 s.

FRANÇON (A.)

« La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D.*, 1976, chron. p. 55-62

« Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit d'auteur européen », *Comm. Comm. Electr.*, n° 9, 2000, pp. 9-11

FRISON- ROCHE (M.-A.)

« L'interférence entre les propriétés intellectuelles et les droits des marchés, perspective de régulation » *in* M.-A. FRISON- ROCHE et A. ABELLO (sous la dir. de), *Droit et économie de la propriété intellectuelle,* L.G.D.J., 2005, p. 15 et s.

FUCHS (A.)

« A plea for a Europe-Wide discussion of the Draft Common Frame of Reference », *in European Contract Law, Era Forum Special Issue 2008*, n° 9, supplément n° 1, septembre 2008, p. S1 s.

GALLOUX (J.-Ch.)

« Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ? », *in Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet,* Coll. IRPI n° 36, Litec, 2010, p. 199 et s.

GALVADA (Ch.) et PARLEANI (G.)

« Droit communautaire des affaires », *JCP* E, n° 36, 5 septembre 2002, p. 1251

GAMBARO (A.)

« The Plan d'Action of the European Commission- A Comment », *ERPL*, 6/2003, pp. 768-781

GANDOLFI (G.)

« Le Code européen des contrats », *in* R. CABRILLAC, D. MAZEAUD, A. PRÜM, « Le contrat en Europe aujourd'hui et demain », Colloque du 22 juin 2007, Société de législation comparée, 2008, p. 115 s.

GASNIER (J.-P)

« L'Union de l'Innovation, en route vers les temps modernes ? », *Propriété industrielle*, n° 2, Février 2011, alerte 9

GAUBIAC (Y.)

« Pratique contractuelle. Les contrats internationaux en droit d'auteur », *Communication Commerce électronique*, n° 7, Juillet 2010, p. 6

GAUDRAT (Ph.)

« Le point de vue d'un auteur sur la titularité » *in Le droit d'auteur aujourd'hui,* éd. du CNRS, 1991, p. 43 s.

« Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », *Propriétés intellectuelles, Mélanges A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 195 et s.

« Relations contractuelles : à la recherche d'un nouvel équilibre », *in* F. LABADIE, F. ROUET (sous dir, de), *Travail Artistique et économie de la création, Ministère de la culture et de communication*, collection Questions de culture, 2008, p. 139 s.

« Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD Com.*, 2009, p. 323

« La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », *RTD Com.*, 2011, p. 562 s.

GAUDRAT (Ph.) et VIVANT (M.)

« Marchandisation », *in* M. VIVANT, (sous dir. de), *Propriété intellectuelle et mondialisation, La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?,* Actes du colloque 27-28 juin 2002, Montpellier, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2004, p. 31 et s.

GAUTIER (P.-Y.)

« Le contrat bouleversé : de l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques », *Recueil Dalloz*, 1990, p. 130

« Invitation au voyage : les cessions de droits d'auteur à l'étranger, créatrices de groupes de contrats », *D.* 1995, Chron., p. 262 et s.

« De l'art d'être fructif », *in La codification*, Dalloz, 1996, p. 7

« Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux », *RDC*, 01 avril 2006, n° 2, p. 610

GEIGER (Ch.)

« Les droits fondamentaux garanties de la cohérence du droit de propriété intellectuelle ? », *JCP G*, 2004, I, 150, p. 1313 et s.

« Synthèse-Thèses dégagées. Les aspects contractuels du droit d'auteur » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, « le droit des affaires », t. 29, Litec, 2007, p. 521 s.

« Intellectual Property shall be protected!? Article 17 (2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: a Mysterious Provision with an Unclear Scope », *EIPR* 2009, p. 113

« Intellectual « Property » after the Treaty of Lisbon : Towards a Different Approach in the New European Legal Order », *EIPR*, n° 6, 2010, p. 255

« La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 510 et s.

« L'Europe de la propriété intellectuelle : une construction cohérente ? » *in* H.-P. GOETING, C. SCHLUETER (sous dir. de), *Nourriture de l'esprit, Festschrift für Dieter Stauder zum 70. Geburststag*, Nomos, 2011, pp. 60-68

« Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, dossier 2

« The construction of intellectual property in the European Union » *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *Constructing European Intellectual Property. Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar, 2013, p. 5 s.

« Avant-propos » *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle*, Litec Lexis Nexis, Coll. du CEIPI, n° 60, 2013, p. ix et s.

GEIGER (Ch.), ENGELHARDT (T.), HANSEN (H.), MARKOWSKI (K.) et NERISSON (S.)
« Compte-rendu du colloque et clôture », *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY (dir), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, le droit des affaires, t. 29, Litec, 2007, p. 571 s.

GEIGER (Ch.), KUR (A.) et SENFTLEBEN (M.)
« A New Framework for Intellectual Property Rights-Conference of the Max Planck Institute for Intellectual Property at Elmau Castle, 22-23 November 2002 », *IIC*, 2003, p. 632 s.

GÉMAR (J.-C.),

« Le dictionnaire de droit comparé et le langage des droits. Quand le droit d'auteur dialogue avec le copyright », *in* Y. GENDREAU, A. DRASSINOWER (Sous dir. de), *Langues et droit d'auteur. Language and Copyright*, Bruylant – Carswell, 2009, p. 1 et s.

GENICON (Th.)

« Commission européen et droit des contrats : « *Quousque tandem abutere patientia nostra ?* », *RDC*, 01 juillet 2011, n° 3, p. 1050

GEORGIADIS (A.)

« Droit de brevet, Nature juridique, Cession, Licence », *EEmpD*, 1986, p. 743 et s.

« L'harmonisation du droit privé en Europe », *NoV*, n° 42, 1995, p. 321 et s.

« Les nouveaux types des contrats de l'économie moderne et le droit civil », *in* Association des Civilistes grecs, *Questions contemporaines du droit civil au-delà du système du Code civil* », 1e Congres, Naypaktos 27-28 mai 1994, Sakkoulas 1995, p. 23 s.

GEORGOPOULOS (Th.)

« The legal foundations of European Copyright Law », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 31 s.

GERSTNER (L.)

« L'influence du droit comparatif sur le droit des contrats en matière de propriété intellectuelle », *Communication Commerce électronique*, n° 10, Octobre 2006, alerte 198

GEST (J.)

« Les travaux préparatoires du projet de Cadre commun de référence sous la Présidence française du Conseil de l'Union européenne », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1431

GHAFELE (R.),

« Getting a Grip on Accounting and Intellectual Property », disponible sur : <www.wipo.int/sme/en/documents/ip_accounting.html>

GHESTIN (J.)

« Les effets pervers de l'ordre public », *in Propos impertinents de droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Christina Galvada*, Dalloz, 2001, p. 123

GHOZI (A.)

« Effet des conventions, interprétation, qualification (art. 1134 à 1143) », *in* P. CATALA, *Avant projet de reforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2006, p. 46 et s.

GHOSH (S.)

« What the Treatment of Covenants Not to Compete Teaches About Intellectual Property and Competition Norms », *in* T. TAKENAKA (sous dir. de), *Intellectual Property In Common Law And Civil Law*, Edward Elgar, 2014, p. 349 et s.

GINSBURG (J.)

« L'exploitation internationale de l'œuvre audiovisuelle : France/États-Unis », *JCP G*, n° 4, 26 Janvier 1994, I 3734

« L'avenir du droit d'auteur : un droit sans auteur ? », *Comm. Comm. Electr.*, n° 5, mai 2009, étude 10, n° 2

« European Copyright Code-Back to first principles (with some additional detail) », *Auteurs&Media*, 2011/1, p. 5 s.

GIOIA (F.)

« Alicante and the harmonisation of Intellectual Property Law in Europe : Trade marks and beyond », *Common Market Law Review*, n° 41, 2004, pp. 975-1003

GIRARDET (A.)

« Articuler les droits de propriété intellectuelle sans les confondre ou la difficile recherche des frontières », *in* J.-M. BRUGUIERE (sous dir. de), *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, Dalloz, 2011, p. 115 et s.

GOBLOT (E.)

« Fonction et finalité », *Revue philosophique*, 1899, tome I, p. 495 et s.

GOLDSTEIN (P.)

« Paternalism and autonomy in copyright contracts », *in* D. VAVER, L. BENTLY (sous dir. de), *Intellectual Property in the New Millennium. Essays in Honour of William R. Cornish*, Cambridge University Press, 2004, p. 259 s.

GOMEZ (F.)

« The empirical missing links in the Draft Common Frame of Reference », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 101 et s.

GOMEZ (F.) et GANZUA (J.-J.)

« The Economics of Private Law Harmonised Law-making : Mechanisms, Modes and Standards », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 115 s.

GONÇALVES (L.-C.)

« Intellectual property and contract law. Contracts involving industrial property rights-some tentative thoughts », *in* A. RAMALHO, Ch. ANGELOPOULOS (sous dir. de), *Crossroads of Intellectual Property*, Nova Science Publishers, 2012, p. 49 s.

GORDLEY (J.)

« Comparative Legal Research : It's Function in the Development of Harmonized Law », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 43, n° 4, 1995, pp. 555-567

GORDON (W.)

« Intellectual property », *in* P. CANE, M. TUSHNET (sous dir. de), *The Oxford Handbook Of Legal Studies*, Oxford University Press, 2003, pp. 617-646, disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=413001

GOTZEN (F.)

« Le devenir de la propriété intellectuelle en Europe. Les droits d'auteur et les droits voisins », *in* IRPI, *L'avenir de la propriété intellectuelle* Colloque organisé par l'Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, Paris 26 octobre 1992 », Litec, 1992, p. 75 s.

« The European Legislator's Strategy in the Field of Copyright Harmonization », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 43 s.

GOUTAL (J.-L.)

« L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *Rev. sc. crim.*, 1980, n° 8, p. 53

« Multimédia et réseaux : l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur », *D.* 1997, chron. 357

« De l'irréductible diversité à la quête d'unité », *JCP Cahiers de Droit de l'entreprise* n° 42, 2004, p.1 et s.

GRAZIADEI (M.)

« Comparative law and legal ontologies », *in* AJANI G. *et alii*, *The Multilanguage Complexity of European Law*, European Press Academic Publishing, 2007, p. 83 et s.

GRILLET-PONTON (D.)

« Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle », *D.* 2000, Chron. 331

GRIFFITHS (J.)

« Constitutionalising or harmonising ? The Court of Justice, the right to property and European copyright law », E.*L. Rev*., 2013, 38(1), pp. 65-78

GRISS (I.)

« The European Contract Law- Seen by a Judge », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e edition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 179 et s.

GROSSE RUSE-KHAN (H.)

« The European Draft Common Frame of Reference-A Source of Comparative Law ; a New Option for Choosing the Applicable Law ; or a Template for a European Civil Code ? », disponible sur : <ssrn.com/abstract=1319247>

GROUPE EUROPÉEN DU MAX-PLANCK « CONFLICT OF LAWS IN INTELLECTUAL PROPERTY-CLIP »

« Les relations conflictuelles de la propriété intellectuelle et la réforme du droit international privé en Europe », *Propr. Intell.*, n° 24, juill. 2007, p. 291 et s.

GRUA (F.)

« Les divisons du droit », *RTD civ.*, 1993, p. 59

« La fée et l'horloge », *RTD civ.* 2001, p. 323

GRUNDMAN (S.)

« The role of competition in the European codification process », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 36 et s.

GUIBAULT (L.)

« A quand l'octroi de licences transfrontières pour l'utilisation de droits d'auteur et de droits voisins en Europe ? » *in* Mélanges Victor Nabhan, éd. Y. Blais, 2005, p. 189 et s.

« Relationship between copyright and contract law », *in* E. DERCLAYE (sous dir. de), *Research handbook on the future of EU copyright*, Elgar, 2009, p. 517 et s.

« Collective Rights Management Directive » *in* I. STAMATOUDI, P. TORREMANS, *EU Copyright Law. A Commentary*, Edward Elgar, 2014, n° 14.01 et s.

GUIBAULT (L.) et VAN GOMPEL (S.)

« Collective Management in the European Union », *in* D. GERVAIS (sous dir. de), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, Kluwer Law International, 2006, Chap. IV, pp. 117-152, disponible sur : <http://www.ivir.nl/publications/guibault/collective_management_in_the_european_union.pdf>

HAFTEL (B.)

« Entre « Rome II » et « Bruxelles I » l'interprétation communautaire uniforme du règlement « Rome I » », *Journal du droit international (Clunet)* n° 3, Juillet 2010, doctr. 11

HAGE (J.)

« Law, Economics and Uniform Contract Law : A Sceptical View », *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 55 et s.

« Construction or Reconstruction ? On the Function of Argumentation in the Law », *MELPI Working Paper Series* No 2011, 37, disponible sur : <www.ssrn.com>

HASSLER (Th.)

« Le formalisme est fait pour protéger les faibles, pas les forts », *Les Petites Affiches,* 08/04/1994, n° 42, pp. 15 -17

« La sophistication du droit de la propriété intellectuelle », *in* Ch. GEIGER, C. RODA (sous dir. de), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé. Mélanges en l'honneur du professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, Lexis Nexis, 2013, p. 193 s.

HENDRY (J.)

« The Double Fragmentation of Law : Legal System-Internal Differentiation and the Process of Europeanization », disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=2007072>

HERRE (J.)

« The Common Frame of Reference as a basis for future harmonisation of the law of sale and lease of goods », *in* J. KLEINEMAN, *A common frame of reference for European contract law, Stockholm Centre for Commercial Law, Actes du colloque du 23-24 octobre 2009*, Jure, 2011, p. 79 s.

HESSELINK (M.-W.)

« The New Dutch Civil Code : An Example For A European Civil Code ? », *in* M.-W. HESSELINK, *The New European Private Law*, Kluwer Law International, 2002, p. 151 et s.

« The Structure of the New European Private Law », *Electronic Journal Of Comparative Law*, (December 2002), vol. 6.4, disponible sur : <www.ejcl.org/64/art64-2.html>

« The European Commission's Action Plan : Towards a More Coherent European Contract Law ? », *ERPL*, 4/2004, pp. 397-419

« A Technical ‘CFR’ or a Political Code ?- An Introduction », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 3. s.

« The Politics of a European Civil Code », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 143 s.

« A European Legal Science ? On European Private Law and Scientific Method », *European Law Journal*, 2009, Vol. 15, No. 1, pp. 20-45, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1113450>

« The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law », *Tulane Law Review*, 2010, vol 83, p. 919 et s.= Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/10, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1270563>

« A spontaneous order for Europe? Why Hayek’s libertarianism is not the right way forward for European private law », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 101 et s.

« If you Don’t Like Our Principles We Have Others », *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 59 et s.

« How Many Systems of Private Law are There in Europe ? On Plural Legal Sources, Multiple Identities and the Unity of Law » (April 27, 2012), Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2012-03; Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-59 ; Postnational Rulemaking Working Paper No. 2012-04, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=2046964>

« How to Opt into the Common European Sales Law ? Brief Comments on the Commission’s Proposal for a Regulation », *ERPL*, vol. 1, 2012, pp. 195-212

« The Case for a Common European Sales Law in an Age of Rising Nationalism », Center for the Study of European Contract Law Working Paper Series n° 2012-01, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1998174>

HESSELINK (M.-W.), RUTGERS (J.) et DE BOOYS (T.)

« The legal basis for an optional instrument on European contract law », Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series No. 2007/04, disponible sur SSRN: <ssrn.com/abstract=1091119>

HEUTGER (V.)

« A more coherent European wide legal language », *European Integration online papers*, (EIoP), vol. 7, 2004, n° 2, disponible sur : <eiop.or.at>

HILLMAN (R.) et O'ROURKE (M.)

« ALI Principle of the law of software contracts : some proposals for a global software licensing policy », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 54 s.

HILTY (R.-M.)

« Intellectual property and the European Community's Internal Market Legislation-Copyright in the Internal Market», *IIC*, 2004, p. 760 s.

« Licence », *in* J. BASEDOW, K. HOPT, R. ZIMMERMANN (sous dir. de), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press, 2012

« Reflections on a European Copyright Codification », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law: challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 355 s.

« An Optional European Contract Law Instrument (« 28th Model ») : Intellectual Property, *RabelsZ*, 2/2012, pp. 339-373

HIRST (M.)

« Rapport britannique », ALAI, *Liberté des contrats et droit d'auteur : journées d'études, Berlin-Ouest*, 1er-2 octobre 1975, p. 14 et s.

HONDIUS (E.)

« From 'Toolbox' to Academic Standard : The Current and Future Status of the Draft Common Frame of Reference », *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 531 et s.

HUET (J.)

« Les sources communautaires du droit des contrats », *in Le renouvellement des sources du droit des obligations*, coll. Assoc. H. Capitant, Lilli, LGDJ, 1996, pp. 11-27

« De la « vente » de logiciel », *in* Mélanges P. Catala, *Le droit privé à la fin du XXe siècle*, Litec, 2001, p. 799 et s.

« Nous faut-il un « euro » droit civil ? », *Rec. Dalloz*, 2002, Point de vue, p. 2611

« Des distinctions entre les obligations », *RDC*, 01 janvier 2006, p. 89

« La mise à disposition gratuite d'œuvres sur les réseaux numériques (ou l'inconsistance d'un certain article L. 122-7-1 du Code de la propriété intellectuelle », *in Mélanges Linant de Bellefonds*, Litec, 2007, p. 181 et s.

« Le scandale de l'harmonisation totale », *RDC*, 01 juillet 2011, n° 3, p. 1070

« Le marché des logiciels d'occasion et la libre circulation des produits culturels », *Rec. Dalloz*, 2012, p. 2101

HUGENHOLTZ (B.)

« Code as code, or The end of intellectual property as we know it », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 3, 1999, pp. 308-318

« Satellite and Cable Directive », *in* Th. DREIER, B. HUGENHOLTZ, *Concise European Copyright Law*, 1e éd., Kluwer Law International, 2006, p. 263 et s.

« Harmonisation of Unification of EU Copyright Law », *in* J. AXHAMN (sous dir. de), *Copyright in a borderless online environment*, Nodstedts Juridik, 2012, p. 189 s.

« The WITTEM Group's European Copyright Code », T.-E. *in* SYNODINOU, *Codification of European copyright law: challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 339 s.

« Copyright in Europe: twenty years ago, today and what the future holds », *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 2013, p. 503 s.

HUMMEL (M.)

« Importance économique du droit d'auteur », *Unesco- Bulletin du droit d'auteur*, 1/4/1990, n° 24, pp. 15-22

IDOT (L.)

« Internet et nom de domaine.eu », *Europe*, n° 10, Octobre 2012, comm. 403

IWASAKI (Y.)

« La licence en tant qu'outil d'expansion pour l'entreprise », présentation *in Propriété industrielle Bulletin documentaire (PIBD)*, 01/07/2001, n° 723, pp. 105 -106

JACHTENFUCHS (M.)

« The governance Approach to European Integration », *Journal of Common Market Studies*, n° 39, 2001, p. 245 et s.

JAEGER (Th.)

« All Back to Square One ?-An Assessment of The Latest Proposals for a Patent and Court for the Internal Market and Possible Alternatives », *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper* n° 12-01, p. 2 et s.

JAMES (S.)

« EU Plans to Harmonise Contract Law », *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 2003, n° 18, p. 413 s.

« Time to Slice and Dice in the Contractual Kitchen ? » *in* R. SCHULZE (sous dir. de), *New features in Contract Law*, Sellier, 2007, p. 299 s.

JAMIN (C.)

« Vers un droit européen des contrats ? » (réflexions sur une double stratégie), *RJ* com. 2006, p. 94 et s.

JANSEN (N.)

« The authority of an academic 'Draft Common Frame of Reference' », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 146 et s.

JEAN (B.)

« La propriété intellectuelle dans l'industrie de l'*open source* », 1re partie, *Gazette du Palais*, 25 octobre 2008, n° 299

« Propriété intellectuelle et Open Innovation : les frères ennemis ? », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, décembre 2011, supplément

JEAN (B.) et VERCKEN (G.)

« Comment encadrer l'utilisation de logiciels « libres » dans les contrats ayant pour objet des logiciels « propriétaires » ? », *Propr. Intell.*, janvier 2012, n° 42, p. 106 s.

JEAN (B.) et ZAPOSKY (A.)

« La propriété intellectuelle dans l'industrie de l'*open source* », 2e partie, *Gazette du Palais*, 24 janvier 2009 n° 24, p. 15 et s.

JESTAZ (Ph.)

« L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », *in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 120

JESTAZ (Ph.) et JAMIN (Ch.)

« L'entité doctrinale française », *Rec. Dalloz*, 1997, p. 167 et s.

JOERGES (Ch.)

« The Europeanization of Private Law as a Rationalization Process and as a Contest of Legal Disciplines. An Analysis of the Regulation of Unfair Terms in Consumer Contracts », *ERPL*, 3, 1995, p. 175 et s.

« The Impact of European Integration on Private Law : Reductionist Perceptions True Conflicts and a new Constitutional Perspective », *European Law Journal*, 1997, p. 378

« Interactive Adjudication in the Europeanization Process ? A Demanding Perspective and a Modest Example », *ERPL*, 1/2000, pp. 1-16 et not. p. 3 et s.

« On the legitimacy of Europeanising Europe's Private Law : Considerations on an Law of Justi(ce)-fication (*justum facere*) for the EU Multi-Level System, EUI Working Paper Law, n° 2003/3, disponible sur : <hdl.handle.net/1814/198>

« Europeanization as Process: Thoughts on the Europeanization of Pirvate Law », *European Public Law Journal*, n° 11, 2005, p. 63= Duke Law, CiCLOPs occasional papers, vol. 1, June 2009, disponible sur : <www.law.duke.edu/cicl/ciclops>

JOHNSTON (A.) et UNBERATH (H.)

« European private law by directives : approach and challenges » *in* Ch. TWIGG-FLESNER (sous dir. de), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 85 s.

JOSSELIN (M.)

« The concept of the contract for the exploitation of author's rights: a comparative approach », *Bull. UNESCO*, vol. XXVI, n° 4, 1992, p. 6-16, disponible sur : < unesdoc.unesco.org/images/0009/000945/094583eo.pdf>

JOUGLEUX (Ph.)

« The Plurality of Legal Systems in *Copyright* Law : An Obstacle to a European Codification? », *in* T.-E. SYNODINOU (sous dir. de), *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 55 s.

KAISI (A.)

« Finally a single European right for the EU? An analysis of the substantive provisions of the European patent with unitary effect », *EIPR*, 2014, 36(3), pp. 170-180

KALLINIKOU (D.)

« La Directive 2004/48 pour le respect des droits de propriété intellectuelle », *in* M. STATHOPOULOS, K. MPEIS, F. DORIS, I. KARAKOSTAS, *Anniversaire pour Apostolos S. Georgiadis*, Tome I, Sakkoulas, 2006, p. 279 et s.

« La contribution de la propriété littéraire et artistique dans l'art et l'économie », *ChrID*, H/2008, p. 679

« Droit d'auteur et droit civil », *ChrID*, 8/2009, p. 12 s., not. p. 13

« Droit d'auteur et droit civil » *in* 8e Congres Panhéllenique de l'Union des civilistes, *Le droit d'auteur en doctrine et jurisprudence grecques* Thessalonique, 10-11 octobre 2008, Sakkoulas 2010, p. 23 s.

KALLINIKOU (D.), KAROUNOS (Th.) et PAPADOPOULOS (M.)

« Les Licences *Creative commons* grecques », *DiMEE*, 2007, p. 377 s.

KASIRER (N.)

« The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles », *ERPL*, 3/2002, pp. 417-437

KATZENBERGER (P.)

« Protection of the Author as the Weaker Party to a Contract under International Copyright Contract Law », *IIC*, 1988, p. 731 s.

KEIRSE (A.)

« European impact on contract law : A perspective on the interlinked contributions of legal scholars, legislators and courts to the Europeanization of contract law », *Utrecht Law Review*, vol. 7, n° 1, janvier 2011, p. 34 s., disponible sur : <www.utrechtlawreview.org>

KOHL (B.)

« Rapport de synthèse. Les contrats spéciaux dans l'harmonisation du droit européen des contrats », *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 207 s.

KOKAS (G.)

« Besoins procéduraux du droit d'auteur et des droits voisins », *EllDni*, n° 40, 1999, p. 690 s.

KORIATOPOULOU-AGGELI (P.)

« La Directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle : brève présentation, *DiMEE*, 2005, p. 191

KORNILAKIS (P.)

« Le projet pour un droit européen des obligations (approche critique du point de vue du droit grec) *in* A. KAZAKOS, *Les principes européens du droit des contrats* », ENOBE, tome n° 23, éd. Sakkoulas, 1995, p. 95 et s.

KOTSIRIS (L.)

« Licence d'utilisation et location de marque », *DEE*, 12/2002, p. 1189 et s.

KÖTZ (H.)

« Comparative Legal Research and its function in the development of harmonized law. The European Perspective », *in De lege, Towards Universal Law*, Iustus Foerlag, Uppsala, 1995, pp. 21-36

KOUMANTOS (G.)

« Propriété intellectuelle », *EllDni*, n° 35, 1994, p. 1464 s.

« Règles générales sur les contrats de droit d'auteur dans la nouvelle loi hellénique », *Propriétés intellectuelles*, Mélanges A. Françon, Dalloz, 1995, p. 311 s.

« Des idées législatives concernant le droit d'auteur », in *Mémoire Th. Liakopoulos*, Sakkoulas 2010, p. 395 et s.

KRIKKE (J.)

« Rental and Lending Right Directive » *in* Th. DREIER, B. HUGENHOLTZ, *Concise European Copyright Law*, 1e éd., Kluwer Law International, 2006, p. 239 et s.

KROITZSCH (H.)

« Exclusive Licenses as a Means of Advancing Technical Progress. Report on a Panel Discussion Held on June 9, 1977 », *IIC*, 1997, p. 542 s.

KÜMMERLE (S.)

« Güter und Dienstleistungen, Vertragstypenbildung durch den EuGH » *in* F. J. A. SANTOS, Ch. BALDUS, H. DEDEK (sous dir. de), *Vertragstypen in Europa, Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, Sellier, 2011, p. 295 et s.

KUR (A.)

« Harmonization of the Trademark Laws in Europe-An overview », *IIC*, 1997, p. 1 s.

« A New Framework for Intellectual Property Rights- Horizontal Issues », *IIC*, 2004, p. 1 s.

« Fundamental concerns in the harmonisation of (European) trademark law », *in* G. DINWOODIE, M. JANIS, *Trademark Law and Theory. Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar, 2010, p. 151 s.

« Introduction », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011

LADEUR (K.-H.)

« Methodology and European Law-Can Methodology Change so as to Cope with the Multiplicity of the Law ? », *in* M. Van HOECKE, F. OST, L. WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 91 et s.

LAGARDE (X.)

« Sur l'utilité de la théorie de la cause », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 740

LANCRENON (Th.)

« L'application en clair-obscur des règles de la garantie d'éviction à la propriété intellectuelle », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1317

LANDO (O.)

« Principes de droit européen des contrats, Une première étape vers un code civil européen ? », *RDAI/IBLJ*, 1997, n° 2, p. 189 et s.

« Final remarks », *in* R. CABRILLAC, D. MAZEAUD, A. PRÜM, *« Le contrat en Europe aujourd'hui et demain »*, Colloque du 22 juin 2007, Société de législation comparée, 2008, p. 177 s.

« On a European Contract Law for Consumers and Businesses- Future Perspectives », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 203 et s.

« A Plea for a Binding Instrument », *in* J. KLEINEMAN, *A common frame of reference for European contract law, Stockholm Centre for Commercial Law, Actes du colloque du 23-24 octobre 2009*, Jure, 2011, p. 91 s.

« European Private Law: Why, How, What and Who ? » *in* L. MOCCIA**,** *The Making of European Private Law : Why, How, What and Who*, Sellier, 2013, p. 1 et s.

LAPORTE (M.-E.)

« Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle », *JCP, éd. G* 1991, I, 3540, p. 371 et s.

LARDEUX (G.)

« Le droit des contrats spéciaux hors le Code civil », *Les Petites Affiches*, 14 septembre 2005, n° 183, p. 3

LARRIEU (J.)

« Les contrats relatifs à la propriété intellectuelle », *JCP* éd. E., n° 51, *Cahiers du droit de l'entreprise,* supplément n° 6/1997, pp. 24 -27

LASSERRE-KIESOW (V.)

« L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », Recueil *Dalloz*, 2006 p. 2279

LAVABRE (C.)

« Éléments essentiels et obligation fondamentale du contrat », *RJDA*, 1997, p. 291

LE FUR (A.-V.)

« L'acte d'exploitation de la chose d'autrui », *RTD Civ.*, 2004, p. 429 s.

LE GOFFIC (C.)

« Licences libres et copyleft : la contractualisation du droit d'auteur », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, décembre 2011, supplément

LE STANC (Ch.)

« La propriété intellectuelle dans le lit du Procuste : observations sur la proposition de loi 30 juin 1992 relative à la protection des « créations réservées » », *D.*, ch., p. 4

LE TOURNEAU (Ph.)

« Folles idées sur les idées ». *Comm. Com. Electr*., n° 2, févr. 2000, chron., n° 4

LEDIEU (M.-A.)

« Le contrat de licence de logiciel : les points clés de négociation », *Cahiers du droit de l'entreprise*, n° 3, mai-juin 2005, p. 61 s.

LEGRAND (P.)

« Legal Traditions in Western Europe : The Limits of Commonality », *in* R. JAGTENBERG, E. ÖRÜCÜ et A.-J. de ROOS (sous dir. de), *Transfrontier Mobility in Law*, 1995, p. 63 et s.

« Sens et non-sens d'un code civil européen », *RIDC*, 4, 1996, p. 779 et s.

« Le primat de la culture, *in* P. De VAREILLES-SOMMIÈRES, Le *droit privé européen*, 1998, p. 1 s.

« La leçon d'Apollinaire », *in* P. LEGRAND, *Fragments on Law-as-Culture*, Deventer, 1999, p. 117 s.

« La leçon de l'Apollinaire » *in* Ch. JAMIN, D. MAZEAUD, (sous dir de), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001, p. 37 et s.

« Antivonbar » *Journal of Comparative Law*, 1/2006, p. 13 et s.

LEHMANN (M.)

« The New Software Contract under European and German Copyright Law-Sale and Licensing of Computer Programs », *IIC*, 1994, p. 39 et s.

LEISTNER (M.)

« Common Principles of Secondary Liability ? », *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 117 et s.

LELOUP (J.-M.)

« La création de contrats par la pratique commerciale », *in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René Savatier*, PUF, 1986, pp. 167-177

LEMAIRE (H.) et MAURIN (A.)

« Droit français et principes du droit européen des contrats » (Commission Lando), *Petites affiches*, 07 mai 2004, n° 92, p. 38

LEMPESI-ANDREOU (I.)

« L'exploitation des œuvres musicales », *EEmpD*, 1985, p. 605

LEQUETTE (Y.)

« Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar », *D.*, 2002, p. 2202

« Recodification civile et prolifération des sources internationales », *in Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 171 s.

« D'une célébration à l'autre », *in Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 9

« Le Code européen est de retour », *RDC*, 01 juillet 2011, n° 3, p. 1028

LESMO (L.), BOELLA (G.), MAZZEI (A.) et ROSSI (P.)

« Multilingual Conceptual Dictionaries Based on Ontologies : analytical Tools and Case Studies », disponible sur : <www.di.unito.it/~mazzei/papers/Lesmo-Boella-Mazzei-Rossi.pdf>

LEVAYNE FAZEKAS (J.)

« Connection between the CFR and the Proposal for a Directive on Consumer Rights », *in* R. SCHULZE, *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, 2e éd., Sellier, 2009, p. 309 et s.

LIAKOPOULOS (Th.)

« Vers le droit des biens immatériels », *NomEpith*., tom. 21, 1995, p. 5

« Évolutions et perspectives du droit de la propriété industrielle », *in Questions du droit des affaires*, Ed. Sakkoulas, vol. III, 1996, p. 6 et s.

LIBCHABER (R.)

« Une cession temporaire d'usufruit ? », *Defrénois*, 2008, n° 15, p. 1656 s.

LICHTENTHALER (U.) et ERNST (H.)

« Technology licensing strategies: the interaction of process and content characteristics », *Strategic Organization*, May 2009, vol. 7 no. 2, pp. 183-221

LILLEHOLT (K.)

« A European law of lease ? », *in* A. VAQUER, (sous dir. de), *European private law beyond the common frame of reference*, Essays in honour of Reinhard Zimmermann, Europa Law publishing, 2008, p. 57 et s.

« European Private Law : Unification, Harmonisation or Coordination ? », *in* R. BROWNSWORD, *et al.*, The *Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 353 s.

LONG (S.-D.)

« Legislative Comment Regulation 5129/2013 : the protection it offers intellectual property right holders », *EIPR*, 2014, 36(12), pp. 785-789

LOOS (M. B. M.)

« Towards a European Law of Service Contract », *ERPL*, 2001, n° 4, pp. 565-574

« Service Contracts » *in* A. HARTKAMP *et al.* (sous dir. de), *Towards a European Civil Code*, 3e éd., Ars Aequi Libre/Kluwer Law International, 2004, pp. 571-582

« Service Contracts », January 26, 2010, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1542506>

« Scope and application of the Optional Instrument », Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series, n° 2011/09, disponible sur : < papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1890683>

LOOS (M.), HELBERGER (N), GUIBAULT (L.) et MAK (Ch.)

« The Regulation of digital Content Contracts in the Optional instrument of Contract Law », *ERPL*, 6/2011, pp. 729-758

LOW (G.)

« Unitas via Divesritas. Can the Common European Sales Law Harmonize through Diversity? », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 1, 2012, p. 132 et s.

LOW (G.) et HENDRY (J.)

« '*Unity in Diversity*' : Questions of (Legal) Culture in the European *Union* », *Journal of Comparative Law*, 3, 2008, pp. 289-294

LUCAS (A.)

« Droit d'auteur et *copyright* : les limites d'une convergence » *in Mélanges Koumantos*, Sakkoulas 2004, pp. 649-655

« La loi applicable aux contrats d'exploitation des droits d'auteur et des droits voisins », *in Mélanges Victor Nabhan*, Ed. Y. Blais, 2005, p. 289 s.

« European Copyright Codification », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 373 s.

« La longue route vers l'harmonisation du droit d'auteur. Analyse critique », *in* M.-C. JANSSENS (sous dir. de), *Harmonisation of European IP law: from European rules to Belgian law and practice. Contributions in honour of Frank Gotzen*, Bruylant-Larcier, 2012, pp. 17-27

LUCAS-SCHLOETTER (A.)

« Le droit contractuel d'auteur allemand depuis la reforme 22 mars 2002, *Propriétés Intellectuelles*, n° 17, 2005, pp. 403-413

« Lettre d'Allemagne. Qu'y a-t-il dans la « deuxième corbeille » ? Loi allemande du 26 octobre 2007 relative au droit d'auteur dans la société de l'information », *Propr. Intell.*, 1/7/2008, n° 28, pp. 368-375

LUEDER (T.)

« Working toward the next generation of *copyright* licenses », 14th Fordham Conference on Intellectual Property Law& Policy, 20-21 avril 2006, disponible sur: < http://ec.europa.eu/internal_market/*copyright*/docs/docs/lueder_fordham_2006.pdf>

LUTZ (R.), ARCHAMBEAU (Ch.), VIVANT (M.)

« Making the European IP System Work : Further Steps to Take » *in* Ch. GEIGER (sous dir. de), *Constructing European Intellectual Property. Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar, 2013, p. 435 s.

LYMPEROPOULOS (K.)

« La nouvelle loi pour la protection des inventions », *EllDni*, 1989, p. 11 et s.

MAFFRE-BAUGÉ (A.)

« Le formalisme contractuel en droit d'auteur » *in* J.-M. BRUGUIÈRE, MALLET-POUJOL N., ROBIN A. (sous dir. de), *Propriétés intellectuelles et droit commun*, PUAM, coll. de l'Institut de droit des affaires, 2007, p. 265 et s.

MAGGIOLINO (M.) et MONTAGNANI (M.-L.)

« From Open Source Software to Open Patenting-What's New in the Realm of Openness ? », *IIC*, 2011, p. 804 s.

MAGNETTE (P.)

« European Governance and Civic Participation : Can the European Union be Politised ? », *Harvard Jean Monnet Working Paper*, 2001, n° 6/01, disponible sur : <www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/01/010901.html>

MAINGUY (D.)

« Les directives non transposées. Libres propos sur une étrange lumière » *in* Mélanges C. Mouly, Litec, 1998, p. 89 et s.

« Réflexions sur la notion de produit en droit des affaires », *RTD com*., 1999, p. 47

« Pour une théorie générale des contrats spéciaux ? », *RDC*, 01 avril 2006, n° 2, p. 615

MAISONNEUVE (C.)

« Approche historique du droit européen des contrats », *in* (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 27 et s.

MAK (V.)

« A Shift in Focus : Systematisation in European Private Law through EU Law (November 23, 2009), *European Law Journal, Vol.* 17, No. 3, pp. 403-428, 2011, *Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper No. 2009/12*, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1511624>

MALINVAUD (Ph.)

« Réponse hors délai à la Commission européenne ; à propos d'un Code européen des contrats. », *D.*, 2002, p. 2542 s.

MALLET-BRICOUT (B.)

« Les contrats de représentation ont-ils vocation à intégrer un futur cadre commun de référence ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 165 s.

MARAIS (A.)

« Le Code européen de la consommation, premier acte du Code européen des contrats ? », *Revue des contrats*, 01 juillet 2007 n° 3, p. 901

MARIE (A.)

« Fiche pratique contractuelle. La loi du contrat et les contrats internationaux de cession de marques », *Communication Commerce électronique*, n° 5, Mai 2011, p. 7

MARINOS (M.-Th.)

« Limitations concernant la production au sein des licences d'exploitation des brevets d'invention », *EEmpD*, 1985, p. 385 et s.

« Accords de transfert de technologie-questions élémentaires et problèmes », *EEmpD*, 1998, p. 719 et s.

« Le contrat exclusif discographique-en même temps, quelques remarques sur la cession du droit patrimonial de l'artiste interprète », *ChrID*, 2002, pp. 289 et s.

« La délimitation contractuelle des prérogatives en droit des marques- en même temps quelques remarques sur l'interprétation de la licence d'utilisation d'une marque », *DEE*, 6/2005, p. 660 et s.

« Les raisons d'irrecevabilité relative (art. 4 loi 2239/1994)- En même temps quelques remarques sur le principe de l'autonomie privée en droit des marques », *ChrID*, 2005, p. 7

« Quelques remarques autour de la nature juridique de la licence exclusive de marque », *EllDni*, 2006, p. 327 et s.

« Le principe *numerus clausus* en droit des biens immatériels- influence sur la nature juridique de la licence d'utilisation de marque », *in* Anniversaire Ap. Georgiadis, Tom. II, Sakkoulas, 2006, p. 1575 et s.

« La Directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle. Choix législatifs basiques et problèmes d'interprétation pour le Législateur national », *EllDni*, 2009, p. 1 et s.

« Demandes d'indemnisation à cause d'atteinte au droits de propriété intellectuelle selon la Directive 2004/28-vers un droit spécial « d'action préventive » de responsabilité civile ? », *NoV.*, 2009, p. 2029

« Questions d'indemnisation résultant de l'infraction des droits de propriété intellectuelle selon la Directive 2004/48-contribution à l'interprétation de l'article 13 de la Directive et en même temps de l'article 65 par. 2 de la loi n° 2121/1993, *ChrID*, 2010, p. 599 et s.

« Le contrat d'exploitation des biens immatériels » *in* École Nationale des juges, *Problèmes contemporains et opinions jurisprudentiels sur les nouveaux types des contrats du droit de la concurrence et du consommateur,* Nomiki Vivliothiki, 2011, p. 55 s.

« Le nouveau droit des marques (articles 121 et s., loi 4072/2012) : une première introduction, *EllDni*, n° 2, 2012, pp. 327-347

MARION (Ch.) et HERBET (J.)

« IFRS should also be a concern for lawyers », *RDAI/International Business Law Journal*, n° 3, 2006, pp. 430-438

MARIOTTE (S.) et THIEC (Y.)

« Premier League : vers la remise en cause des licences territoriales exclusives ? » *Comm. Comm. Electr.*, 1/4/2009, n° 4, p. 2, Focus 48

MARTIN (J.-P)

« Les cessions et licences de brevet d'invention sont-elles opposables avant leur publication ? », *RDPI*, 1998, n° 87, p. 15

MÄSCH (G.)

« Le droit communautaire des contrats et son influence sur le droit national des États membres », *in* G. MÄSCH, D. MAZEAUD, R. SCHULZE, *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Sellier, sept. 2009, p. 17 et s.

MASOULAS (A.)

« Remarques sur la loi 4072/2012, 3e partie, Marques. », 24.05.2012, disponible sur : <www.syneemp.gr/?pgtp=1&aid=1338188413>

« Remarques sur la loi 4072/2012, 3e partie, Marques. Du point de vue de sécurité des échanges et de jugement judiciaire juste », *EllDni*, n° 54, 2013, p. 694 et s.

MATHYSSENS (J.)

« Sanction de la lésion dans les contrats relatifs aux droits d'auteur », *RIDA*, n° XXV, oct. 1959, p. 87 s.

« L'obligation de représentations des titulaires de droits exclusifs », *RIDA* n° LXXXIII, janvier 1975, p. 3 et s.

MATTEI (U.)

« Basics first please ! A critique of some recent priorities shown by the Commission's Action Plan » *in* A. HARTKAMP *et al.* (sous dir. de), *Towards a European Civil Code,* 3e éd., 2004, Ars Aequi Libre/Kluwer Law International, p. 297 s.

MAZEAUD (D.)

« L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », *in* G. PIGNARRE (sous dir. de), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2005, p. 73 et s.

« Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2959

« Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat. », *in* R. CABRILLAC, D. MAZEAUD, A. PRÜM, *« Le contrat en Europe aujourd'hui et demain »,* Colloque du 22 juin 2007, Société de législation comparée, 2008, p. 97 s.

« La terminologie commune et les principes directeurs du droit des contrats » *in European Contract Law, Era Forum Spécial Issue 2008*, n° 9, supplément n° 1, septembre 2008, p. S38 s.

« Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une reforme du droit des contrats », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1364, n° 2

McCREEVY (Ch.)

« IP Policy in Europe : What Next ? », *GRUR Int.* 2006, p. 361 s.

McKENDRICK (E.)

« Harmonisation of European Contract Law : The State We Are In », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 5 s.

MEKKI (M.)

« Le modèle de la loi au sein du Code civil », *in* Th. REVET (sous dir. de), *Code Civil et modèles, des modèles du code au code comme modèle*, LGDJ, 2005, p. 5 et s.

MELAS (V.)

« La cession du droit de propriété intellectuelle et l'article 1036 Code civil », *NoV.*, 1988, p. 245 et s.

« Autour du problème de la nature du droit d'auteur », *EEmpD*, 1994, p. 501 et s.

MELERO (V.) et SOIRON (R.)

« Quels marchés pour les droits audiovisuels sportifs suite à l'arrêt Murphy ? (Commentaire CJUE, grande ch., 4 oct. 2011, affaires jointes C-403/08 et C-429/08, aff. Premier League), *Comm. Comm. Electr.*, n° 5, Mai 2012, étude 9

MELI (M.)

« The common Frame of Reference and the relationship between national law and European law », *ERCL*, 2/2011, p. 229 et s.

MENDOZA-CAMINADE (A.)

« Les fonctions de la marque à la rescousse de la qualification du contrat de licence : l'apport de la CJUE à la construction du régime juridique de la marque. », *JCP* E, 2012, n° 44, p. 1664

« Vers une libéralisation du commerce du logiciel en Europe ?, *Rec. Dalloz*, 2012, p. 2142

MESTRE (J.)

« L'exigence de cohérence », *Revue de la jurisprudence Commerciale*, n° 3, mai 2011, pp. 221-245

METZGER (A.) et JAEGER (T.)

« Open Source Software and German Copyright Law », *IIC*, p. 53 et s.

MICHAELS (R.)

« Of Islands and the Ocean : The Two Rationalities of European Private Law », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 139 s.

MICKLITZ (H.) et CAFAGGI (F.)

« Introduction », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. viii s.

European Private Law after the Common Frame of Reference, Edward Elgar, 2010, *ERPL* vol 18, n° 4, 2010, p. 891

MICKLITZ (H.-W.)

« A 'Certain' Future for the Optional Instrument », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e edition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 181 et s.

MINTSIS (G.)

« La cession du droit du brevet d'invention », *Ep. epith. Armenopoulos*, 1995, n° 16, p. 77 et s.

MIRROW (M.-C.)

« Le Code Napoléon régit-il toujours l'Amérique Latine d'outre tombe ? » *in* A. WIJFFELS (sous dir. de), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. 179 et s.

MOFFAT (V.)

« Mutant Copyrights and Backdoor Patents : The Problem of Overlapping Intellectual Property Protection », *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 19, 2004, p. 1473 et s., disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=972358>

MONK (A.)

« The emerging market for intellectual property : drivers, restrainers, and implications », *Journal of Economic Geography*, 2009, 9(4), pp. 469-491

MONTELS (B.)

« Réflexions sur les aspects contractuels du droit d'auteur en France » *in* Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R.-M. HILTY, (sous dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, coll. de l'IRPI, « le droit des affaires », t. 29, Litec, 2007, p. 507 s.

« Chron. Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique* n° 6, Juin 2010, chron. 6

MOREAU (M.)

« Le droit qui passe… », *in* C. PUIGELIER (sous dir. de), *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 1071 s.

MORETEAU (O.)

« Can English become the Common Legal Language in Europe ? », *in* R. SCHULZE, G. AJANI (sous dir. de), *Common Principles of European Private Law*, coll. Nomos, Europaeisches Privatrecht, n° 22, Nomos, 2003, p. 405 et s.

MOSCATI (L.)

« Le Code civil et le destin de la propriété intellectuelle en Europe », *Droits*, n° 47, 2008, p. 149 s.

MÖSLEIN (F.)

« Legal innovation in European contract law : within and beyond the (Draft)Common frame of Reference, *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 173 et s.

MOURY (J.)

« Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 382

MOUSSERON (J.-M.)

« L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation de brevet d'invention », *Mélanges Desbois*, 1974, p. 157

« L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation de brevet d'invention », *Dossiers Brevets*, 1978, I, p. 2

« Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz 1991, p. 281

MOUSSERON (J.-M.) et VIVANT (M.)

« Les mécanismes de réservation et leur dialectique : le « terrain » occupé par le droit », *Cah.dr.Entr.*, 1988, n° 1, p. 2 et s.

MUIR-WATT (H.)

« La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 3-2000, p. 503

NESTORUK (I.)

« Common Principles of European Intellectual Property Law : a Polish Perspective », *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 189 et s.

NIKOLOPOULOS (P.)

« Le droit civil dans l'environnement de la mondialisation », *in* Mélanges Koumantos, Sakkoulas, 2004, p. 839 s.

« La contribution de la jurisprudence nationale à l'interprétation et l'application de la loi n° 2121/1993, surtout en ce qui concerne la notion d'œuvre protégée et les dispositions relatives aux contrats et licences d'exploitation », *DiMEE*, 2014, p. 21 s.

NIMMER (R.)

« Breaking the barriers : The relation between contract and intellectual property law », *Berkeley Technology Law Journal*, n° 13, 1998, pp. 827-890

NORDEMANN (W.)

« A revolution of Copyright in Germany », *Journal of the Copyright Society of the USA*, 2002, p. 1041-1046

NOUAROS- MICHAILIDES (G.)

« Autour du problème de la nature du droit d'auteur », *EEN*, 1958, p. 913

NOURISSAT (C.)

« Droit du contrat et droit du marché intérieur », *Revue des contrats*, 01 octobre 2006, n°4, p. 1355

OBERFORFF (H.)

« Ordre et désordres normatifs dans l'Union européenne », *RD publ.*, 2006, p. 113 et s.

OHLY (A.)

« The quest for Common Principles of European Intellectual Property Law- Useful, Futile, Dangerous ? » *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 3 et s.

« Concluding Remarks : Postmodernism and Beyond », *in* A. OHLY, J. PILA, *The Europeanization of Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2013, p. 75 s.

OTT (A.)

« The 'Principle' of Differentiation in an Enlarged European Union », *in* K. INGLIS, A. OTT, (sous dir. de), *The Constitution for Europe and an Enlarging Union: Unity in Diversity?*, Europa Law Publishing, 2005, p. 105 s.

PAGENBERG (J.)

« Better protection for Licensees in Germany », *IIC* 1988, p. 216

« Droit européen des licences exclusives de brevets. Droit communautaire, droit français, droit allemand », [Recension de livre], *IIC*, 1991, p. 432

PARICIO (A.)

« Mieux légiférer » : un objectif européen », *Courrier juridique des finances et de l'industrie* (*CJFI)*, 1/6/2008, pp. 61-64

PASSA (J.)

« Les divergences dans la définition de l'acte de contrefaçon dans les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle. Plaidoyer pour une clarification », *Propr. Intell.*, n° 10, janvier 2004, p. 513 et s.

PEIFER (K.-N.)

« A legal view of selected aspects and the development of Digital Europe », *GrurInt*. 2010, p. 671 s.

PERES (C.)

« Livre vert de la Commission européenne : les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative », *RDC*, 2011, p. 13 et s.

PERINET-MARQUET (H.)

« Vers un droit européen des contrats spéciaux de service », *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 153 s.

PEUKERT (A.)

« Individual, multiple and collective ownership of intellectual property rights-which impact on exclusivity ? », *in* A. KUR, V. MIZARAS, *The Structure of Intellectual Property Law-Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, 2011, p. 195 et s.

« Intellectual Property » *in* J. BASEDOW, K. HOPT, R. ZIMMERMANN (sous dir. de), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press, 2012, p. 926 et s.

PHILIPPE (D.)

« La réforme du Code civil allemand : une source d'inspiration pour une révision du Code Napoléon ? », *in* A. WIJFFELS (sous dir. de), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. 93 et s.

PIHALAJARINNE (T.)

« Setting the Limits for the Implied License in Copyright and Linking Discourse-The European Perspective », *IIC*, 2012, p. 700 s.

PILA (J.)

« Intellectual Property as a Case Study in Europeanization : Methodological Themes and Context », *in* A. OHLY, J. PILA (sous dir. de), *The Europeanisation of Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2013, p. 3 s.

PITSIRIKOS (I.)

« La possibilité d'acquisition de bonne foi en droit d'auteur », *Krit.Ep.*, 1998, p. 171 et s.

PLANIOL (M.)

« Classification synthétique des contrats », *Rev. Crit. Legis. jurisp.*, 1904, n° 470 et s.

POILLOT-PERUZZETO (S.)

« Métalangage et architecture juridique internationale », *in* Mélanges Ph. Malaurie, Defrénois, 2005, p. 365 et s.

POLLAUD-DULIAN (F.)

« Du droit commun au droit spécial- et retour », *in Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 925 et s.

« Une apologie du droit d'auteur « à la française », *in* C. PUIGELIER (sous dir. de), *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 1133 et s.

PONTHOREAU (M.-C.)

« Trois interprétations de la globalisation juridique », *AJDA*, 2006, p. 20 s.

POZZO (B.)

« Harmonisation of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology », *ERPL*, 6/2003, pp. 754-767

PRECHAL (S.) et VAN ROERMUND (B.)

« Binding Unity in EU Legal Order : An Introduction », *in* S. PRECHAL, B. Van ROERMUND (sous dir. de), *The Search for Unity in Divergent Concepts*, Oxford University Press, 2008, p. 1 s.

PRIETO (C.)

« Une culture contractuelle commune en Europe », *Droit 21*, 2003, ER 001

« Un Code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique », *Petites affiches*, 07 mai 2004, n° 92, p. 19

PSARRAS (A.)

« Article 16 » *in* N. ROKAS, *Droit des marques*, Nomiki Viviliothiki, 1996

PSYCHOGIOPOULOU (E.),

« Cultural mainstreaming : the European Union's horizontal cultural diversity agenda and its evolution », *European Law Review*, 2014, p. 626 s.

PUIG (P.)

« Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD Civ.*, 2001, p. 749

« Pour un droit commun spécial des contrats », *in* Le monde du droit, *Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 825 s.

PURNHAGEN (K.)

« Principles of European Private or Civil Law ? A Reminder of the Symbiotic Relationship Between the CJ and the DCFR in a Pluralistic European Private Law », Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series, No. 2011/04, disponible sur SSRN : <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1652039>

QUINTAIS (J.-P)

« Proposal for a Directive on Collective Rights Management and (some) Multi-territorial licensing. (Part II) », 24 juillet 2012, Kluwer Copyright Blog, disponible sur <kluwercopyrightblog.com/2012/07/24/proposal-for-a-directive-on-collective-rights-management-and-some-multi-territorial-licensing-part-ii/>

RALITE (J.)

« Vers un droit d'auteur sans auteurs » *Le monde diplomatique*, mars 1998, disponible sur : <www.monde-diplomatique.fr/1998/03/RALITE/10170>

RAMALHO (A.)

« Conceptualising the European Union's Competence in Copyright : What Can the EU Do ? », *IIC*, 2014, p. 178 s.

RAMSAUER (Th.)

« La législation allemande relative au droit d'auteur à l'aube de l'ère de l'information », *Unesco-Bulletin du droit d'auteur*, octobre 2003, n° 37, pp. 1-10, disponible sur : < portal.unesco.org/culture/fr/files/17424/10837652401tr_f.pdf/tr_f.pdf>

RAYMOND (G.)

« Analyse juridique du « buy-back » », *Contr. Concurr. Consomm.*, Aout-septembre 1991, p. 3

RAYNARD (J.)

« Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », *in* Mélanges offerts à J.-J. Burst, Litec, 1997, p. 529 et s.

« Le tiers au pays du droit d'auteur », *JCP, G,* n° 21, 26 mai 1999, p. 959 s.

« Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC*, 2/2006, p. 597 s.

« Les risques d'une intervention juridique nouvelle », *in* IRPI, *La propriété intellectuelle en question(s). Regards croisés européens*, colloque de l'IRPI, 16-17 juin 2005, Litec, 2008, p. 179 s.

« De l'originalité de la licence de brevet en tant que louage de chose », *in* Ch. GEIGER, C. RODA (sous dir. de), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé. Mélanges en l'honneur du professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, Lexis Nexis, 2013, p. 267 s.

RAYNOUARD (A.)

« Le droit dans une économie mondialisée de la connaissance », *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 32, nov. 2008, pp. 81-82

REBOUL (Y.)

« Le droit de marque à l'aube du 3e millénaire », *JCP G*, 2000, n° 1-2, p. 21 s.

READING (V.)

« L'harmonisation du droit européen des contrats relancée », *Revue Lamy Droit Civil*, n° 75, oct. 2010, p. 61

« The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers », Speech/11/411, Leuven, 3 juin 2011, disponible sur : <ec.europa.eu/commission_2010-2014/reding/pdf/speeches/speech_leuven_en.pdf>, *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e edition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 9 et s.

REICH (N.)

« A european contract law : ghost or host for integration ? », *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 24, n° 2, p. 425 et s.

REIMER (D.)

« La liberté des contrats dans le droit d'auteur. Quelques remarques récapitulatives », *in* ALAI (sous dir. de), *Liberté des contrats et droit* d'auteur, 1976, p. 92 et s.

REINMAN (M.) et HALBERSTAM (D.)

« Top-Down or Bottom-Up ? A Look at the Unification of Private Law in Federal Systems », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 363 s.

REMY (P.)

« Réviser le titre III du livre troisième du Code civil ? » *Revue des contrats*, 01 octobre 2004, n° 4, p. 1169

REMY-CORLAY (P.)

« Traité de Lisbonne et Projet de Cadre commun de référence en droit privé européen », *RTD Civ*., 2008, p. 258.

REVET (Th.)

« Notion de bien : tout produit de l'activité intellectuelle constitue un bien » (note sous l'arrêt Cass. Crim. 22. Sept 2004, n° 04-80.285), *RTD Civ.*, 2005, p. 164

« Les nouveaux biens », Rapport français *in* Travaux de l'Association Henri Capitant, *La Propriété*, Journées vietnamiennes, t. LIII - 2003, Paris, Société de Législation Comparée (SLC) 2006, p. 271 et s.

RIEDL (K.)

« The work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint », *ERPL*, 1, 2000, pp. 71-83

RIFFARD (J.-F.)

« La mutation de la norme : l'avènement d'un droit nivelé ? Ou retour sur quelques aspects de l'unification et la globalisation des droits », *in* N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS (sous dir. de), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2012, p. 93 s.

RIGAS (K.)

« L'impact de la Directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle aux règles du Code de la procédure civile concernant l'imposition des frais judiciaires, *EfAstDik*, 2010, p. 784 et s.

ROCHFELD (J.)

« La communautarisation des sources du droit- De l'harmonisation maximale », *RDC*, 2009/1, p. 11 s.

« Les ambigüités des directives d'harmonisation totale : la nouvelle répartition des compétences communautaire et interne », *D.*, 2009, p. 2047

ROKAS (N.)

« Mutations fonctionnelles du droit sur une marque », *EEmpD*, 1997, p. 443 s.

ROLAND (S.)

« Livre vert de la Commission européenne « droit européen des contrats », Remarques sur quelques difficultés d'ordre institutionnel », *in* O. DESHAYES (sous dir. de), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, 2011, p. 69 et s.

ROOS (N.)

« NICE Dreams and Realities of European Private Law », *in* M. Van HOECKE, F. OST, L. WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 197 et s.

ROSATI (E.)

« The Hargreaves Report and Copyright Licensing : Can National Initiatives Work Per Se ? », *EIPR*, n° 11, 2011, p. 673 et s.

« Towards an EU-wide copyright ? (Judicial) pride and (legislative) prejudice », *Intellectual Property Quarterly*, 2013, 1, pp. 47-68

ROSSI (P.)

« The Language of Law between the European Union and the Member States », *in* G. AJANI, M. EBERS (sous dir. de), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Coll. Europaisches Privatrecht n° 31, Nomos, 2005, p. 23 et s.

ROTH (W.-H.)

« Transposing 'Pointillist' EC Guidelines into Systematic National Codes-Problems and Consequences », *ERPL*, 2002, p. 761 s.

ROUX (M.-A.)

« Le droit à la propriété intellectuelle en Allemagne », *Gazette du Palais*, 21 septembre 2006, n° 264, p. 4 et s.

RUTGERS (J.)

« European Competence and European Civil Code, a Common Frame of Reference or an Optional Instrument », 2010, disponible sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=1542533 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1542533>

SACCO (R.)

« Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative Law », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, n° 1, 1991, pp. 1-34

SAFJAN (M.) et WIEWIOROWSKA-DOMAGALSKA (A.)

« Political Foundations of European Private Law : Rethinking the East-West Division Lines », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 265 s.

SAGAERT (V.)

« La reforme du droit privé français dans le développement du droit privé européen », *in* V. SAGAERT (sous dir. de), *La reforme du droit privé en France, un modèle pour le droit privé européen ?*, Larcier, 2009, p. 115 et s.

SAMUEL (G.)

« Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences », *in* M. Van HOECKE, F. OST, L. WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 35 et s.

« Classification of contracts : A view from a common lawyer », *in* F. JAVIER ANDRES SANTOS, Ch. BALDUS, H. DEDEK (sous dir. de), *Vertragstypen in Europa*, Sellier, 2011, p. 117 et s.

SAMUELSON (P.)

« The Pure Theory of Public Expenditure », *Review of Economics and Statistics*, 1954, 36 (4), p. 387 s.

« The Copyright Principles Project: Directions for Reform », *Berkeley Tech. L.J.*, 2010, vol. 25, p. 1175 s.

SAVATIER (R.)

« Droit privé et droit public », *D.* 1946, chr. p. 25

SCHÄFER (B.) et BANKOWSKI (Z.)

« Mistaken Identities : The Integrative Force of Private Law », *in* M. Van HOECKE, F. ORT, *The Harmonisation of European Private Law*, Hart Publishing, 2000, p. 21 et s.

SCHARPF (F.-W.)

« Notes Toward a Theory of Multilevel Governing in Europe », *Scandinavian Political Studies*, n° 24, 2001, p. 1 et s.

SCHMIDT-SZALEWSKI (J.)

« La marque communautaire », *JCP* E, n° 31, 1994, p. 369

« Les effets de la résolution du contrat de licence de brevet pour inexécution par le licencié de ses obligations », *Recueil Dalloz*, 2002, p. 1195, note sous Cour d'appel de Paris, 1re ch., C, 21 octobre 1999, Curioz (Sté) c/ Brignon

SCHOVSBO (J.)

« The exhaustion of Rights and Common Principles of European Intellectual Property Law », *in* A. OHLY (sous dir. de), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, 2012, p. 169 et s.

SCHRICKER (G.)

« Harmonisation of Copyright in the European Economic Community», *IIC* 1989, p. 466 s.

« German and Comparative Intellectual Property Law. Efforts for a Better Law on Coypright Contracts in Germany-A Never-Ending Story », *IIC*, 2004, p. 850 s.

SCHULTE-NÖLKE (H.)

« The way forward in European consumer contract law : optional instrument instead of further deconstruction of national private laws », *in* Ch. TWIGG-FLESNER (sous dir. de), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 131 s.

« Scope and Function of the Optional Instrument on European Contract Law », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e edition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 35 et s.

« 'Restatements' in Europe and the US : Some Comparative Lessons » *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 11 et s.

SCHULTE-NÖLKE (H.) et ZOLL (F.)

« Structure and Values of the Acquis Principles : New features and their possible use for political purposes », *in* Research Group on the existing EC Private Law, *Acquis Principles, Contract II (general Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services)*, Sellier, 2009, p. xxiii et s.

SCHULZE (R.)

« The New Challenges in Contract Law », *in* R. SCHULZE (sous dir. de), *New features in Contract Law*, Sellier, 2007, p. 3 et s.

« Problèmes et perspectives du droit européen des contrats-introduction », *in* G. MASCH, D. MAZEAUD, R. SCHULZE, *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Sellier, sept. 2009, p. 5 et s.

« The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law », *in* R. SCHULZE (sous dir. de), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, 2009, p. 3 s.

« European Private Law : Political Foundations and Current Challenges », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 293 s.

SCHULZE (R.) et STUYCK (J.)

« Towards a European Contract Law- An Introduction », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e edition, Sellier – De Gruyter, 2011, p. 3

SCORDAMAGLIA (V.)

« Le règlement communautaire sur les dessins et modèles », *Droit et patrimoine*, n° 100, 01/01/2002

« Les dispositions relatives à la propriété intellectuelle dans le Traité de Lisbonne », *Propriété industrielle*, numéro 3, 01/03/2010, pp. 2-5

SCOTT (J.) et TRUBEK (D.)

« Mind the gap : Law and new approaches to governance in the European Union », *ELJ*, n° 8, 2002, p. 1

SEFTON-GREEN (R.)

« Cultural Diversity and the Idea of a European Civil Code », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 71 s.

SEMMELMANN (C.)

« Legal Principles in EU Law as an expression of a European Legal Culture Between Unity and Diversity », *Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2012/7*, mai 2012, disponible sur : <www.ssrn.com>

« Legal Principles in EU Law as an Expression of a European Legal Culture between Unity and Diversity » *in* G. HELLERINGER, K. PURNHAGEN (sous dir. de), *Towards a European legal culture*, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2014, p. 303.

SENECHAL (J.)

« Le contrat d'entreprise, un enjeu du mouvement de re-codification du droit des contrats », *Revue Lamy Droit civil*, sept. 2009, pp. 66-72

« Vers une ou plusieurs catégories d'instruments en droit européen des contrats ? », Réponse au livre vert du 1er juillet 2010 (COM (2010) 348/3), disponible sur : <ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/293_fr.pdf>

« Quels contrats spéciaux pour quels futurs instruments en droit européen des contrats ? » *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 17 s.

SEUBE (J.-B.)

« Le droit des biens hors le Code civil », *Les petites affiches*, 15 juin 2005, n° 118, p. 4

SHERMAN (C.) et POTTER (J.)

« Cloud-based music services: legal issues to consider », disponible sur : <cyber.law.harvard.edu/sites/cyber.law.harvard.edu/files/Rethinking_Music_Cloud-Based_Music_Services_Legal.pdf>, p. 65 s.

SIMONENKO (V.)

« La propriété intellectuelle en Russie à la lumière de la codification entreprise », *Communication Commerce Électronique*, n° 5, mai 2009, étude 12

SIRINELLI (P.)

« Brèves observations sur le « raisonnable » en droit d'auteur », *in* Mélanges en l'honneur de André Françon, Dalloz, 1995, p. 397 s.

SMITS (J.)

« The Good Samaritan in European Private Law ; On the Perils of Principles without a Program and a Program for the future », Inaugural lecture, Maastricht University 19 May 2000, disponible sur : <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=848947>, pp. 44-45

« The Europeanisation of national legal systems: some consequences for legal thinking in civil law countries », *in* M. VAN HOECKE (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford (Hart Publishing) 2004, p. 229 s., disponible aussi sur : <arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=919>

« Introduction » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. v et s.

« Diversity of Contract Law and the European Internal Market » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 153 et s.

« European Private Law : a Plea for a Spontaneous Legal Order », *in* D. CURTIN *et alii*, *European Integration and Law : Four Contributions on the interplay between European Integration (Ius Commune Europaeum)*, 2006

« Law Making in the European Union: On Globalization and Contract Law in Divergent Legal Cultures», *Louisiana Law Review*, 67, 2007, pp. 1101-1203, disponible aussi sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1104386>

« Legal Culture as Mental Software, Or : How to Overcome National Legal Culture ? », Maastricht Working Papers, 2007-2, disponible sur :<ssrn.com/abstract=1007447>

« Convergence of Private Law in Europe : Towards a New Ius Commune », *in* E. ÖRÜCÜ, D. NELKEN, *Comparative law : a handbook*, Hart Publishing, 2007, pp. 219-240, disponible sur SSRN: <ssrn.com/abstract-1111593>

« European Private Law and Democracy: A Misunderstood Relationship », *in* M. FAURE and F. STEPHEN, *Essays in the Law and Economics of Regulation in Honour of Anthony Ogus*, Oxford, Intersentia, 2008, pp. 49-59

« Democracy and (European) Private Law : A Functional Approach », *European Journal of Legal Studies*, 2009, pp. 26-40, disponible sur : <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1537888>

« The complexity of Transnational Law : Coherence and Fragmentation of Private Law », *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 14.3, décembre 2010, disponible sur : <www.ejcl.org/143/art143-14/pdf>

« Democracy and (European) Private Law : A Functional Approach », Tilburg University Legal Studies Working Paper Series, No. 001/2010, January 17, 2010

« Plurality of Sources in European private Law, or : How to Live With Legal Diversity ? », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 321 s.

« The Common European Sales Law (CESL) beyond Party Choice », disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=2039345>

SMITS (J.) et LETTO-VANAMO (P.)

« Introduction », *in* P. LETTO-VANAMO, J. SMITS, *Coherence and Fragmentation in European Private Law*, Sellier, 2012, p. 1 s.

SOMMA (A.)

« Towards a European private law ? The Common Frame of Reference in the conflict between EC law and national laws », *in* H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, 2010, p. 1 et s.

SPYRIDAKIS (I.)

« Essentialia, naturalia, accidentalia negotii », *NoV*, 1994, p. 1 et s.

STATHOPOULOS (M.)

« Droit européen commun des contrats- compétences et perspectives », *KritE*, 2/2001, p. 95 et s.

« Remarques introductives aux articles 496-946 » *in* A. GEORGIADIS, M. STATHOPOULOS (sous dir. de), *Code Civil*, tome III, *Droit des contrats spéciaux*, Sakkoulas, 1980

« Droit européen commun des contrats- compétences et perspectives », *KritE*, 2/2001, p. 95 et s.

« Des règles uniformes du droit privé au sein de l'Union européenne-Le rôle de la science juridique et du législateur », *in Mélanges Koumantos*, Sakkoulas, 2004, pp. 990 s.

STAUDENMAYER (D.)

« Un instrument optionnel en droit européen des contrats », *RTD Civ.*, 2003 p. 629 et s.

« European Contract Law-What Does It Mean and What Does It Not Mean ? », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 235

STAVRIDOU (S.)

« Contrats des œuvres futures. Contribution à l'interprétation de l'article 13 par. 5 loi 2121/1993 », *EllDni*, 1996, pp. 1239-1249

« Droits de transmission télévisuelle exclusive des manifestations sportives », *DEE*, 1999, p. 144 et s.

« Formes d'exploitation des œuvres protégées inconnus », *DEE*, 3/2003, p. 265 et s.

STEFANOU (K.)

« Le nouveau cadre réglementaire des droits de propriété intellectuelle », *EEmpD*, 2001, p. 199 et s.

STERLING (J.-A.-L.)

« International Codification of Copyright Law: Possibilities and Imperatives », Part one, *IIC*, 2002, p. 270 s.

« International Codification of Copyright Law: Possibilities and Imperatives », Part two, *IIC*, 2002, p. 464 s.

STORME (M.)

« Une question de principe(s) ? Réponse à quelques critiques à l'égard du projet provisoire de « Cadre commun de référence » », *in European Contract Law, Era Forum Spécial Issue 2008*, n° 9, supplément n° 1, septembre 2008, p. S65 s.

« The Foundations of Private Law in a Multi-level Structure : Balancing, Distribution of Law-making Power and other Constitutional Issues », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 379 s.

« There is Nothing Like European Private Law 20 Years Later », *ERPL*, 2012, vol 1, *editorial*, pp. 1-2

STROWEL (A.) et KIM (H.-E.)

« The Balancing Impact of General European Union Law on European Intellectual Property Jurisprudence » *in* A. OHLY, J. PILA, *The Europeanization of Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2013, p. 75 s.

STROWEL (A.)

« European copyright: beyond the additions made by the European Court of Justice, some pieces are still missing » *in* M.-C. JANSSENS (sous dir. de), *Harmonisation of European IP law: from European rules to Belgian law and practice. Contributions in honour of Frank Gotzen*, Bruylant-Larcier, 2012, p. 73 s.

« Towards a European Copyright Law : Four issues to consider » *in* E. STAMATOUDI, P. TORREMANS, *EU Copyright Law. A Commentary*, Edward Elgar, 2014, n° 21.01 s, p. 1127 s.

STROWEL (A.) et VANBRABANT (B.)

« Copyright licensing : a European view », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 29 s.

STUYCK (J.)

« Enforcement and Compliance : An EU Law Perspective », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 513 s.

TALLON (D.)

« Vers un droit européen des contrats », Mélanges Colomer, 1993, p. 485

« Droit uniforme, américain, code civil européen, quels rapports ? » *in Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit,* Société de législation comparé, 2003, p. 67

TARDIEU-GUIGUES (E.)

« Transmission du droit de marque et du fonds de commerce », *in* J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL, (sous dir. de), *Propriété Intellectuelle et droit commun,* Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 293 et s.

TAURAN (T.)

« Les distinctions en droit civil », *Les Petites Affiches*, n° 70, 07/04/2000, pp. 5-14

« Les distinctions en droit commercial », *Les Petites Affiches*, 12 septembre 2000, n° 182, p. 5

TELLIS (N.)

« La relation entre droit des marques et droit de signes distinctifs du droit substantiel : Besoin de réglementation unitaire ? », *EpiskED*, p. 881 et s.

TENENBAUM (A.)

« Introduction : Objectifs et Méthode du Groupe Terminologie », *in* Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et Société de Législation Comparée, *Terminologie contractuelle commune : projet de cadre commun de référence*, Coll. Droit privé comparé et européen, vol. 6, 2008, p. 15 et s.

TERRE (F.)

« Le Code civil français et le projet de code civil européen », *in* CEDROMA, *Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques*, Colloque de Beyrouth des 3, 4 et 5 mai 2004, Bruylant 2008, p. 385 s.

« La diversité des diversités », Préface, *in* C. PUIGELIER (sous dir. de), *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 35 s.

TERRYN (E.) et NAEYAERT (P.)

« An optional instrument for commercial agency, franchise and distribution contracts ? », *in* D. VOINOT, J. SENECHAL (sous dir. de), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, Larcier, 2012, p. 189 s.

TESSENSOHN (J.) et YAMAMOTO (S.)

Critique de l'ouvrage J. De WERRA, *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, *EIPR*, 2014, 36(10), pp. 685-686

TEUBNER (G.)

« Legal Irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences », *Modern Law Review*, 1998, Vol. 61, pp. 11-32

TIROLE (J.)

« Protection de la propriété intellectuelle : une introduction et quelques pistes de réflexion » *in* J. TIROLE, C. HENRY, M. TROMMETTER, L. TUBIANA, B. CAILLAUD (sous dir. de), *Propriété intellectuelle, Rapport du Conseil d'Analyse Économique*, La Documentation française, 2003, p. 9 s.

TISSOT (N.)

« Arrêt de la 2e chambre de la Cour de justice européenne du 19 juillet 2012, C-376/11, *Rev. suisse du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence*, 2013, p. 474 et s.

TORREMANS (P.)

« Licenses and Assignments of Intellectual Property Rights under Rome I Regulation », *Journal of Private International Law*, 2008, n° 4 p. 420 s.

« Cross-border licensing in the absence of a choice of law : is there a way forward ? », *in* J. ROSEN (sous dir. de), *Intellectual Property at the Crossroads of Trade*, Edward Elgar, 2012, p. 25 et s.

TREFIGNY (P.)

« Les contrats d'exploitation », *JCP Cahiers de Droit de l'entreprise*, n°42, Dossier « Propriétés intellectuelles ; unité ou diversité ?, 2004, p.16 et s.

TREPPOZ (E.)

« Droit des contrats internationaux, Le contrat de fourniture de services et le droit international privé communautaire », *RDC*, 2009, p. 1558 et s.

« Droit européen de la propriété intellectuelle », *RTD eur.*, 2011, p. 939 s.

« Territorialité et propriété intellectuelle », *RTD eur.*, 2012, p. 847

TURRINI (A.) et VAN YPERSELE (T.)

« Legal Costs as Barriers to Trade », Center for Economic Policy Research Discussion Paper Series, No 5751, 2006

TWIGG-FLESNER (Ch.)

« Good-Bye Harmonization by Directives, Hello Cross-Border Only Regulation? - A Way Forward for EU Consumer Contract Law », *European Review of Contract Law*, Vol. 7, No. 2, 2011, disponible sur SSRN: <ssrn.com/abstract=1786692>

UBERTAZZI (B.)

« Licence agreements relating to IP rights and the EC Regulation on Jurisdiction », *IIC*, 2009, p. 912 s.

ULMER (E.)

« Some thoughts on the Law of Copyright Contracts », *IIC*, 1976, p. 202 s.

URBAN (N.)

« One legal language and the maintenance of cultural and linguistic diversity ? », *ERPL*, 1/2000, pp. 51-57

VAN EECHOUD (M.), HUGENHOLTZ (B.), VAN GOMPEL (S.), GUIBAULT (L.) ET HELBERGER (N.)

Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 1, « The European Concern with Copyright and Related Right », p. 1 et s.

Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 8, The Blessings and Curses of Harmonization », p. 297 et s.

Harmonizing Copyright Law, The Challenges of Better Lawmaking, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, Chapter 9, « The last frontier: territoriality », p. 307 et s.

VAN GERVEN (W.)

« Codifying European private law ? Yes, if…! », *ELR*, n° 27, 2002, p. 156 et s.

« A common Framework of Reference *and* Teaching », 1, *European Journal of Legal Education*, 2004, p. 1 et s.

« Codifying European Private Law » *in* VAN HOECKE M. (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford (Hart Publishing) 2004, p. 137 s.

« Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », 2005, disponible sur : <www.law.kuleuven.be/ccle/pdf/2005-01-18_WvG_.Impact_courts_on_private_law.pdf>

« Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level », *in* F. GAFAGGI (sous dir. de), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, p. 37 et s.

« Private Law in a Federal Perspective », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 337 s.

VAN HOECKE (M.)

« The Harmonization of Private Law in Europe : Some Misunderstandings », *in* M. Van M. HOECKE, F. ORT, *The Harmonization of European Private Law*, Hart Publishing, 2000, p. 1 et s.

« Deep Level Comparative Law », *in* M. Van HOECKE, F. OST, L. WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 165 et s.

« Foreword » *in* M. VAN HOECKE (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford (Hart Publishing) 2004

« Le Code civil et la base commune du droit privé en Europe », *in* A. WIJFFELS (sous dir. de), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. 29 et s.

VAN HOECKE (M.) et OST (F.)

« Legal doctrine in crisis : towards a European legal science », *Legal Studies*, vol. 18, n° 2, 1998, pp. 197-215

VAN HOECKE (M.) et WARRINGTON (M.)

« Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine : Towards a New Model for Comparative Law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, p. 495 et s.

VANHEES (H.)

« La protection des auteurs s'engageant par des contrats individuels », Rapport belge au Congres de l'ALAI de Montebello, sept 1997, Québec, Y. Blais, 1998, p. 99

VAVER (D.)

« The Exclusive Licence in Copyright », *IPJ*, n° 9, 1995, p. 163 et s.

« The Copyright Mixture in a Mixed Legal System: Fit for Human Consumption?, vol 5.2, Electronic Journal of Comparative Law », Mai 2001, disponible sur : <www.ejcl.org/52/art52-3.html>

VENIERIS (I.)

« Réflexions sur la base du projet de loi proposé sur le marques », 20.05.2011, disponible sur, <www.syneemp.gr>

VERCKEN (G.)

« Nouvelles relations de production, pratiques contractuelles en évolution » *in* F. LABADIE, F. ROUET (sous dir, de), *Travail Artistique et économie de la création, Ministère de la culture et de communication*, collection Questions de culture, 2008, p. 145 s.

« Le formalisme dans les contrats d'auteur : un point après la décision de la Cour de Cassation du 21 novembre 2006 », *RIDA*, janv. 2009, n° 219, p. 5

« Les clauses des cessions de droits. Durée », *Propr. Intell.* oct. 2011

VERCKEN (G.) et VIVANT (M.)

« Le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées : figures anciennes et pistes nouvelles », *JCP*, n°2, *les Cahiers de Droit de l'Entreprise*, 2000, pp. 18-28

VIVANT (M.)

« Une épreuve de vérité pour les droits de propriété intellectuelle : le développement de l'informatique » *in* IRPI, *L'avenir de la propriété intellectuelle*, Colloque organisé par l'Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, Paris 26 octobre 1992, Litec, 1992, p. 43 s.

« Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP éd. E*, 1993, I, p. 251 s.

« Pour une épure de la propriété intellectuelle », *in Mélanges à l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 415 s.

« Propriété intellectuelle et ordre public », *in* J. FOYER, *Auteur et législateur*, Mélanges Foyer, PUF, 1997, p. 307

« L'irrésistible ascension des droits de propriété intellectuelle », *in Mélanges C. Mouly*, Vol. 1, Paris, Litec, 1998, p. 441

« L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », *JCP G*, 2000, n° 1-2, p. 10 s.

« La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?, Rapport de synthèse », *in* M. VIVANT, (sous dir. de), *Propriété intellectuelle et mondialisation, La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Actes du colloque 27-28 juin 2002, Montpellier, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2004, p. 177 et s.

« La pratique de la gratuité en droit d'auteur », *RLDI*, mai 2010, n° 1993, p. 59 s.

VIVANT (M.) et GEIGER (Ch.)

Chronique « Autre Regard… », *in Propr. Intell.*, n° 35, avril 2010, p. 747 s. et not. p. 750

VIVANT (M.), SUEUR (T.) *et alii*

« Une Europe de la propriété industrielle ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier 2012, entretien 1

VIVANT (M.) et VERCKEN (G.)

« Le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées : figures anciennes et pistes nouvelles », *JCP Cahiers de Droit de l'Entreprise*, 2000, n° 2, p. 18 s.

VOGENAUER (S.)

« Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law ? », *ERCL*, Vol. 6, n° 2., 2010, p. 143-183

VOGENAUER (S.) et WEATHERILL (S.)

« La compétence de la Communauté européenne pour harmoniser le droit des contrats - une analyse empirique », *Revue des contrats*, 2005, p. 1215

« The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law-an Empirical Contribution to the Debate », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 105 s.

VON BAR (Ch.)

« Le groupe d'études sur in Code civil européen », *RID Comp.*, 2001, p. 127

« Comparative Law of Obligations : Methodology and Epistemology » *in* M. Van HOECKE, F. OST, L. WINTGENS (sous dir. de), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 123 et s.

« A Common Frame of Reference for European Private Law-Academic Efforts and Political Realities », *Electronic Journal of Comparative Law*, mai 2008, disponible sur : <www.ejcl.org/121/art121-27.pdf>

VON LEWINSKI (S.)

« La transposition en droit allemand de la directive sur la société de l'information », *RIDA*, n° 202, octobre 2004, p. 10 et s.

« Harmonisation of Copyright in Europe-Background, Principles and Problems », *in* Ch. ANTONS, M. BLANKENEY, Ch. HEATH, *Intellectual Property Harmonisation within ASEAN and APEC*, Kluwer Law International, 2004, p. 93 s.

« Chronique d'Allemagne. L'évolution du droit d'auteur en Allemagne de mi-1997 au printemps 2005, deuxième partie », *RIDA*, n° 206, octobre 2005, p. 235 et s.

« L'évolution récente du droit d'auteur allemand », *Auteurs & Média*, 3/2008, p. 194 et s.

« Recent Developments of German Authors' Rights Law », *Auteurs & Média*, 2/2011, p. 162 et s.

« Chronique d'Allemagne. L'évolution du droit d'auteur en Allemagne de mi-2005 à fin 2010, Première partie », *RIDA*, n° 228, avril 2011, p. 164 et s.

« Copyright Contracts », *in* T.-E. SYNODINOU, *Codification of European copyright law: challenges and perspectives*, Kluwer Law International, 2012, p. 241 s.

« Copyright in a Borderless Online Environment : EU Cross-Border Licensing of Rights », *in* J. AXHAM (sous dir. de), *Copyright in a borderless online environment*, The Institute for Legal Research, Norstedts Juridik, 2012, p. 101 s.

WAGNER (G.)

« The Virtues of Diversity in European Private Law » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 3 et s.

WAGNER (H.)

« Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty. The example of the European Union » *in* J. SMITS (sous dir. de), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, European Law Publishing, 2005, p. 27 et s.

WALLIS (D.)

« Expectations for the final Common Frame of Reference », *in European Contract Law, Era Forum Special Issue 2008*, n° 9, supplément n° 1, septembre 2008, p. S7 s.

WATSON (A.)

« Legal culture v. Legal tradition », *in* M. Van HOECKE, *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, 2004, p. 1 s.

WEATHERHILL (S.)

« Constitutional Issues-How Much is Best Left Unsaid ? », *in* S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (sous dir. de), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, 2006, p. 89 s.

« The « principles of civil law » as a basis for interpreting the legislative acquis », *ERCL*, n° 6, 2010, pp. 74-85

« Competence and European Private Law », *in* Ch. TWIGG-FLESNER (sous dir. de), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 58 s.

« The Multi-level Structure of Private Law : Editorial Introduction », *in* R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 319 s.

WICKER (G.)

« Propos Introductifs », *in* D. MAZEAUD, R. SCHULZE, G. WICKER, (sous dir. de), « L'amorce d'un droit européen du contrat. La proposition de Directive relative aux droits des consommateurs », Société de Législation Comparée, 2011, p. 7 s.

WIEWIOROWSKA-DOMAGALSKA (A.) et ZALESKI (M.)

« Towards a European Contract Law that Truly Serves European Citizens and Businesses », *in* R. SCHULZE, J. STUYCK (sous dir. de), *Towards a European Contract Law*, 4e édition, Sellier – De Gruyter, 2011, 197 et s.

WIJFFELS (A.)

« European Private Law : A New Software-Package for an Outdated Operating system ? », *in* M. HOECKE, F. ORT, *The Harmonisation of European Private Law*, Hart Publishing, 2000, p. 101 et s.

« Préface », *in* A. WIJFFELS (sous dir. de), *Le Code civil entre ius cmmune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. V s.

« Qu'est-ce que c'est le *ius commune* », *in* A. WIJFFELS (sous dir. de), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. 643 et s.

WIKSTRÖM (P.)

« A Typology of Music Distribution Models », *International Journal of Music Business Research*, Vol. 1, n° 1, avril 2012, p. 7 s.

WILHELMSSON (Th.)

« Private Law in the EU : Harmonized or Fragmented Europeanization ?, *ERPL*, 1/2002, pp. 77-94

WILKOF (N.)

« Trademark licensing : the once and future narrative », *in* J. de WERRA (sous dir. de), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2013, p. 196 s.

WITZ (C.)

« Plaidoyer pour un code européen des obligations », *Rec. Dalloz*, 2000, p. 79 s.

XUE (H.)

« Can One Term Fit All? Translation in Chinese Copyright Law » *in* Y. GENDREAU, A. DRASSINOWER (Sous dir. de), *Langues et droit d'auteur. Language and Copyright*, Bruylant – Carswell, 2009, p. 187 s.

YANG (G.) et MASKUS (K.)

« Intellectual Property Rights and Licensing : An Econometric Investigation », *Weltwirtschaftliches Archiv.*, 2001, pp. 58-79

ZENO-ZENCOVICH (V.) et VARDI (N.)

« The Constitutional Basis of a European Private Law », *in* A. HARTKAMP *et alii* (sous dir. de), *Towards a European Civil Code*, 3e éd., Kluwer Law International, 2004, p. 205 s.

ZILLER (J.)

« The Legitimacy of the Codification of Contract Law in View of the Allocation of Competences between the European Union and its Member States », *in* M.-W. HESSELINK (sous dir. de), *The Politics of a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2006, p. 89 s.

ZIMMERMANN (R.)

« Le droit comparé et l'européanisation du droit privé », *RTD Civ.*, 2007, p. 451 s.

« Challenges for the European Law Institute », discours au Congres inaugural de l'ELI, 1er juin 2011, *Edinburgh Law Review*, 2012, Max Planck Private Law Research Paper No. 11/16, disponible sur SSRN: <ssrn.com/abstract=1963159>

ZOLL (F.)

« A Need for a New Structure for European Private Law », *in* R. BROWNSWORD *et alii*, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, 2011, p. 555 et s.

ZOLYNSKI (C.)

« Questions de légistique soulevées par la construction de la norme à l'aune du renouvellement des sources de droit », *in* N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS (sous dir. de), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2012, p. 51 s.

ZUNIGA (P.) et GUELLEC (D.)

« Who Licenses Out Patents and Why? Lessons from a Business Survey (January 2009) », STI Working Paper n° 2009/5, disponible sur SSRN : <ssrn.com/abstract=1399144>

ZWEIGERT (K.)

« Des solutions identiques par des voies différentes », *Revue Internationale de droit comparé*, Vl. 18, n° 1, janv.-mars 1966, pp. 5-18

V. OUVRAGES NON JURIDIQUES, LITTÉRAIRES, HISTORIQUES, PHILOSOPHIQUES.

POPPER (K.)

La logique de la découverte scientifique, Payot, 1973

STEVENSON (R.-L.)

« Auteurs et éditeurs », *in Essais sur l'art de la fiction*, Payot, 1992

VI. NOTES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS.

AGGELI (P)

- note sous MonPrAth 5091/2008, *DiMEE*, 2009, p. 213= Banque des données juridiques « ISOKRATIS » <www.dsanet.gr>

BRETON (A.)

- note sous Cass. Civ. 1re, 5 janvier 1970, *D.*, 1970, p. 281

BRUGUIÈRE (J.-M.)

- note sous Cass. 1re civ., 21 nov. 2006, *Propr. Intell.*, 2007, n° 22, p. 94
- note sous CA Paris, p. 5, ch. 1, 1er décembre 2010, *Sté Naïve* c/ *Sté V2 music Limited*, *Propr. Intell.*, n° 39, avril 2011, p. 188
- observations sous Cass. 1re, civ., 1er déc. 2011, *Propr. Intell.*, n° 42, Janvier 2012, p. 33 et s.
- observations sous Cass. Civ. 1re , 30 mai 2012, *Propr. Intell.*, 2012, n° 44

BURST (J.-J.)

- note sous Cass. Com., 3 mai 1978, *D.*, 1979, jurispr. p. 247
- observations sous Cass. com. 24 oct. 1984, *D.*, inf. rap. p. 89

CAPITANT (H.)

- note sous Cass. civ. 17 mai 1927, *DP*, 1928, 1, p. 25, concl. Matter

CARON (Ch.)

- note sous Cass. 1re civ., 8 juin 1999, *Sté Colorado* c/ *Sté Lee Cooper International*, *Juris-Data* n° 003227, *Comm. comm. electr.*, octobre 1999, p. 18
- note sous TGI Paris, 3e Ch., 30 novembre 1999, *Comm. com. électr.*, comm. 2001, p. 87
- note sous Cass. Civ. 1ère, 6 juill. 2000, *Goscinny*, Comm. Comm. Elect., oct. 2001, comm. 99, n° 3, p. 17
- note sous Cass. Civ. 1re, 23 janvier 2001, *Bull. civ.* I., n° 13, *Juris-Data* n° 2001-007865, *Comm. Comm. Electr*., comm. n° 34, p. 13
- observations sous Cass. com., 5 nov. 2002, n° 01-01.926, *Sté Arplex* c/ *Sté Ducs de Gascogne*, *JurisData* n° 2002-016340 *Comm. com. électr.*, 2003, comm. 1

- note sous CA Paris, 12 févr. 2003, CCE, 2003, n° 6, p. 23-25
- CA Paris, 4e ch. Sect. A, 28 mai 2003, CCE, n°11, novembre 2003, p. 25
- note sous CA Paris, 16 janvier 2004, *Comm. com. électr*. 2004, comm. n° 38, p. 23
- note sous CA Paris 4e ch. A, 16 février 2005, *Eos* c/ *Chaussade*, *Comm. Comm. Electr.*, nov. 2005, n° 11, p. 22
- note sous CA Paris, 4e ch., B, 25 novembre 2005, *SNAC et SGDL* c/ *SA librairie éd. L'Harmattan*, *Communication Commerce électronique*, comm. 40, 2006
- note sous CA Paris, 22 mars 2006, *JCP* G, 2006, I., p. 162
- note sous Cass. 1re civ., 21 nov. 2006, *Comm. Comm. Electr.*, 2007, comm. 3
- note sous Cass. Civ. 1re 12 nov. 2006, n° 05-19.294, *Comm. Comm. Electr.*, p. 28
- note sous CA Paris, 25 nov. 2005, *Comm. Comm. Electr.*, 2006, comm. 40
- note sous Cass. 1re civ., 22 janv. 2009, n° 07-21.498, *F-D, SARL Cédric Brochier Soieries* c/ *Carrasset-Marillier*, *JurisData* n° 2009-046658, *Communication Commerce électronique*, n° 4, Avril 2009, comm. 32

CHRYSANTHIS (Ch.)

- note sous MonProtAth. 8198/2002, *EEmpD*, 2004, p. 837-839

COLIN (A.)

- note sous Cass. Civ., 25 juin 1902, Arrêt Lecocq, *DP*, 1903, 1,5

COLOMBET (C.)

- note sous Cass. 1re civ., 17 mars 1982, *D.* 1983, inf. rap. p. 89
- observations sous CA Versailles, 20 janv. 1987, *D*. 1988, somm., 207
- observations sous Cass. Com., 6 nov. 1990, *Manoukian*, Bull. civ. I., n° 253, *D.*, 1993, somm. 91
- observations sous CA Paris, 4e ch., A., 14 mai 1997, *Recueil Dalloz*, 1998, p. 194

COSTES (L.)

- note sous Tribunal de Grande Instance de Paris, troisième Chambre, deuxième section, 9 octobre 2009, numéro 09/06128, *société H & K et autres* c/ *société Google France et autres*, *Revue Lamy de l'immatériel*, n° 54, p. 16-17

DURRANDE (S.)

- note sous Cour de cassation, du 13 octobre 1993, *RIDA*, 2/1995, p. 3-47

FRANÇON (A.)

- CA Paris 4e ch., 6 mai 1980, *RTD com.*, 1980, p. 551
- Cass. 1re civ., 17 mars 1982, *RTD com*. 1982, p. 428
- observations sous Cour de cassation, du 13 octobre 1993, *RTD com.*, 1994, p. 272

GAROUFALIA (O.)

- note sous MPrAth, 4487/2009, *DiMEE*, 2009, p. 552

GAUTHIER (J.)

- note sous Cass. com. 3 mars 1987, *D.*, 1987, p. 515

GAUTIER (P.-Y)

- note sous Civ. 1re 27 mai 1986, *D.*, 1987, p. 209
- note sous Cour de cassation, du 13 octobre 1993, *D.*, 1994, jurispr. p. 166
- note sous Cass. com. 9 nov. 1993, *RTD Civ.*, 1994, p. 373, « Sur ce que les logiciels sont bien susceptibles d'être l'objet d'un contrat de vente et des conséquences qui s'ensuivent »

GREFFE (F.)

- note sous Com. 10 mai 1994, *D.* 1996, Jur. 520 et s.

GRILLET-PONTON (D.)

- note sous Com. 15 juin 1982, *JCP*, 1984, I, 20141

GUILLEMAIN (A.)

- observations sous CA Paris, 4e ch., 16 janvier 2004, *Juris-Data* n° 2004-234796, *JCP* E, 2005, n° 1216, § 5

HASSLER (Th.)

- note sous CA Paris, 16 mars 1989, *Playmobil*, *JCP* E, 1991, II, p. 147
- note sous Cass. civ. 1re, 9 oct. 1991, *Joker*, *JCP* E, 1991, II, p. 147
- note sous Cour de cassation, 13 octobre 1993, *D.*, 1994, somm. p. 280

INCHAUSPÉ (M.-E.)

- observations sous Cass. com., 5 nov. 2002, n° 01-01.926, *Sté Arplex* c/ *Sté Ducs de Gascogne*, *JurisData* n° 2002-016340, *JCP* E, 2004, p. 616

KALLINIKOU (D.)

- note sous PProtAth 5872/1997, *DEE*, 2/1998, p 147 et s.
- note sous EfAth 499/2000, *KritEp.* 2001, p. 253

KAMINA (P.)

- note sous Cass. com., 5 nov. 2002, n° 01-01.926, *Sté Arplex* c/ *Sté Ducs de Gascogne*, *JurisData* n° 2002-016340, *Propr. Industr.*, 2003, comm. n° 5

KÉRÉVER (A.)

- observations sous CA Paris, 13 octobre 1995, *RIDA*, 1996, n° 168, p. 325

KOUMANTOS (G.)

- note sous AP 512/1986, *NoV*, 1987, tom. 35, p. 348 et s.

KYPROYLI (N.)

- observations sous EfAth 4312/2001, *DEE*, 1/2002, p. 60 s.
- observations sous EfAth 8138/2000, *DEE* 2001, 60
- observations sous EfAth 143/2004, *DEE*, 2004, p. 415
- observations sous EfAth. 8532/2006, *DEE*, 2007, p. 924

LIAKOPOULOS (Th.)

- note sous AP 1605/1985, *EEmpD*, 1987, p. 117 et s.

LUCAS (A.)

- note sous CA Paris, 23 oct. 1990, *La Géode*, *JCP*, 1991, II, 21682
- note sous CA Paris, 1re ch. G, 9 sept. 1998, *SA Dargaud éditeur* c/ *Uderzo et a. JCP G*, n° 42, 20 Octobre 1999, II 10181
- observations sous CA Paris, 16 janvier 2004, *Juris-Data* n° 2004-23479, *Propr. intell*. 2005, p. 63

- note sous Cass. 1re civ., 25 mai 2004, *CA Conception de presse* c/ *Sté Playboy entreprises INC* [n° 01-17.805 FS-P] [Juris-Data n° 2004-023791], JCP G, n° 46, 10 Novembre 2004, II 10170
- note sous CA Paris, 4e Ch., B, 10 décembre 2004, *Librairie Éditions L'Harmattan c/ Tisserand*, *Propr. Intell*, No. 15, 2005, p. 176

LYMPEROPOULOS (K.)

- note sous AP, 1re section, 1788/1983, *EllDni*, 25.913

LYON-CAEN (Ch.)

- note sous Civ. 25 juill. 1887, *S.* 1888.1.17

MALAURIE (P.)

- note sous Civ. 1re, 28 juin 1988, *D.* 1989, Jur. 121 et s.

MARCHI (J.-P.)

- note sous T. corr. Paris, 22 déc. 1980, *Gazette du Palais*, 1981, 1, jurispr. p. 147

MARINOS (M.-Th.)

- note sous EfAth 3403/1988, *EEmpD*, MA/1990, p. 160
- note sous PolProtAth. 9188/1995, *EllDni*, 38/1997, p. 162 et s.

MITKAS (K.)

- PPrAth 5417/2000, *EpiskED* 2001, p. 2001

MOUSSERON (J.-M.) et SCHMIDT (J.)

- observations sous Cass. com., 5 janv., 1983, *D.*, 1985, inf. rapides, p. 45
- observations sous Lyon, 25 juin 1985, *D.*, 1986, Somm. 137

NOUSKALIS (G.)

- observations sous AP 1720/2004, *PoinDik*, 2/2005, p. 160

PAGENBERG (J.)

- note sous KZR 5/81 « Fastening Means », *IIC* 1984, p. 371

PAMPOUKIS (K.)

- observations sous EfThes 2331/2006, *EpiskED* D/2006, p. 1180 et s.

PLAISANT (R.)

- note sous Cass. 1re civ., 17 mars 1982, *JCP*, G, 1983, II, 20054

RENAULT (C.-E.)

- note sous CA Paris, 16 janvier 2004, Légipresse 2004, n° 217, III, p. 219

REVET (Th.)

- observations sous Cass. Crim. 22 septembre 2004, *RTD Civ.*, 2005, 164, obs..

ROKAS (N.)

- note sous MonProtAth 15808/1999, *EEmpD*, pp. 581-583

SCHMIDT SZALEWSKI (J.)

- observations sous CA Paris, 21 oct. 1999, *D.*, 2002, p. 1195

STAVRIDOU (S.)

- note sous MonProtAth. 5417/2000, *ChrID*, A/2001, p. 648 et s.

TSIGKOU (Ch.)

- observations sous MonProtAth 2122/2004, *DiMEE* 2005

VIVANT (M.)

- note sous Cass. com. 5 janv. 1983, *Albrycht c./ Société Eurotungstene et autres*, *Juris-Data* n° 001019, *Bull. civ.* IV, n° 1, *JCP*, II,1984, n° 20182

INDEX

A

amélioration prospective, - 357 s. -, - 388 -, - 395 s.-, - 674
analyse économique, - 308 -, - 318 -, - 334 -, - 565 -, - 688
approche sectorielle (droit de la propriété intellectuelle), - 28 -, - 278 -, - 331 -, - 430 s., - 444 -, - 448 -, - 612 -, - 635
approche unitaire (droit de la propriété intellectuelle), - 28 -, - 445 -, - 450 s.-, - 475
acquis communautaire inachevé, - 185 -, - 281 s.
autonomie systématique (droit de la propriété intellectuelle), - 378 s. -, - 450

B

bon fonctionnement du marché intérieur, - 23 -, - 303s. , - 315 -, - 496 -, - 498 -, - 554 -, - 557 -, - 558 -, - 560 -, - 566 -, - 569 -, - 572 -, - 575 -, - 576 -, - 711

C

capital intellectuel, - 11 -, - 24 -, - 339 -, - 339 -, - 341 s.
changement de paradigme (production du droit), - 409 s.-, - 417 s. -, - 461
classification des contrats d'exploitation, - 174-, - 636 s.
common law, - 27 -, - 33 -, - 466 s. -, - 488 -, - 490 -, - 536 s. -, - 542 -, - 613 -, - 614
compétence de l'Union européenne, - 276 -, - 504 -, - 554 s. -
concession des droits d'utilisation (Nutzungsrechte)
droit d'auteur allemand, - 75
concession des sous-licences
droit d'auteur allemand, - 87
droit des brevets britannique, - 119
droit des marques grec, - 126
droit des marques britannique, - 147
contrat d'autorisation
droit d'auteur français, - 58
contrats-types européens, - 359 -, - 705 -, - 708 -, - 713
coûts de transactions, - 313
culture juridique européenne, - 652 -, - 656 s., - 680 s.

D

dénominateurs communs transversaux, - 509 s., - 625
diversité culturelle, - 424 -, - 464 s. -, - 481 s.-, - 493 -, - 509 -, - 537 s. -, - 592 -, - 616 -, - 625 -, - 647 -, -672 -, - 690
diversité juridique, - 294 -, - 316 -, - 317-, - 423-, - 464 s. -, - 462 -, - 553 -, - 560 -, - 565 -, - 574 -, - 593 -, - 601 -, - 647 -, - 673 -, - 699 -, - 701 -, - 707
diversité linguistique, - 474 s. -, - 490 s. -, - 551
divisibilité du droit transmis
droit d'auteur grec, - 45
droit d'auteur français, - 63
droit d'auteur allemand, - 78
droit d'auteur britannique, - 92
droit des brevets français, - 107
droit des brevets allemand, - 113
droit des marques grec, - 124
droit des marques français, - 131
droit des marques allemand, - 136
droit des marques britannique, - 144
Directive 2008/95/CE, - 177
Règlement n° 207/2009 (marques communautaires), - 180
pluri-exploitation, - 373
principe transversal
droit grec, - 513
droit français, - 519
droit allemand, - 527
droit britannique, - 532
niveau européen, - 547
droit d'agir du licencié
droit d'auteur grec, - 54
droit d'auteur français,- 71
droit d'auteur allemand (doctrine), - 266
droit d'auteur britannique, - 95
droit des brevets grec, - 104

droit des brevets français, - 110
droit des brevets britannique, - 120
droit des marques grec, - 128
droit des marques français, - 134
droit des marques allemand, - 138
droit des marques britannique, - 148
Règlement n° 207/2009 (marques communautaires), - 182
diversité des solutions nationales, - 290 s.
diversité catégorielle
droit grec, - 433
droit britannique, - 434
principe transversal
droit grec, - 515
droit français, - 521
droit allemand, - 529
droit britannique, - 534
niveau européen, - 549

droit européen de la propriété intellectuelle, - 155 s. -, - 383 -, - 590 s.

E

économie post-industrielle, - 337 s. -, - 710
effet erga omnes,
droit d'auteur allemand, - 88
droit d'auteur britannique, - 94
droit des brevets français, - 109
droit des brevets allemand, - 113
droit des brevets britannique, - 119
droit des marques grec, - 127
droit des marques français, - 133
droit des marques allemand, - 137
droit des marques britannique, - 147
Règlement n° 207/2009 (marques communautaires), - 181
diversité des solutions nationales, - 289
principe transversal
droit allemand, - 528
essentialia negotii, - 214 -, - 223 -, - 389
études empiriques,-317, - 560-, - 711 -, - 714
européanisation conceptuelle, - 652 s.
européanisation négociée, - 658 s.
européanisation profonde, - 652 s.
exclusivité contractuelle
droit d'auteur grec, - 48
droit d'auteur francais, -66
droit d'auteur allemand, - 80
droit d'auteur britannique, - 93
droit des brevets grec, - 103
droit des brevets français, - 109
droit des brevets allemand, - 113
droit des brevets britannique, - 117
droit des marques grec, - 126
droit des marques français, - 133
droit des marques allemand, - 137
droit des marques britannique, - 145
principe transversal
droit grec, - 514
droit français, - 520
droit allemand, - 527
droit britannique, - 533
niveau européen, - 548

H

harmonisation maximale, - 697 s. -
harmonisation minimale, - 697 -, - 698 -, - 699

I

insécurité juridique, - 23 -, - 216 -, - 223 -, - 233 -, - 273 -, - 312 -, - 313 -, - 331 -, - 362 -, - 447
Institut Européen du droit, - 684
instrument autosuffisant, - 595
instrument préparatoire, - 668 s.-, 672 s. - 684 *sq.*
intervention de la CJUE,
compétence de l'Union, -556 s.
droit de la concurrence, - 159-, -375 -, 458
droit d'auteur, - 161
droit des marques, -174 s.
intervention dénaturante -296 s.

intuitus personae,
droit d'auteur grec, -52
droit des brevets grec, - 104
particularité des contrats d'exploitation, - 259 s
principe transversal
droit grec, - 515
droit français, - 521

L

licence
licence du copyright, - 89
licence (d'exploitation)
droit de brevets grec, - 101
droit des brevets français, - 105
droit des brevets allemand, - 111

droit des brevets britannique, - 113
droit des marques français, - 128
droit des marques allemand, - 135
droit des marques britannique, - 139
Brevet à effet unitaire, -172
Directive 2008/95/CE, - 174
Règlement n° 207/2009 (marques communautaires), - 179
licence d'utilisation
droit d'auteur grec, - 42 s.
droit des marques grec, - 121
lex contractus, - 309 -, - 319 s.
liberté contractuelle, - 13 -, - 60 -, - 97 -, - 98-, -153 -, - 157 -, - 225 -, - 238 -, - 246 -, - 358 -, - 478 -, - 516 -, - 517 -, - 520 -, - 522 -, - 523 -, - 527 -, - 528 -, - 529 -, - 530 -, - 532 -, - 533 -, - 534 -, - 535 -, - 550 -, - 648

O

obligation d'exploitation
droit d'auteur grec, - 51
droit d'auteur francais, - 70, -229
droit d'auteur allemand, - 86
droit des brevets grec, - 231
droit des marques francais, - 232
élément original des contrats d'exploitation, - 255
principe transversal
droit grec, - 515
droit français, - 521
droit allemand, - 528
droit britannique, - 534
niveau européen, - 549

P

principe de subsidiarité (UE), - 425 -, - 502 -, - 566 s.- , - 578 -, 711
principe de proportionnalité (UE), - 502 -, - 568 s.-, - 700 -, - 701

Q

qualification civiliste du contrat d'exploitation, - 18 -, - 243 s.-, - 247s -, - 253 s. -, - 264 -, - 273 -, - 332 -, - 522
qualification sui generis,- 248 -, - 263 s.-, - 377

R

(re)construction horizontale, - 429 s. -, - 449 -, - 459 -, - 609
(re)construction prospective, - 34 -, -385 s.
règles de conflit (Règl. Rome I), - 309 s. -, - 324 s. -, - 377 -, -456
règles de forme
droit d'auteur grec, - 44
droit d'auteur français, - 61
droit d'auteur allemand, - 77
droit d'auteur britannique, - 91
droit de brevets grec, - 102
droit des brevets français, - 106
droit des brevets allemand, - 112
droit des brevets britannique, - 114
droit des marques grec, - 122
droit des marques français, - 130
droit des marques britannique, - 141
Brevet à effet unitaire, - 172
Règlement n° 207/2009 (marques communautaires), - 180
rémunération contractuelle
droit d'auteur grec, - 49 s.
droit d'auteur français, -67 s. -, - 211 s.
droit d'auteur allemand, - 81 s.
droit européen
droit d'auteur, -164 -, -168
diversité entre les solutions nationales, - 292
principe transversal
droit grec, - 515
droit français, - 520
droit allemand, - 528
droit britannique, - 534
niveau européen, - 549

S

sole licence,
copyright, - 94
droit des brevets français,- 109
droit des brevets britannique, - 118
droit des marques grec,- 126
droit des marques britannique, - 146
principe transversal
droit britannique, - 553
structure bipartite, - 620 s.
summa divisio
contrats d'exploitation (cession-licence), - 31 -, -198 s., - 627 (proposée)
droit de propriété intellectuelle, - 451
traditions juridiques, - 466 -, - 220 -, - 624

T

théorie générale des contrats d'exploitation, - 641 s. -, - 702
tradition civiliste, - 31 -, - 466 s.-, - 537 s.
tradition du copyright, - 31 -, - 466 s.-, - 537 s
transfert de la licence
droit des brevets grec, - 103
droit des brevets britannique, - 118
droit des marques britannique, - 146
Règlement n° 207/2009 (marques communautaires), - 181
transmissibilité des droits transmis
droit d'auteur grec, - 52
droit d'auteur allemand, - 85

U

ubiquité (propriétés intellectuelles), - 19 -, - 31 -, - 254 -, - 365 -, - 366 -, - 373 -, - 373 - , - 630
unitas in diversitas, - 485 s.-, - 511 -, - 574 -, - 647 -, - 666 -, - 712

V

volonté politique, - 577 s. -, - 576 -, - 579 -, - 583 -, - 714

Table des matières

REMERCIEMENTS ..... **- 2 -**

TABLE DES PRINCIPALES ABBREVIATIONS ..... **- 5 -**

SOMMAIRE ..... **- 9 -**

INTRODUCTION ..... **- 10 -**

PREMIÈRE PARTIE : LE BESOIN DE (RE)CONSTRUCTION DU CADRE JURIDIQUE DES CONTRATS D'EXPLOITATION EN EUROPE. ..... **- 37 -**

Titre I.- L'état actuel du cadre juridique des contrats d'exploitation en Europe. ..... **- 39 -**

Chapitre I.- Le cadre juridique des contrats d'exploitation au niveau national. ..... - 40 -

Section 1.- Le cadre juridique des contrats d'exploitation en droit d'auteur. ..... - 41 -

§1.- En Grèce. ..... - 41 -

A.- Les contrats et licences d'exploitation. ..... - 42 -

B.- Le régime spécial des contrats et licences d'exploitation. ..... - 43 -

§2.- En France. ..... - 55 -

A. Les contrats d'exploitation d'auteur : surtout des cessions mais aussi des autorisations. ..... - 57 -

1°.- La cession du droit d'auteur. ..... - 57 -

2°.- Le contrat d'autorisation en droit positif français. ..... - 58 -

B.- Le régime spécial des contrats d'exploitation du droit d'auteur. ..... - 60 -

§3.- En Allemagne ..... - 71 -

A.- Le contrat de concession des droits d'utilisation (Nutzungsrechte). ..... - 75 -

B.- Le régime spécial des concessions des droits d'utilisation. ..... - 76 -

§4.- Au Royaume-Uni ..... - 88 -

A.- La licence du copyright. ..... - 89 -

B.- Le régime spécial de la licence du copyright. ..... - 90 -

Section 2.- Le cadre juridique des contrats d'exploitation en propriété industrielle. ..... - 100 -

§1.- Brevets d'invention. ..... - 100 -

A.- En Grèce ..... - 100 -

1°.- La licence d'exploitation de brevet (*άδεια εκμετάλλευσης ευρεσιτεχνίας*). ..... - 101 -

2°.- Le régime spécial du contrat de licence d'exploitation de brevet. ..... - 102 -

B.- En France. ..... - 105 -

1°.- La licence d'exploitation de brevet. ..... - 105 -

2°.- Le régime spécial du contrat de licence d'exploitation de brevet. ..... - 106 -

C.- En Allemagne. ..... - 111 -

1°.- La licence de brevet (*Patentlizenz*). ..... - 111 -

2°.- Le régime spécial du contrat de licence de brevet ..... - 112 -

D.- Au Royaume Uni. - 114 -
1°.- La licence de brevet (*patent licence*) - 114 -
2°.- Le régime spécial du contrat de licence de brevet - 116 -
§2.- Marques - 121 -
A.- En Grèce. - 121 -
1°.- Le contrat de licence d'utilisation de marque (*άδεια χρήσης σήματος*). - 121 -
2°.- Le régime spécial du contrat de licence d'utilisation des marques. - 122 -
B.- En France. - 129 -
1°. La licence d'exploitation de marque. - 129 -
2°.- Le régime spécial du contrat de licence d'exploitation des marques. - 130 -
C.- En Allemagne. - 135 -
1°.- La licence de marque (*Markenlizenz*). - 135 -
2°.- Le régime spécial de la licence de marque. - 136 -
D.- Au Royaume Uni. - 139 -
1°.- La licence de marque (*trade mark licence*). - 139 -
2°.- Le régime spécial du contrat de licence de marque. - 141 -
Chapitre II.- Le cadre juridique des contrats d'exploitation au niveau européen. - 155 -
Section 1.- L'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation d'auteur. - 161 -
§1.- L'acquis contraignant. - 161 -
§2.- Acquis non contraignant. - 168 -
Section 2.- Propriété industrielle. - 172 -
§1.- Brevets d'invention. - 172 -
§2.- Marques. - 174 -
A.- L'acquis communautaire en matière des contrats d'exploitation des marques nationales. - 174 -
1°.- La licence de marque (nationale). - 174 -
2°.- Le régime spécial du contrat de licence de marque (nationale). - 176 -
B.- L'acquis communautaire en matière de contrats d'exploitation des marques communautaires. - 178 -
1°.- La licence de marque communautaire. - 179 -
2°.- Le régime spécial du contrat de licence de marque communautaire. - 179 -

Titre II.- L'insuffisance du cadre juridique actuel. - 187 -
Chapitre I.- L'appréciation de l'insuffisance. - 188 -
Section 1.- L'insuffisance au niveau national. - 188 -
§1.- L'insuffisance structurelle : L'insuffisance de la catégorisation actuelle des contrats d'exploitation. - 188 -
A.- Des catégories non opératoires. - 189 -
1°.- Des dénominations peu réussies. - 189 -
a.- La géométrie variable des dénominations des contrats d'exploitation choisies par le législateur. - 190 -
i.- Le caractère générique et peu discriminant du nomen de « licence ». - 190 -
ii.- Le caractère peu distinctif du nomen de « cession » en droit d'auteur français. - 192 -
b.- L'usage inconsistant des dénominations des contrats d'exploitation par le législateur et la jurisprudence : l'exemple du droit contractuel d'auteur français. - 193 -

c.- L'utilisation problématique des dénominations des contrats d'exploitation dans la pratique. . - 194 -
2°-. Des distinctions non opératoires. ..... - 198 -
a.- Les limites de la distinction entre cession et licence/concession en matière de droit contractuel de la propriété intellectuelle. ..... - 199 -
i.- L'imbrication des catégories contractuelles de cession et de licence. ..... - 200 -
ii.- La thèse du caractère *in rem* du droit du licencié exclusif : l'exemple du droit grec. ..... - 205 -
b.- Les limites de la distinction entre contrats d'exploitation primaires et secondaires. ..... - 208 -
i.- Le problème lié à la détermination des contours de la 'qualité d'auteur'. ..... - 209 -
ii.- Le désintérêt critiquable du législateur face aux contrats d'exploitation secondaires. ..... - 210 -
iii.- Des problèmes liés à l'application du régime protecteur aux seuls contrats primaires ou l'effet boomerang de la distinction entre contrats d'exploitation primaires et secondaires. ..... - 211 -
B.- Des catégories aux contours imprécis. ..... - 214 -
1°.- Les problèmes liés aux définitions des contrats d'exploitation. ..... - 215 -
a.- La définition de la licence exclusive. ..... - 215 -
b.- La définition de la licence partielle. ..... - 216 -
c.- Les problèmes liés à l'absence de définition de la cession en droit d'auteur français. ..... - 218 -
i.- La thèse de la cession, terme générique. ..... - 219 -
ii.- La théorie du démembrement. ..... - 220 -
iii.- La thèse de la cession, modèle unique et original du droit d'auteur. ..... - 221 -
2°.- Les problèmes liés à l'absence de précision des éléments essentiels des catégories contractuelles. ..... - 223 -
a.- L'obligation de paiement d'un prix est-elle un élément essentiel du contrat d'exploitation ? . - 223 -
b.- L'obligation d'exploitation est-elle un élément essentiel du contrat d'exploitation ? ..... - 227 -
i.- Obligation d'exploitation et licence d'exploitation exclusive en droit d'auteur grec ..... - 229 -
ii.- Obligation d'exploitation et cession de droit d'auteur français. ..... - 229 -
iii.- Obligation d'exploitation et licence d'exploitation des brevets d'invention en droit grec. - 231 -
iv.- Obligation d'exploitation et licence de marque non exclusive en droit français. ..... - 232 -
§2.- L'insuffisance réglementaire : les carences du régime spécial attaché aux catégories des contrats d'exploitation ..... - 234 -
A.- Un régime spécial sous-développé. ..... - 234 -
1°.- Les carences du régime spécial des contrats d'exploitation. ..... - 234 -
a. Un régime lacunaire. ..... - 234 -
b. Un régime parfois ambigu. ..... - 236 -
2°.- Le traitement des carences du régime spécial à l'heure actuelle. ..... - 237 -
a.- La volonté des parties, moyen de traitement des carences du droit spécial des contrats d'exploitation. ..... - 238 -
b.- L'apport de la doctrine et de la jurisprudence. ..... - 241 -
i.- Le recours au droit commun des contrats ..... - 241 -
ii.- Le recours à une double qualification pour les contrats d'exploitation dans les droits continentaux. ..... - 243 -
iii.- La proposition de solutions ad hoc. ..... - 245 -
B.- Les problèmes liés au caractère sous-développé du régime spécial ..... - 246 -

1°.- L'efficacité limitée de la liberté contractuelle des parties. - 246 -
2°.- Les limites du recours au droit commun des contrats. - 247 -
3°.- Les limites de la double qualification : l'exemple du droit français et du droit grec des contrats d'exploitation. - 247 -
a.- Une double qualification controversée : l'exemple du droit grec. - 248 -
i.- La qualification controversée des contrats et licences d'exploitation. - 248 -
ii.- La qualification controversée du contrat réalisant le transfert du droit dans le cadre des contrats et licences d'exploitation exclusives. - 249 -
b.- Des qualifications inappropriées : l'exemple du droit français. - 251 -
i.- Double qualification et particularité de l'objet du contrat d'exploitation. - 253 -
ii.- Double qualification et particularité de l'opération véhiculée par un contrat d'exploitation. - 255 -
α.- L'obligation d'exploitation à la charge du cocontractant. - 255 -
β.- Le lien étroit entre les parties. - 259 -
γ.- Le caractère temporaire de la cession. - 262 -
4°.- L'efficacité limitée des interventions doctrinales et jurisprudentielles *ad hoc*. - 264 -
a.- Des solutions controversées. - 265 -
b.- Des interventions fortuites et sélectives. - 270 -
5°.- Les limites de la généralisation des règles de la partie spéciale. - 271 -
Section 2.- L'insuffisance au niveau européen. - 274 -
§1.- Un acquis fragmenté. - 274 -
A.- Un acquis ultra-sectoriel en droit d'auteur. - 274 -
B.- La distinction entre titres nationaux et titres européens. - 278 -
§2.- Un acquis inachevé. - 281 -
A.-Les contours du caractère inachevé de l'acquis. - 282 -
1°.- Un acquis superficiel. - 282 -
2°.- L'état non harmonisé des droits nationaux des contrats d'exploitation en Europe. - 284 -
a.- La diversité au niveau de la catégorisation des contrats d'exploitation. - 285 -
i.- Des dénominations divergentes : l'exemple des dénominations choisies concernant les contrats d'exploitation en matière de droit d'auteur. - 285 -
ii.- Des distinctions divergentes : l'exemple du droit contractuel d'auteur. - 286 -
iii.- Des définitions divergentes : l'exemple de la licence d'exploitation des brevets d'invention exclusive. - 286 -
iv.- Des catégories aux éléments essentiels divergents : la question de l'obligation d'exploitation en tant qu'élément essentiel des contrats d'exploitation. - 287 -
b.- La diversité au niveau de la réglementation spéciale des contrats d'exploitation. - 288 -
i.-La diversité relative à l'exigence d'un écrit. - 289 -
ii.- La diversité relative à l'effet erga omnes du contrat d'exploitation. - 289 -
iii.- La diversité relative au droit d'agir du licencié. - 290 -
iv.- La diversité qui caractérise le régime protecteur en droit contractuel d'auteur. - 291 -
c.- La diversité qui caractérise les questions non traitées par la réglementation spéciale des contrats d'exploitation. - 293 -

i.- La diversité qui caractérise les solutions jurisprudentielles et doctrinales. - 293 -
ii.- La diversité qui caractérise le droit commun des contrats. - 293 -
B.- Les problèmes liés au caractère inachevé de l'acquis. - 295 -
1°.- Les problèmes inhérents à l'acquis superficiel. - 295 -
a.- Une législation européenne faite avec peu de réflexion. - 295 -
b.- Des interventions dénaturantes de la CJUE. - 296 -
c.- Le manque de compréhension mutuelle en matière de contrats d'exploitation en Europe : une diversité conceptuelle. - 299 -
d.- L'efficacité limitée de l'acquis superficiel. - 300 -
i.- L'exemple de la Directive 2014/26/UE. - 300 -
ii.- L'exemple du RMC. - 302 -
iii.- L'exemple de la Directive d'harmonisation des marques. - 303 -
2°.- L'impact négatif de l'acquis inachevé sur le bon fonctionnement du marché européen. - 303 -
a.- La contestation de l'impact négatif de la diversité sur le bon fonctionnement du marché européen. - 305 -
i.- L'argument empirique. - 305 -
ii.- L'argument libéral : la diversité favorise la concurrence des droits nationaux. - 309 -
iii.- L'argument juridique : l'existence d'un système de règles de conflit uniforme au sein de l'Union Européenne. - 310 -
b.- L'affirmation de l'impact négatif de la diversité sur le bon fonctionnement du marché européen. - 312 -
i. L'argument économique : le coût de la diversité entrave le bon fonctionnement du marché européen. - 312 -
ii. L'argument pragmatique : l'efficacité limitée du dispositif du droit international privé. - 318 -
α.- L'efficacité limitée du principe de la loi d'autonomie. - 319 -
β.- L'efficacité limitée du dispositif des règles de conflit uniformes. - 324 -
iii.- L'argument stratégique : Les répercussions négatives de la diversité sur la politique européenne de l'immatériel. - 327 -
Chapitre II.- Le traitement de l'insuffisance. - 333 -
Section 1.- La nécessité de remédier à l'insuffisance du cadre juridique actuel des contrats d'exploitation. - 334 -
§1.- L'importance des droits de propriété intellectuelle. - 334 -
A.- Le rôle primordial des droits de propriété intellectuelle au sein de l'économie de l'immatériel. - 335 -
B.- L'importance économique des droits de propriété intellectuelle au niveau microéconomique. - 341 -
1°.- L'orientation des acteurs économiques vers le capital intellectuel. - 341 -
2°.- Les droits de propriété intellectuelle, des actifs stratégiques pour les entreprises. - 342 -
C.- L'importance économique des droits de propriété intellectuelle au niveau macroéconomique. - 344 -
1°.- L'importance au niveau national. - 344 -
2°.- L'importance au niveau européen. - 346 -
§2.- L'importance des contrats d'exploitation. - 347 -
A.- Les contrats d'exploitation, outils de valorisation par excellence des droits de propriété intellectuelle. - 347 -
B.- Les contrats d'exploitation, outils de diffusion de l'innovation et des connaissances. - 350 -

C.- L'importance économique et stratégique des contrats d'exploitation des droits de PI. ..... - 351 -
D.- Des « grands contrats » : réflexions d'ordre épistémologique. ..... - 355 -
Section 2.- Le besoin d'une action de (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation. ..... - 357 -
§1.- L'intérêt de l'existence d'un cadre juridique préétabli en matière de contrats d'exploitation. ..... - 359 -
A.- La facilitation des échanges. ..... - 359 -
B.- La sécurisation des échanges. ..... - 360 -
§2.- La légitimité de l'existence d'un droit spécial des contrats d'exploitation. ..... - 363 -
A.- L'argument pragmatique : la particularité des contrats d'exploitation. ..... - 364 -
1°.- La particularité des objets des contrats d'exploitation : Des biens immatériels particuliers. ..... - 364 -
a.- Des biens immatériels. ..... - 364 -
b.- Des biens immatériels aux caractéristiques particulières. ..... - 365 -
i.-La dimension intellectuelle des biens immatériels. ..... - 365 -
ii.- Des biens immatériels dotés d'ubiquité. ..... - 366 -
iii.- Des biens immatériels non excluables et non concurrents. ..... - 367 -
iv.- Des biens immatériels absolument autonomes. ..... - 368 -
v.- Des biens immatériels, porteurs de créativité et d'innovation. ..... - 368 -
2°.- Les conséquences de la particularité des biens intellectuels sur l'exploitation contractuelle des droits de propriété intellectuelle. ..... - 370 -
a.- La dimension intellectuelle du bien intellectuel et l'exploitation contractuelle des droits de propriété intellectuelle. ..... - 371 -
b.- L'ubiquité du bien intellectuel et l'exploitation contractuelle des droits de propriété intellectuelle. - 373 -
c.- La dimension sociale des biens intellectuels et l'exploitation contractuelle du droit exclusif. - 374 -
B.- L'argument systématique : l'autonomie du droit de la propriété intellectuelle et de ses branches. ..... - 379 -
1°.- La reconnaissance de l'autonomie du droit de la propriété intellectuelle et de ses branches. ..... - 379 -
a.- L'autonomie systématique du droit de la propriété intellectuelle au niveau national. ..... - 379 -
b.- La reconnaissance de l'autonomie du droit de la propriété intellectuelle au niveau européen. - 382 -
2°.- L'autonomie du droit de la propriété intellectuelle conduit à un droit spécial des contrats d'exploitation. ..... - 383 -
§3.- Vers la (re)construction prospective du droit spécial des contrats d'exploitation. ..... - 385 -
A.- Pour une action d'amélioration ciblée aux contrats d'exploitation. ..... - 385 -
B.- Pour une action de (re)construction prospective du droit spécial des contrats d'exploitation. ..... - 388 -
1°.- La conceptualisation de la (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation au niveau national. ..... - 389 -
2°.- La conceptualisation de la (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation au niveau européen. ..... - 391 -

DEUXIÈME PARTIE : UNE PROPOSITION POUR LA (RE)CONSTRUCTION DU CADRE JURIDIQUE ACTUEL DES CONTRATS D'EXPLOITATION EN EUROPE ..... - 400 -

Titre I.- Le contexte de la proposition. ..... - 402 -
Chapitre I.- Les axes de la proposition. ..... - 403 -

Section 1.- Une action de (re)construction du droit des contrats d'exploitation menée au niveau de l'Union européenne. ..... - 404 -
§1.- L'interdépendance des actions de (re)construction au sein de l'Union européenne. ..... - 404 -
A.- Les limites d'une action de (re)construction menée uniquement au niveau de l' (ou d'un) État-membre... - 405 -
1°.- L'influence de l'ordre juridique européen. ..... - 406 -
a.- Les formes d'influence. ..... - 406 -
b.- L'importance de l'influence : le changement de paradigme pour les droits nationaux des contrats d'exploitation. ..... - 409 -
2°.- L'influence entre les ordres juridiques étatiques. ..... - 412 -
B.- Les limites d'une action de (re)construction menée uniquement au niveau européen. ..... - 414 -
§2.- Le changement de paradigme des contrats d'exploitation : la dénationalisation des échanges en matière de droit de la propriété intellectuelle. ..... - 417 -
A.- La dénationalisation des échanges, le nouveau paradigme des contrats d'exploitation. ..... - 417 -
B.- L'influence de la dénationalisation des contrats d'exploitation sur la (re)construction du droit des contrats d'exploitation. ..... - 419 -
§3.- L'argument d'ordre symbolique : L'idéalisme (juridique) européen en matière de droit des contrats d'exploitation. ..... - 422 -
Section 2.- Une action de (re)construction du droit des contrats d'exploitation à portée horizontale. ..... - 429 -
§1.-Les défauts de l'approche sectorielle. ..... - 430 -
A.- L'existence de disparités parmi les régimes sectoriels du droit de la propriété intellectuelle. ..... - 430 -
1°.- Les disparités au niveau de la catégorisation des contrats d'exploitation. ..... - 431 -
a.- Les disparités relatives aux dénominations légales des contrats d'exploitation : l'exemple du droit grec, du français et du droit allemand. ..... - 431 -
b.- Les disparités concernant les contours des catégories des contrats d'exploitation. ..... - 431 -
2°.- Les disparités au niveau de la réglementation spéciale des contrats d'exploitation. ..... - 433 -
a.- Les disparités concernant le droit d'agir du licencié : l'exemple du droit grec et du droit britannique. ..... - 433 -
b.- Les disparités concernant les règles de forme. ..... - 435 -
B.- Des disparités injustifiées et gênantes. ..... - 437 -
1°.- La relativité des distinctions actuelles entre les branches du droit de la propriété intellectuelle d'un point de vue théorique. ..... - 438 -
a.- L'unité de l'acte de création. ..... - 438 -
b.- Le cumul de protection du même objet immatériel par plusieurs droits de propriété intellectuelle... - 439 -
c.- Le bouleversement des frontières traditionnelles entre les branches de la propriété intellectuelle. ... - 440 -
2°.- Les problèmes pratiques liés aux distinctions actuelles entre les branches du droit de la propriété intellectuelle : des disparités gênantes. ..... - 444 -
a.- La discrimination entre les licenciés. ..... - 444 -
b.- La complexité du régime applicable à l'exploitation simultanée de plusieurs droits de propriété intellectuelle. ..... - 446 -

§2.- L'argument systématique : La reconnaissance de l'unité systématique du droit de la propriété intellectuelle en droit positif. ..... - 450 -
A.- Niveau national. ..... - 451 -
B.- Niveau supranational. ..... - 456 -
Chapitre II.- Les défis de la proposition. ..... - 463 -
Section 1.- Le défi de la diversité juridique. ..... - 464 -
§1.- L'appréciation de la diversité juridique en matière de contrats d'exploitation en Europe. ..... - 464 -
A.- La diversité « culturelle » à l'échelle de l'Union européenne. ..... - 464 -
1°.- Les « pôles » de diversité culturelle. ..... - 466 -
a.- La diversité culturelle en matière de droit des contrats : *civil law vs. common law.* ..... - 466 -
b.- La diversité culturelle en matière de droit d'auteur : *droit d'auteur vs. copyright.* ..... - 469 -
2°.- La diversité linguistique à l'échèle de l'Union européenne. ..... - 474 -
B.- La diversité catégorielle en droit de propriété intellectuelle. ..... - 475 -
1°.- La singularité objective des différentes branches du droit de la propriété intellectuelle. ..... - 476 -
a.- Le pragmatisme. ..... - 476 -
b.- Le dogmatisme. ..... - 477 -
2°.- La particularité de l'exploitation des différentes propriétés intellectuelles. ..... - 479 -
§2.- Le traitement de la diversité. ..... - 481 -
A.- L'impératif du respect de la diversité. ..... - 481 -
1°.- L'impératif du respect de la diversité culturelle. ..... - 481 -
2°.- L'impératif du respect de la diversité catégorielle. ..... - 484 -
B.- Le défi du respect de la diversité. ..... - 485 -
1°.- De l'unité dans la diversité (*unitas in diversitas*) en matière de contrats d'exploitation en Europe. ..... - 485 -
a.- L'impératif de l'*unitas in diversitas* : l'existence de dénominateurs communs. ..... - 486 -
b.- Le défi de l'*unitas in diversitas* en matière de contrats d'exploitation : Une diversité irréductible ? - 488 -
2°.- Le défi du respect de la diversité linguistique. ..... - 491 -
Section 2.- Le défi institutionnel : La compétence limitée de l'Union européenne. ..... - 494 -
§1.- Une compétence fonctionnelle. ..... - 495 -
§2.- Une compétence d'attribution. ..... - 499 -
§3.- Une compétence conditionnée. ..... - 501 -

Titre II.- Le contenu et les perspectives de la proposition. ..... - 507 -
Chapitre I.- La faisabilité de la proposition. ..... - 508 -
Section 1.- L'existence de dénominateurs communs transversaux du droit des contrats d'exploitation en Europe. ..... - 509 -
§1.- Une diversité catégorielle réductible : L'existence de dénominateurs communs transversaux du droit des contrats d'exploitation au niveau national. ..... - 511 -
A.- En Grèce. ..... - 512 -
B.- En France. ..... - 517 -
C.- En Allemagne. ..... - 524 -

D.- Au Royaume-Uni. - 531 -
§2.- Une diversité culturelle réductible. - 537 -
A.- Une diversité relativisée. - 537 -
1°.- Le rapprochement entre la tradition civiliste et la tradition de la *common law*. - 537 -
2°.- Le rapprochement entre la tradition du droit d'auteur et la tradition du *copyright*. - 540 -
B.- L'existence de principes communs transversaux du droit des contrats d'exploitation au niveau européen. - 543 -
Section 2.- La légitimité institutionnelle de la proposition. - 553 -
§1.- La compétence de l'Union pour la (re)construction du droit des contrats d'exploitation dans une perspective européenne. - 554 -
A.- L'établissement de la compétence fonctionnelle de l'Union pour la (re)construction envisagée. - 554 -
B.- Le fondement textuel de la (re)construction envisagée. - 555 -
C.- La conformité de la (re)construction envisagée avec les principes de subsidiarité et de proportionnalité. - 566 -
1°.- La conformité de la (re)construction envisagée avec le principe de subsidiarité. - 566 -
2°.- La conformité de la (re)construction envisagée avec le principe de proportionnalité. - 568 -
a.- Des objections éventuelles. - 569 -
b.- Des objections surmontables. - 572 -
§2.- Une période propice pour la (re)construction du droit des contrats d'exploitation dans une perspective européenne. - 577 -
A.- La volonté des institutions européennes de l'européanisation du droit des contrats et du droit de la propriété intellectuelle. - 577 -
1°.- La volonté politique pour l'européanisation du droit des contrats. - 578 -
2°.- La volonté politique pour l'européanisation du droit de la propriété intellectuelle. - 582 -
B.- Le précedent de l'européanisation d'origine doctrinale. - 586 -
1°.- L'expérience actuelle d'européanisation en droit des contrats et de la propriété intellectuelle. - 587 -
a.- L'intérêt scientifique pour un droit européen des contrats. - 587 -
b.- L'intérêt scientifique pour un droit européen de la propriété intellectuelle. - 590 -
2°.- L'apport de l'expérience actuelle d'européanisation. - 592 -
a.- Une assise technique. - 593 -
b.- Une assise substantielle. - 596 -
Chapitre II.- La mise en œuvre de la proposition. - 602 -
Section 1.- Pistes de (re)construction : Repenser le droit des contrats d'exploitation. - 603 -
§1.- Conceptualiser la structure du droit des contrats d'exploitation. - 606 -
A.- Une structure systématique : pour une codification du droit des contrats d'exploitation. - 606 -
1°.- Le besoin d'une organisation systématique du droit des contrats d'exploitation. - 609 -
a.- L'option pour la (re)construction horizontale du droit des contrats d'exploitation. - 609 -
b.- L'impératif de cohérence et de consistance du droit européen des contrats d'exploitation. - 609 -
2°.- La pertinence de l'organisation systématique du droit des contrats d'exploitation. - 613 -
B.- Une structure adaptable. - 615 -
1°.- Concilier l'exhaustivité et l'ouverture du système des catégories contractuelles. - 616 -
2°.- Concilier l'unité et la diversité en matière de contrats d'exploitation. - 619 -

§2.- Concrétiser la structure du droit des contrats d'exploitation. - 620 -
A.- Une structure bipartite. - 620 -
1°.- La structure bipartite et le niveau idéal de flexibilité. - 622 -
a.- La partie générale, gage d'intégrité du système. - 622 -
b.- La partie spéciale, fenêtre d'adaptation aux besoins de réglementation ultérieurs. - 623 -
2°.- La structure bipartite et le niveau idéal de différentiation. - 624 -
a.- La partie générale, vecteur de l'*unitas* du droit des contrats d'exploitation au niveau européen. - 624 -
b.- La partie spéciale, vecteur de la *diversitas* catégorielle au niveau européen. - 625 -
B.- Un système de catégories contractuelles des contrats d'exploitation rénové. - 626 -
1°.- La description du système de catégories contractuelles des contrats d'exploitation. - 626 -
a.- Le système de catégorisation des contrats d'exploitation au sein de la partie générale. - 626 -
i.- La summa divisio des contrats d'exploitation proposée : contrats d'exploitation avec ou sans charge d'exploitation. - 627 -
ii.- Des critères de catégorisation en sous-ordres proposés. - 629 -
α.- Le caractère exclusif ou non exclusif du contrat : des contrats d'exploitation exclusifs et non exclusifs. - 629 -
β.- La divisibilité du droit transmis. - 632 -
γ.- La contrepartie du contrat. - 633 -
b.- Le système de catégorisation des contrats d'exploitation au sein de la partie spéciale. - 634 -
i.- Le type de droit de propriété intellectuelle. - 635 -
ii.- L'industrie concernée. - 635 -
2°.- La fonction du système de catégories des contrats d'exploitation proposé. - 636 -
a.- Un instrument de théorisation des contrats d'exploitation. - 636 -
i.- La classification des contrats d'exploitation au sein de la partie générale. - 636 -
ii.- La typologie des contrats d'exploitation spéciaux. - 638 -
b.- Un système de qualifications contractuelles. - 639 -
i.- Un système de double qualification spéciale des contrats d'exploitation. - 640 -
ii.- Un régime applicable. - 641 -
α.- Les strates de réglementation. - 641 -
β.- La détermination du contenu du régime applicable : quelques principes directeurs. - 645 -
Section 2.- Pistes d'européanisation. - 651 -
§1.- Conceptualiser l'européanisation. - 651 -
A.- Vers un véritable droit européen des contrats d'exploitation. - 651 -
1°.- Une européanisation profonde. - 652 -
a.- Le besoin d'européanisation conceptuelle. - 652 -
b.- Les éléments de l'acquis conceptuel commun. - 654 -
2°.- L'amorce d'une culture juridique européenne en matière de contrats d'exploitation. - 656 -
B.- Une européanisation négociée. - 658 -
1°.- L'intensification du dialogue parmi les sources de droit au niveau européen. - 658 -
2°.- La tendance actuelle de la production négociée du droit au niveau européen. - 660 -
§2.- Matérialiser l'européanisation. - 665 -

A.- Une étape préparatoire. - 666 -
1°.- L'utilité d'une étape préparatoire. - 666 -
a.- La préparation de la construction du droit des contrats d'exploitation. - 666 -
b.- L'élaboration d'un instrument juridique de référence pour la construction d'un droit européen des contrats d'exploitation. - 668 -
i.- Le contenu de l'instrument préparatoire en droit européen des contrats d'exploitation. - 668 -
ii.- La fonction de l'instrument préparatoire en droit européen des contrats d'exploitation. - 669 -
2°.- Vers l'élaboration d'un instrument préparatoire d'origine doctrinale. - 672 -
a.- Le rôle édifiant de la doctrine européenne au sein d'une étape préparatoire. - 672 -
b.- Vers l'adoption d'un instrument juridique au sein de l'Institut Européen du droit (ELI). - 684 -
i.- L'instrument doctrinal, œuvre d'une doctrine européenne. - 684 -
ii.- La consultation d'autres agents juridiques en vue de l'élaboration d'un instrument préparatoire doctrinal. - 686 -
iii.- L'Institut européen du droit (European Law Institute) comme cadre institutionnel approprié pour l'élaboration d'un instrument doctrinal. - 688 -
B.- Une étape exécutive : Formaliser l'acquis. - 694 -
1°.- Les options envisageables. - 694 -
2°.- Le choix retenu. - 698 -

CONCLUSION GÉNÉRALE - 709 -

ANNEXES - 718 -

BIBLIOGRAPHIE - 721 -

INDEX - 863 -

TABLE DES MATIÈRES - 867 -

Theodoros F. CHIOU

Vers un droit européen des contrats d'exploitation de propriété intellectuelle / Towards a European law of exploitation contracts of Intellectual Property rights

École Doctorale
ED 101 Droit Science politique Histoire

Résumé

Le rôle des propriétés intellectuelles au sein d'une économie de l'immatériel et de l'innovation est essentiel. Les contrats d'exploitation constituent les instruments juridiques permettant la circulation de ces sources de richesse et favorisent l'optimisation de leur exploitation, tant au niveau national qu'au niveau européen. La présente thèse traite la question de l'amélioration du cadre juridique actuel des contrats d'exploitation en Europe. Plus précisément, elle a pour objectif de démontrer que, d'une part, l'insuffisance du droit des contrats d'exploitation en Europe est globale et pose problème et, d'autre part, que ce problème devrait être traité à travers la (re)construction du droit spécial des contrats d'exploitation de manière transversale et dans une perspective européenne. L'analyse a pour point de départ l'examen du *statu quo* à partir des droits grec, français, allemand, britannique et communautaire et aboutit à la recommandation de certaines pistes de (re)construction et d'européanisation, vue de la construction d'un véritable et cohérent droit commun européen des contrats d'exploitation.

Mots-clés :

Propriété Intellectuelle, approche transversale, contrats d'exploitation, Grèce, France, Allemagne, Royaume Uni, acquis Communautaire, européanisation, rénovation, droit commun européen des contrats d'exploitation de propriété intellectuelle

Résumé en anglais

Intellectual Property plays an essential role in the modern economy based on innovation and intellectual capital. Exploitation contracts of IP rights are the legal instruments that allow the circulation of these assets and enhance their exploitation both at national and European level. This thesis discusses the question of improvement of the actual legal framework of exploitation contracts of IP rights in Europe. More precisely, it aims at demonstrating that, on the one hand, the insufficiency of the law of exploitation contracts is real and far-reaching and, on the other hand, that the insufficiency problem should be dealt with the transversal (re)construction of the specific legal framework of exploitation contracts in a European perspective. The analysis starts with the examination of the deficiencies of the status quo, as reflected in Greek, French, German, British laws, and European acquis and concludes with the recommendation of further steps to be taken for

the construction of a true and consistent European law of exploitation contracts of IP rights.

Key phrases:

Intellectual Property, transversal approach, exploitation contracts, Greece, France, Germany, United Kingdom, Europeanization, renovation, European acquis, common European law of exploitation contracts of IP rights