

# Arbitrage et propriété intellectuelle

Michel FRIOCOURT

*Directeur juridique du groupe PPR<sup>1</sup> &<sup>2</sup>*

RESUME. — L'arbitrage est une justice individuelle d'origine spontanée, qui s'élabore en l'absence de for mais ne rend de sentences exécutoires qu'assisté de la justice étatique. La mondialisation ouvre un champ sans cesse plus large au besoin d'arbitrage commercial international alors que la réserve d'ordre public à l'arbitrage, prérogative étatique traditionnelle, voit se transformer sa composante d'ordre public international, ce qui correspond à une plus grande mobilité juridictionnelle dans le monde et une réduction des domaines d'activité autrefois inarbitrables.

La propriété intellectuelle, dont le régime des droits est territorial alors même que leur objet recherche un dépassement universel, vit avec les accords ADPIC de l'OMC sur la base des grands traités de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, sa deuxième période d'harmonisation internationale mondiale. La dimension d'internet participe à ces transformations de l'espace, du temps et de la culture auxquelles il ajoute ses propres dimensions et singularités, dont son mode original de départage des noms de domaine.

Le phénomène de globalisation du droit, dont la mise en cause de la territorialité, introduit une crise axiologique du droit international privé et pourrait affirmer la légitimité juridique de l'arbitrage des questions de propriété intellectuelle, en droit international et interne.

Mots clés : ADPIC – arbitrabilité – arbitrage commercial international – arbitrage – brevet – clause compromissoire – conflits de juridictions – Convention de New York – dérogation de juridiction – droit d'auteur – droit international privé – droit post moderne – État – exequatur – discipline – droit comparé – droits indisponibles – droit spontané – droits territoriaux – for – ICANN – impartialité – Internet – juridiction – loi de police – marché des services judiciaires – mobilité juridictionnelle – mondialisation – OMPI – ordre public – propriété intellectuelle – Traité de Berne – Traité de Paris – unilatéralisme

1. « L'arbitre n'a pas de for », « les droits de propriété intellectuelle sont d'application territoriale » et il existe pourtant des « conflits internationaux de propriété intellectuelle »<sup>3</sup>.

1 PPR contrôle notamment les entreprises suivantes : CFAO, Conforama, Fnac, Gucci, Puma, Yves Saint Laurent, Redcats (groupe Redoute).

2 是中国国际经济贸易仲裁委员会正式任命的涉外仲裁员

Arbitre au panel de la CIETAC (Pékin) et

是西安仲裁委员会正式任命的涉外仲裁员

Arbitre au panel de la Commission d'arbitrage de Xi'an (Chine).

3 Les droits de propriété intellectuelle ont pour caractère d'être d'application seulement territoriale : « Reconnaissant les objectifs fondamentaux de la politique générale publique des systèmes nationaux de protection de la propriété intellectuelle, y compris les objectifs en matière de développement et de technologie » (préambule des accords ADPIC). Ce principe de territorialité implique des conflits de lois, non nécessairement des conflits de juridictions, sauf en matière pénale : par exemple, N. Bouche, *Le Principe de territorialité de la propriété industrielle*, L'Harmattan, 2002, n° 632 -642 ; F. Perret, « Territorialité des droits de

Faute d'autre moyen disponible, leur solution opère dans le cadre trouvé *spontanément*<sup>4</sup> par ses acteurs auprès d'un arbitre, c'est-à-dire un tiers à tout État<sup>5</sup>.

Il s'agit ici d'une pratique<sup>6</sup> *nécessaire* de règlement *en droit* des différends d'ordre privé<sup>7</sup> dans un domaine, une « discipline » – les droits de propriété

propriété intellectuelle et compétence “extraterritoriale” du juge de la contrefaçon, état de la question en droit des brevets d'invention », in *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, Lausanne, 1999, p. 125 et s. Ainsi par exemple, les brevets français sont soumis à la loi française (CA Paris, 11 juin 1931, S. 1933. II.73 note Niboyet, *JDI*, 1932.728 note Perroud et Poitiers 20 déc. 1932, *RCDIP*, 1936. 510, note Nobiyet, *Ann. PI* 1933.113, note Carteron et 391 note Gendre) et la loi française ne s'applique pas à un brevet étranger : CA Paris, 8 juin 1978. III. 230. L'assimilation de l'Unioniste au national et la règle d'indépendance des titres dans la Convention de Paris de 1883 a pour conséquence que « le sort de chacun des droits est indépendant du sort des titres réflexes... il n'existe aucune solidarité entre les différents titres accordés pour un même objet » : F. Pollaud-Dullian, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrétien, 1999, n° 1570 ; ainsi, même délivré dans un pays, par l'effet de la Convention [Traité de Washington du 19 juin 1970] à partir d'un enregistrement réalisé dans un autre pays, la délivrance du brevet et son régime juridique relève exclusivement de chacun des pays sur lequel le droit du titre s'applique : Cass. com *Zeiss*, *JDI*, 1966.622 note Le Lucas, *RCDIP* 1967.147 chron. Treves, A. Huet, « L'incidence de la territorialité des marques et brevets nationaux sur la compétence des tribunaux français en matière de contrefaçon », *Mélanges J.-J. Burst*, 1997, p. 253. La contrefaçon commise dans un pays tiers à partir d'un site internet pose, elle, une question de conflit de juridictions (tribunal du site ou tribunal du fait dommageable ou tribunal du défendeur), sauf en matière pénale où le conflit demeure de lois. Pour les droits de propriété littéraire et artistique et la loi de leur pays d'origine : T. Azzi, « La culture », in *Conflits de lois et régulation économique, l'expérience du marché intérieur*, sous la dir. M. Audit, H. Muir Watt et E. Pataud, LGDJ 2008, p. 218 et s.

4 Spontanément, c'est-à-dire sous la seule impulsion et dans la seule perspective donnée par la volonté appliquée à une situation que ne caractérisent ni le devoir ni l'habitude.

5 Pour un autre exemple d'un domaine de création spontanée de règles de droit hors de l'État : J.-P. Karaquillo, « Règles de droit et tribunal arbitral du sport, réflexions sur une construction contentieuse du pluralisme juridique », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, 2006, p. 293 et s ; A. Rigozzi, *L'Arbitrage international en matière de sport*, Nelbig et Lichtenhohn, 2005.

6 É. Loquin et L. Ravillon, *La Volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé, La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne, Travaux du centre de recherches sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Vol. 19, Litec, 2000, p. 91 et s.

7 La fonction juridictionnelle en cause, appliquant des normes juridiques reconnues telles – en particulier celles du « droit de l'arbitrage » – exerce aussi, outre qu'elle dit le droit et tranche des litiges, une fonction normative autonome, un pouvoir de discipline : « la discipline fabrique les individus ; elle est la technique spécifique d'un pouvoir qui se donne les individus à la fois pour objet et pour instrument de son exercice. Ce n'est pas un pouvoir triomphant qui à partir de son propre excès peut se fier à sa superpuissance ; c'est un pouvoir modeste, soupçonneux, qui fonctionne sur le mode d'une économie calculée, mais permanente. Humbles modalités, procédés mineurs, si on le compare au rituel majestueux de la souveraineté et aux grands appareils de l'État. Ce sont eux justement qui vont peu à peu envahir ces formes majeures, modifier leurs mécanismes et imposer leurs procédures. Le succès du pouvoir disciplinaire tient à l'usage d'instruments simples : le regard hiérarchique, la sanction normalisatrice et leur combinaison dans une procédure qui lui est spécifique : l'examen » : Michel Foucault, *Surveiller et punir, naissance de la prison*, Gallimard, NRF, 1975, p. 172 cité par D. d'Ambra, dans sa thèse : *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Bibl. de droit privé, tome 236, LDGJ, 1994, p. 223. Cette discipline, pour apparaître

intellectuelle – dont le régime entretient un fort rapport de proximité avec l'État<sup>8</sup> (qui en définit les finalités économiques<sup>9</sup>, sociales, culturelles ou morales ; application territoriale<sup>10</sup> ; monopoles de délivrance des titres, etc.) mais dont l'objet ne se conçoit pas sans un rapport tout aussi singulier avec la liberté personnelle (activité de création, d'invention ou d'initiation ; diversité des réalisations esthétiques, scientifiques, techniques ou culturelles ; attributs personnels et non pécuniaires des droits ; besoin de reconnaissance ou de protection des auteurs et des œuvres<sup>11</sup>, etc.).

comme une référence dont la reproduction est prévisible, a elle aussi besoin de se libérer de ce que la parole du juge pourrait avoir de circonstanciel, donc doit se fier à une qualité abstraite, l'impartialité du juge et de l'arbitre, que la norme soit d'émanation étatique ou d'un *autre ordre* (voir : J. van Compernelle, G. Tarzia et autres, *L'Impartialité du juge et de l'arbitre, étude de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2005. Ou encore : Sergio Cotta, « La question de la vérité du jugement, L'avenir du droit », *Mélanges offerts en l'honneur de François Terré*, Dalloz, 1999, p. 39 : « La raison d'être du juge – la controverse – et l'objet de sa recherche – la vérité – font ressortir le troisième trait de son *Alsein* qui lui est propre : la position qui lui est propre. Il est le tiers – la tierce personne – par rapport aux deux parties en cause, non pas à titre de simple médiateur de leurs vérités ou intérêts mais de supérieur en raison de son objet : la recherche de la vérité. C'est à cause de cela que l'être tiers est déterminé par trois qualités : indépendance, impartialité, désintéressement » ; voir aussi : « Le statut de l'arbitre », *Bull. CCT* n° 564, 1995 et la note 58 *infra*, sur la culture du juge et surtout de l'arbitre).

8 Encore que dans la conception de la loi du 5 juil. 1844, le brevet est en droit français « un titre instrumentaire constatant la naissance d'un lien de droit, un *vinculum*, formé entre l'inventeur et la collectivité » A. Casalonga, « Brevets d'invention », *BFD*, 1949, p. 23 qui cite Pouillet selon qui « le brevet constitue un véritable contrat passé entre la Société et l'inventeur » (*Traité théorique et pratique des brevets d'invention*, Paris, 1915, p. 7) ; sur l'évolution – vers un droit de propriété – du droit du brevet : Y. Reboul, Préface au *Droit des brevets* de Jean-Marc Mousseron, Inventer, Centre du droit de l'entreprise, Montpellier, 2001, p. 211 et s.

9 Les titres III de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 s'intitulent respectivement « mobiliser l'attractivité au service de la croissance » avec un chapitre III « développer l'économie de l'immatériel ».

10 « Le principe de territorialité, universellement reconnu, qui domine la matière, en facilite grandement l'étude : le brevet français relève du seul droit français, le brevet allemand du seul droit allemand. Seul ce qu'on peut appeler le droit contractuel des brevets échappe à ce principe en tant précisément qu'il s'agit de droit des contrats, appliqué au brevet : les solutions quant à la détermination de la loi applicable sont alors celles que connaît pour les contrats le droit international privé », ; Jean Foyer, *Le Droit des brevets*, PUF, 1991, p. 23 : « le droit des brevets, pour national qu'il soit est aussi, par nécessité, un droit qu'il faut penser comme jouant dans un concert international », *eodem*, p. 25 ; la territorialité « fait le paradoxe du droit international classique de la propriété intellectuelle », in *L'internationalisation du droit de la propriété intellectuelle – brevets, marques, droits d'auteur*, in *L'internationalité dans les institutions et le droit, Études offertes à Alain Plantey*, Paris, Pédone, 1995.

11 K. Sachs, « La protection de la partie faible en arbitrage », GP, *Cahiers de l'arbitrage*, 17 juil. 2007, n° 198, p. 22 et s. ; Ch Seraglini, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », G.P. 2007, *Cahiers de l'arbitrage*, n° 349, p. 5. Encore que l'arbitrage n'est pas en lui-même attentatoire à la situation de la partie dite faible, la Cour de cassation l'a dit en droit interne en refusant d'y voir une clause substantielle abusive : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> fév. 2005, *Bull. civ. I*, n° 64 ; D. 2005, 565 obs. V. Avena-Robardet ; D. 2005, pan. 2836 obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *JCP* 2005, I, 179 obs. N. Sauphanor-Brouillard ; *RTDC* 2005. 1141, obs X. Lagarde et 718, obs. D. Fenouillet.

L'ubiquité classique de l'arbitre<sup>12</sup>, auteur<sup>13</sup> sans for et juge pour lequel toute loi est étrangère, lui permet-elle vraiment de dire le droit ou seulement d'adresser une opinion intellectuelle dans le départage de prérogatives concurrentes ? L'arbitrage est-il ici un simple dialogue ou peut-il exister comme une logique ? Peut-il donc exister des normes en matière de conflits internationaux de propriété intellectuelle ?

2. « Les philosophes français du droit sont peut-être les seuls à avoir obstinément cherché à découvrir les écoles de pensée qui se cachent derrière et qui, inévitablement, inspirent et conditionnent les ordres juridiques positifs en vigueur »<sup>14</sup> : rechercher dans les traits de ces conflits dans lesquels aucun État n'est partie, si le fait que ces litiges mettent en présence *deux domaines* – l'arbitrage et la propriété intellectuelle – dont chacun entretient une *représentation* particulière de ses rapports avec l'État, *suffit à créer une relation de dépendance* entre eux par le *besoin*<sup>15</sup>, proposé par un pacte<sup>16</sup> et qui porte sur un objet dont il n'est même pas certain qu'il soit une propriété juridique<sup>17</sup>.

12 Grâce à l'internet, il existe aussi des « faits apatrides » en matière de propriété intellectuelle : par exemple, lorsque le titulaire français (Vallourec) de la marque Vam poursuit (en France) une entreprise polonaise dont le tort a été de proposer sur internet des produits présentés comme substituables à ceux de la marque Vam : il existe un lien suffisant, substantiel ou significatif que permet au juge français de fonder sa compétence sur l'art. 5 de la Convention de Lugano (lieu du dommage) ; la marque française, parce que la clientèle est mondiale, est ainsi devenue « une marque mondiale, contrairement au principe de territorialité » comme l'observe justement Arnault Bigarré, PI France (devenu HIPE), [http://www.pifrance.com/fiche\\_news/php?nxs=3121](http://www.pifrance.com/fiche_news/php?nxs=3121).

13 « Plus la texture des normes est ouverte, plus la faculté d'évocation du juge trouve à s'exercer » : G. Canivet et N. Molfessis, « L'imagination du juge », *Mélanges en l'honneur de Jean Buffet, La procédure dans tous ses états*, Petites Affiches, 2004.

14 E. Silva Romero, *À propos de l'inexorable collision de philosophies dans la constitutionnalisation de l'arbitrage international en Amérique latine, l'évolution de l'arbitrage en Amérique latine L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXIe siècle, aspects de droit comparé*, Institut brésilien de droit comparé, Société de législation comparée, Paris, 2008, citant B. Oppetit, *Philosophie du droit de l'arbitrage*, Dalloz, 1999. Cette référence sud américaine, continent très longtemps résistant à l'arbitrage, semble s'adresser au siècle des Lumières, lorsqu'il a pensé le droit occidental, en particulier celui de la propriété intellectuelle. Est-il si certain que « l'illusion de maîtrise » du monde du droit continental qui en a découlé (M. Delmas-Marty, *Le Flou du droit*, PUF, 2004, p. 109) soit encore d'époque ?

15 C'est parce qu'il existe un besoin que le droit spontané est non seulement efficace (c'est-à-dire « produit l'effet qu'on attend ») mais aussi effectif (c'est-à-dire « se traduit par des actes réels ») ; la conformité d'une solution au besoin, à la demande d'une règle de droit adaptée, correspond à « une fonction latente d'utilité sociale » (B. Oppetit, « Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du commerce international », *JDI*, 1987, P. 5 et s.) « qui suffit à fonder sa positivité » écrit P. Deumier, *Le Droit spontané*, Paris, Economica, 2002, p. 317 : « c'est parce ce même besoin est partagé par l'ensemble du groupe que le comportement originel va se répéter et se généraliser, jusqu'à devenir une règle effective. C'est également tant que cette règle répondra à ce besoin mieux que tout autre comportement, stipulé contractuellement ou posé par une autre règle, spontanée ou posée, qu'elle restera effective » citant également E. Loquin, *L'application de règles nationales dans l'arbitrage commercial international, L'arbitrage commercial international – l'apport de la jurisprudence arbitrale*, CCI

Le fait que chacun de ces deux domaines connaisse lui-même ses propres diversités et évolutions ne fait pas obstacle à la recherche de ce lien si l'on admet que l'imprécision des concepts est une composante intrinsèque de la diversité des textures du droit et que la marge nationale se rattache à l'émergence d'un droit écrit comme « postmoderne »<sup>18</sup>.

3- On parlera ici d'arbitrage *commercial international*, c'est-à-dire entre personnes privées (ou entre personnes privées et entités étatiques étrangères), portant sur des litiges commerciaux (au sens où ils se rencontrent à l'occasion de l'exercice d'activités économiques<sup>19</sup>) et présentant des rattachements à plusieurs États. En effet, le *démantèlement* de la société des États à l'épreuve de la mondialisation atteint l'ordre international tout en internationalisant aussi les *sources de l'ordre juridique interne*<sup>20</sup>.

4- Dans le même temps, on éprouve avec la fragmentation des sources du droit<sup>21</sup> que la *territorialité*, « fondement axiologique du droit international

Institut du droit des affaires internationales, p. 67 ; même auteur : « La réalité des usages du commerce international », *RIDE*, 1989, p. 163.

16 Comp., sur la contractualisation des modes de règlement des litiges, au moins pour le droit français : Loïc Cadiet, « Propos introductif : "faire lien" », *La Contractualisation de la production normative*, S. Chassagnard-Pinat et D. Hiez (dir.), Paris, Dalloz, 2008, p. 169 et s.

17 S. Alma-Delette, *La Nature juridique des droits de propriété intellectuelle, Propriété intellectuelle et droit commun*, ouvrage collectif, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 25 et s.

18 M. Delmas-Marty, *Le Flou du droit*, op. cit., p. 15, citant : C. Thibierge, « Le droit souple, réflexions sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, 599 ; A.-J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, 1991 ; J. Chevalier, « Vers un droit postmoderne ? », in *Les Transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 21 et s. ; J.-B. Aubry, *La Globalisation, le droit et l'État*, Montchretien, 2003 ; R. Sève, « La mondialisation entre illusion et utopie », *Arch. phil. droit*, t. 47, 2003, p. 3-16.

19 Pour A. Kassis, *La Réforme du droit de l'arbitrage international*, L'Harmattan, 2008, l'arbitrage commercial international est celui relatif à un contrat international, c'est-à-dire dans lequel les parties peuvent choisir le droit applicable à leur contrat selon la convention de Rome et, en cas de convention d'arbitrage, à leur arbitrage international.

20 Modifiant l'art. 2061 du Code civil, la loi française du 15 mai 2001 a posé le principe de validité de l'arbitrage des activités professionnelles, solution déjà admise lorsque l'arbitrage était international : CA Paris, 26 mai 1993, *RIDA* 1994, N° 1, p. 292 et s., obs. Kerever. L. Degos, Les nouvelles dispositions de la loi française relative à la clause compromissoire, *RD aff. int.*, 2001, p. 653 et s. ; Ph. Fouchard, « La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001 », *Rev. arb.*, 2001, 397 ; C. Jarrosson, « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », *JCP G*, 2001, 333 ; E. Loquin, *RTD com.*, 2001, p. 642 ; Ph. Marini et F. Fages, « La réforme de la clause compromissoire », *D.* 2001, p. 2658 ; B. Moreau et L. Degos, « La clause compromissoire réhabilitée », *GP*, 2001, 1, 963.

21 Par ex. : A. Borrás, « La fragmentation des sources de droit international privé communautaire, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques », *Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 30 et s. ; X. Lewis, « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de loi des États membres », *RCDIP*, 2002, p. 289 ; A.-J. Arnault, « Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État », *Droit et société*, n° 20, LGDJ, 1997.

privé, perd de sa signification devant l'instantané, l'immatériel »<sup>22</sup> alors que « le multilatéralisme met en place dans la sphère internationale des espaces normatifs à la fois ouverts, poreux et instables » où la topologie l'emportera sur la typologie<sup>23</sup> et où les juges sont « comme libérés du droit interne au profit d'un droit international dont l'imprécision a pour effet de renforcer leur marge d'interprétation »<sup>24</sup>.

Un juge arbitre ? Pour les mêmes raisons, on ne parlera ici que d'arbitrabilité objective<sup>25</sup>.



Je vais articuler mon propos en parlant d'une genèse (I), puis d'une crise (II), et d'une critique (III) voulant discerner de quoi la perspective, si l'on en suit les lignes, serait faite.

## I – UNE GENESE : UN GENE, DEUX CROISSANCES

### *1.1 Arbitrage et propriété industrielle : l'apparente convergence de vocations universelles*<sup>26</sup>

La propriété intellectuelle et l'arbitrage, chacun en développement spectaculaire<sup>27</sup>, partagent l'apparence d'une perspective universelle qui pourrait

22 H. Muir Watt, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », *L'Américanisation du droit*, *Arch. phil. droit*, Dalloz, 2001, t. 45, p. 271 et s.

23 M. Delmas-Marty, *Le Flou du droit*, *op. cit.*, p. 21.

24 M. Delmas-Marty, *La Refondation des pouvoirs, Les forces imaginantes du droit*, Seuil, 2007, p. 45 ; comp. G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales : éloge de la "bénévolence" des juges », *RSC*, 2005, 799 ; L. Burgogue-Larsen, « Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international », in *La Juridictionnalisation du droit international*, Pédone, 2003 ; J. Allard et A. Garapon, *Les Juges dans la mondialisation*, Seuil (République des idées), 2005.

25 C'est-à-dire tenant à l'objet du litige et non à la qualité des parties, en particulier de l'État et ses démembrements.

26 La tendance des sociétés contemporaines à ne pouvoir s'appréhender autrement que selon un modèle démocratique, généralise l'universel et nie toute exclusion, « ce processus d'unification [qui] prend le nom de mondialisation » laisse aussi jaillir, avec la « perte du sens », « une mise en mouvement de cultures qui s'interpénètrent... engendre davantage d'hétérogénéités, de différences que d'uniformité et de ressemblances » Jean-François Mattéi, « Monde, mondialisation et liberté », *Arch. phil. droit*, t. 47, *La mondialisation entre illusion et utopie*, 2003, p. 109 et s. citant A. Appadurai, *Modernity at large. Cultural Dimensions of Globalization*, trad. *Après la colonisation*, Payot, 2001 pour conclure : « La mondialisation paraît certes difficile à maîtriser dans un monde emporté par la mobilisation infinie des techniques et des hommes, c'est néanmoins le monde qui aura le dernier mot ».

27 R. David : « le développement de l'arbitrage constitue l'un des phénomènes les plus marquants de notre siècle », « Arbitrage et droit comparé », *Rev. int. DIP* 1959, p. 5 ; F. Gélinas, « Arbitration and the Challenge of Globalization », *Journal of International Arbitration*, 2000, p. 117 et s. ; Livre Vert de la Commission sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance COM (2008) 466/3 : « un aspect essentiel du concept

sembler les rapprocher *substantiellement*<sup>28</sup> si l'apparence d'universalité ne laissait toujours place à l'originalité, sinon renforce et libère les différences.

5- Pour la propriété intellectuelle, c'est une banalité de dire qu'elle est internationale dans sa croissance<sup>29</sup>, l'extension objective du savoir vers l'avoir se doublant d'une extension géographique accélérée<sup>30</sup> ; elle le doit pourtant peu à ses gènes juridiques, d'application exclusivement territoriale à l'origine<sup>31</sup>.

Longtemps « tirée vers l'international » par le développement du commerce mondial<sup>32</sup>, par la *marchandisation* accélérée des créations intellectuelles et l'inflexion même apportée à la matière par la concurrence des systèmes de protections juridiques locales<sup>33</sup> ; la situation d'enjeu international de la Propriété industrielle à la fin du XX<sup>e</sup> siècle (Marrakech et Doha) évoque<sup>34</sup>

d'économie de la connaissance réside dans la possibilité de considérer la connaissance et l'éducation comme des biens marchands ou comme des produits et des services éducatifs et intellectuels pouvant être exportés avec une grande rentabilité. Il va de soi que l'importance relative de l'économie de la connaissance est plus élevée dans les pays qui sont pauvres en ressources naturelles ».

28 Nombre de conventions internationales de propriété intellectuelle, et d'abord la Convention de Paris du 20 mars 1883, à partir de l'idée née lors de l'Exposition universelle de Vienne en 1873 (et succédant d'ailleurs au modèle français de la loi du 23 juin 1857 sur les marques qui a servi de modèle international en Belgique, Pays-Bas, Espagne, Italie ou Suisse) posent des règles qui, *par leur nature ou fonction d'intégration internationale*, sont ou deviennent pour le juge comme pour l'arbitre des règles positives de fond, des règles matérielles : l'art. 5 C 2 de la Convention de Paris sur l'emploi de la marque sous une forme n'altérant pas le caractère distinctif d'origine, l'art 6 quinquies C -1 sur la durée d'usage de la marque pour apprécier son caractère distinctif, etc. Cette observation vaut aussi pour le « droit de l'arbitrage », au moins pour les aspects de procédure : *Ali/Uncitral, Principles of Transnational Civil Procedure*, American Law Institute, Cambridge University Press, 2004.

29 En 2003, il existe 1 047 738 marques françaises, 329 712 marques communautaires et 228 316 marques internationales (OMPI) ; le nombre des marques probables en 2017 est estimé à 3 600 000, Arpad Borgsh, *Trademark Reporter*, 1992, 881.

30 Michel Vivant, « Savoir et avoir », *La Mondialisation entre illusion et utopie*, *Arch. phil. droit*, tome 47, *op. cit.*, p. 333-353 ; alors que le frontispice du musée de l'Homme à Paris (Trocadéro) porte que « tout homme crée même sans le savoir ».

31 En distinguant les lois d'ordre public – « qui ont une portée négative de filtre à l'application de la loi étrangère en fonction du contenu concret de celle-ci » (Radicati di Brozolo, *op. cit.* note, P. 290) et « les lois de police [qui] ont en revanche une fonction essentiellement positive, d'imposition d'une politique du for » (*eodem*), on classera le régime des droits de propriété intellectuelle sous les lois de police (également, par ex., le droit de la concurrence, le droit des marchés de valeurs mobilières, le droit de la faillite, le droit des sociétés, contrôle des changes ou des investissements, la protection du consommateur, la sécurité des produits, le blanchiment d'argent, le droit de l'environnement...) ; ainsi : Ch Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris, Dalloz, 2001, n° 111 et s, p. 523 et s.

32 La volonté d'un conquérant de ménager son monopole d'action ou d'avantage commercial.

33 Le rapport d'échange de biens ou services met en conflit des protections établies de part et d'autre des frontières. Il en découle une concurrence des systèmes de protection entre eux (régime des droits et moyens effectifs de les protéger), pour attirer par exemple les titulaires de droit.

34 Bien que les approches et les finalités de ces deux types de conventions, particulièrement en droit d'auteur, soient philosophiquement très différentes, le GATT et les ADPIC fixant des

celle du XIX<sup>e</sup> (celle des grands traités : Paris, Berne, Madrid, Nice)<sup>35</sup> a changé de sens avec la mondialisation qui, chacun le sait, rompt la logique de l'économie internationale en se portant sur le phénomène original de *mobilité des activités productives elles-mêmes* et les implantations d'entreprises multinationales qui en découlent. L'ère de l'« internationalisation des industries à forte intensité de connaissance » dans les années 60 et 70, puis à forte « intensité de recherche » (informatique, électronique, pharmacie, chimie, biologie<sup>36</sup>) suivie par la logique de l'économie multinationale a ainsi installé *l'intercommunication mondiale de la PI*<sup>37</sup>, et ceci autant par internationalisation de la demande de titres de PI<sup>38</sup> (elle-même conséquence naturelle des activités de licence) que par la prolifération d'accords internationaux, bilatéraux ou transnationaux de coopération en matière de PI<sup>39</sup>.

Cette extension appelle aujourd'hui<sup>40</sup> un besoin d'unité du régime juridique de chacun des droits<sup>41</sup>, déjà réalisée en grande partie au plan communautaire pour ce qui est du territoire de l'Union européenne tant en ce qui concerne l'harmonisation des droits substantiels<sup>42</sup> que l'adoption de titres communautaires de propriété industrielle<sup>43</sup>.

---

objectifs – diffusion de la technologie dans l'équilibre droits et obligations – étrangers à l'esprit de la convention de Berne, les personnes morales devenant titulaires de droits dans les ADPIC (voir V-L Benabou, *Droits d'auteurs, droits voisins et droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 500 et s.) ; H. Ruiz Fabri, « La Contribution de l'OMC à la gestion de l'espace juridique mondial », in *La Mondialisation du droit*, E. Loquin et C. Kessedian, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Université de Bourgogne – CNRS – Litec, 2000.

35 M. Barré, *L'OMPI et la mondialisation du droit de la propriété industrielle*, *La mondialisation du droit*, *op. cit.*, p. 278 et s.

36 F. Gurry, Colloque IRPI, p. 30, qui cite, à propos de « l'internationalisation de la demande de titres de PI », qu'alors que le nombre des brevets OMPI est en augmentations de 31,5 % de 1986 à 1990, ce chiffre ne porte que pour 0,5 % seulement de premiers dépôts, le reste étant donc des extensions de brevets antérieurs.

37 L'expression est de Jean Foyer.

38 L'OMPI est en train de mettre en place un réseau mondial d'information – WIPOnet – donnant accès à l'ensemble des données des brevets publiés et devant permettre le dépôt électronique des demandes internationales de brevet, ce que réalise déjà l'Office européen qui permet la consultation de plus de 30 millions de documents de brevets dans les 19 pays membres.

39 Traité de Paris, de Berne autrefois ; introduction de lois-modèles nationales d'origine CEE ou OMC aujourd'hui d'une part, création d'organismes de délivrance communs à plusieurs États (par ex. Convention de Munich de 1973 sur les brevets ; Traité de Budapest de 1977 sur les micro-organismes, Chambre des recours pour le brevet européen, Traité de Singapour sur la délivrance des titres de marques et de concessions de licences du 28 mars 2006, qui entrera en vigueur en 2009, etc.) d'autre part, systèmes d'autorégulation de l'internet enfin.

40 J. Foyer rappelle (*op. cit.* à la note 10, P. 35) que Lyon Caen, à l'Exposition universelle de Paris de 1978 qui aboutira à la Convention de Paris de 1883, mettait en garde contre « l'utopie de l'unification du droit de la Propriété industrielle ».

41 J. Foyer, « L'avenir et la finalité du droit des brevets », *Mélanges Jean-Jacques Burst*, 1997, p. 10 et s.

42 *Soit* par harmonisation sur base de l'art. 94 du Traité (ex 100) (cas des semi-conducteurs avec la Directive n° 87/54 du 16 déc. 1986), *soit* sur base Marché intérieur (art. 95, ex 100A)

La réalisation européenne<sup>44</sup> s'est elle-même doublée et amplifiée encore par l'Uruguay round et l'émergence du « 3<sup>e</sup> pilier » (accord ADPIC ou Trip's<sup>45</sup>) qui incorpore et dépasse les conventions de Berne et Paris depuis Marrakech en 1993<sup>46</sup> mais aussi réforme et reformule les politiques nationales de développement<sup>47</sup> des pays membres<sup>48</sup>.

Les grandes conventions de propriété industrielle avaient fait adopter dans leur domaine des règles majeures du droit international privé, distribuant les compétences étatiques à partir de l'égalité donnée à tout ressortissant de disposer de la même priorité<sup>49</sup> dans l'ensemble des pays de l'Union : pour la

---

comme ce fut le cas des marques (Directive 89/104 du 21 déc. 1988), des dessins et modèles (Directive n° 98/71 du 13 oct. 1998), de la durée des droits d'auteur et de certains droits voisins (Directive n° 93/98 du 29 oct. 1993), de la protection des programmes d'ordinateurs (Directive n° 91/250 du 14 mars 1991), des bases de données (Directive n° 96/9 du 11 mars 1996), du respect des droits de propriété intellectuelle (Directive n° 48/2004 du 29 avril 2004), *soit enfin* sur base de l'art. 133 (ex 113) pour mettre en œuvre la politique commerciale commune, par exemple les procédures commerciales et douanières (dont le Règlement n° 1383/2003 du 22 juil. 2003 sur les compétences douanières en matière de soupçon d'infraction aux droits de propriété intellectuelle par les mouvements de marchandises ou de services).

43 *Soit* sur base de la PAC (marché du vin ; Règlement n° 510/2006 du 20 mars 2006 sur les indications géographiques et appellations d'origine de produits agricoles et alimentaires), *soit* sur base subsidiaire de l'art 308 (ex 235), de réalisation de l'un des objets de la construction européenne (Règlement n° 40/94 du 20 déc. 1993 sur la marque communautaire et son Office de l'harmonisation dans le Marché intérieur – OHMI ; Règlement n° 2100/94 du 27 juil. 1994 de protection communautaire des obtentions végétales, et son Office communautaire ; Règlement n° 2002/6 du 12 déc. 2001 sur les dessins et modèles communautaires ; le projet de Règlement de 2000 sur le brevet communautaire étant toujours en gestation).

44 La Communauté, qui n'est pas un État, n'est pas partie aux Conventions de Paris ou de Berne mais l'est de des accords ADPIC, d'où une certaine fongibilité des sources : ainsi, par ex., l'art 9 de l'ADPIC fait une obligation internationale à la Communauté de respecter la Convention de Berne. De même, le test « en trois étapes » des droits d'auteurs est énoncé à l'art. 9 § 2 de la Convention de Berne et à l'art. 13 de l'accord ADPIC.

45 Aspects des droits intellectuels touchant au commerce : J. Schmidt-Szalewski, « L'avenir international de la propriété intellectuelle », *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997.

46 Par ex., l'art 27 de l'accord ADPIC uniformise mondialement les règles de brevetabilité, sur le modèle de la Convention de Strasbourg avec ses trois critères : nouveauté, activité inventive, exploitation industrielle possible.

47 Pas seulement pour des considérations économiques propres aux pays « propriétaires de droits » mais aussi dans l'intérêt principal direct des pays utilisateurs, ainsi en matière de licences obligatoires de brevets, que les pays utilisateurs soient déjà ou non dotés de législations de PI ; comp. « Les dispositions de l'OMC sur les brevets liés à la santé publique et leur transposition dans le droit chinois », Jumin Ren, *Rev. dr. int. dr. comp.*, 2008, n° 1, p. 23 et s.

48 Les exemples sont nombreux d'application des accords ADPIC : dernier en date l'introduction par la loi LME du 4 août 2008 de la brevetabilité dite de la « seconde indication thérapeutique » – art. L. 611-7 Code de la propriété intellectuelle – (art 27) et de la Convention sur le brevet européen (art. 52) de rapprochement des critères de brevetabilité.

49 Cette règle de la priorité crée bien un « effet international direct » dans l'ordre interne puisque la date de création d'un droit dans un pays rétroagit à celle de sa création dans l'Union ; s'y ajoutent trois autres effets de même nature : l'obligation de protection « telle quelle » ; le délai de grâce national pour procéder aux formalités locales de reprise de la priorité ; la protection particulière temporaire pendant les expositions internationales.

condition des étrangers, la fameuse « règle d'assimilation<sup>50</sup> » ou de « traitement national » ; pour la règle de conflit, le principe unioniste de « l'indépendance des droits »<sup>51</sup> de PI selon lequel la jouissance et l'exercice des droits sont indépendants dans chacun des pays ; l'accord ADPIC élargit la condition des étrangers en posant la règle de la nation la plus favorisée<sup>52</sup>.

L'ADPIC va évidemment beaucoup plus loin (i) en s'avancant dans l'*harmonisation conventionnelle a minima* des droits de propriété industrielle des pays membres<sup>53</sup> (ii) en abordant le régime des droits d'utilisation (brevets et schémas de configuration de circuits intégrés), des droits de fabrication (brevets ou dessins et modèles) et de la vente et importation<sup>54</sup> (marques, brevets, dessins et modèles, schémas de configuration de circuit informatique) et (iii) en instituant pour les auteurs et inventeurs le principe du « test des trois étapes » permettant la diffusion des œuvres dans certains cas spéciaux sans porter atteinte au droit et sans causer un préjudice injustifié au titulaire et surtout (iv) en prévoyant des obligations aux États afin de « faire respecter les droits de propriété industrielle »<sup>55</sup>, ce qui apparente l'ADPIC à un outil d'*intégration mondiale* du type de la directive en droit communautaire<sup>56</sup>.

La Cour de justice de La Haye est en principe compétente en cas de violation par les États de leurs obligations internationales au titre du respect des

50 art 2 § 1 de la Convention de Paris et 5 § 2 de celle de Berne.

51 art. 4 bis § 1 (brevets) et 6 § 3 (marques) dans la Convention de Paris, puis 5 § 2 dans celle de Berne pour le droit d'auteur.

52 Ne pas traiter moins bien l'étranger par rapport à la situation la meilleure accordée à un autre étranger.

53 Par ex. : à partir du niveau minimal de la Convention de Berne après l'acte de Paris de 1971, hors droits moraux (art. 9.1 ADPIC) ; la protection des logiciels au titre du droit d'auteur (art. 10.1), *idem* des bases de données (10.2), le droit d'interdiction de location par les auteurs d'œuvres cinématographiques (art. 11), la durée du droit d'auteur (art. 7.1), le droit de refus des artistes-interprètes (art. 14.2) ; la protection renforcée des marques notoires (art. 16. 2 et 3) ; les indications géographiques (art. 22) ; les dessins et modèles nouveaux (art. 25) ; la définition du brevet à partir des trois critères de nouveauté, inventivité et applicabilité industrielle (art. 27) ; la protection des renseignements non divulgués (art. 39).

54 Parce qu'elle ne raisonne pas en termes de « grand marché », l'ADPIC n'a pas introduit la règle de l'épuisement (européen) des droits de propriété intellectuelle, créée par la Cour suprême des États-Unis en 1850 (*Wilson c/ Simpson*) et reprise dans le Marché commun avec *Deutsche Grammophon GmbH c/ Metro*, CJCE, 8 juin 1971, aff. 78/70 Rec., 487, dont on sait qu'il n'est pas devenu « international » : CJCE, 16 juil. 1998, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG c/ Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, aff. C - 355/96, Rec. I-4799, A. Desmazières de Séchelles, « L'arrêt *Silhouette* de la Cour de justice et l'arrêt *Ocean Pacific Sunwear* de la Cour de cassation », GP 1998.2. 1490 ; *D. Affaires* 1998, p. 1592 obs. E. Arnaud, som 128 obs. Schmidt Swalewski ; CJCE 1<sup>er</sup> juil. 1999 *Sebago et Maison Dubois* C 173/98, Rec I- 4103, A. Desmazières de Séchelles, GP du 4 déc. 1999, p. 37 et p. 39 ; *D. Affaires*, 1999, p. 22 obs. Poisson ; G. Bonet, « Le point sur l'épuisement du droit de marque selon la jurisprudence communautaire », *D.* 2000, I, 37 ; *D. AJ.* p. 22 obs. B.P ; CJCE 20 nov. 2001 *Davidoff* C415/99 et *Levi Strauss* C 416/99, *D. AJ.* 2002, p. 214 obs. Chevrier ; *D.* 2003, I, 1166 ; GP 21 fév. 2002, p. 10 note E. Aarnaud.

55 La Partie III de l'ADPIC.

56 J. Foyer, « L'avenir et la finalité du droit des brevets », *Mélanges J.-J. Burst*, addendum II, p. 11, Paris, Litec, 1997.

Conventions ; l'accord ADPIC prévoit *directement*<sup>57</sup> que l'Organe des règlements des différends de l'OMC est habilité, conformément au traité du GATT, à connaître des litiges entre eux en matière de propriété industrielle. Plus encore, le mécanisme d'examen transitoire (MET) auquel procède depuis 1996 périodiquement<sup>58</sup> le Conseil de l'OMC permet, en comparant les communications des États membres et les réponses données par chacun des États questionné quant au statut de sa législation interne par rapport aux règles OMC (et ADPIC), de suivre<sup>59</sup> à quel point s'effectue un processus d'« arbitrage » de la situation relative de ces législations et de leurs pratiques effectives<sup>60</sup>.

Dans le même temps, le contexte d'expansion de l'économie servicielle et virtuelle<sup>61</sup>, qui certes menace<sup>62</sup> mais n'a pas privé de pertinence les droits de propriété intellectuelle dans le cyberspace<sup>63</sup>, comporte bien de nouveaux

57 art. 64 § 1.

58 art 63. 2 ADPIC.

59 Comp. J.-C. Mouly, « La doctrine, source d'unification internationale du droit », *RIDC*, 1986, p. 351 et s. ; et sur l'idée que « la culture commune de l'arbitrage international serait moins le produit d'une éthique commune spontanément adoptée que le fruit d'une simple loi qui pousse la culture vers l'adoption spontanée d'économies de réseaux » selon H. Muir Watt, « Économie de la justice et arbitrage international (réflexions sur la gouvernance privée dans la globalisation) », *Rev. arb.*, 2008, n° 3, p. 390 et s. Cités en note 57 : T. Ginsbourg, « The Culture of Arbitration », 36 *Van D. J. Transnational law* 1335, 1340 (2003) et A. Ogus, « The Economic Basis of Legal Culture: Networks and Monopolization », 22 *Oxford Journal of Legal Studies* 419 (2002) ainsi que A. Scott Rau, « Integrity in Private Judging », 38 *S. Tex. L. Rev.* 485, 538 (1997).

60 En dernier lieu, sur le site internet de l'OMC, les documents IP/C/W/520 du 14 oct. concernant la communication des États-Unis, IP/C/W/521 du 17 oct. 2008 concernant la communication des Communautés européennes sur la situation de la protection des droits de PI en Chine depuis le dernier rapport transitoire de 2007.

61 Ph. Fouchard, *op. cit.* note 20, p. 380.

62 Par ex., sur une littérature très abondante consacrée à démontrer que toute réglementation de l'internet aboutit, sous l'effet du marché, à la disparition de coûts et d'entraves et donc à un dumping de déréglementation : Frooming, « The Internet as a Source of Regulatory Arbitrage, in Borders » in *Cyberspace*, B. Kahin et Ch. Nesson (dir.), Cambridge, Mass., MIT Press, 1997 n° 247 ; Ch T. Marsden, « Toward Regulation of the Global Information Society », *Law Review, M.S.U.-D.C.L.*, 2001, p. 355 et s. ; *contra* : M. Vivant, « Internet et modes de régulation », in *Internet face au droit*, dir. E. Montero, Story Scientia, Bruxelles, 1997, p. 215 et s. ; L. Lessing, « The Zones of Cyberspace », *Stanley Law Review*, 1996, vol. 27, p. 661 et s.

63 En 1996, John Barlow diffusait à Davos sa « déclaration d'indépendance du cyberspace » : les gouvernements du monde industriel y étaient mis en garde contre tout projet de régulation d'internet et les « concepts juridiques de propriété, d'expression, d'identité, de mouvement et de contexte » éliminé du cyberspace car « basés sur la matière [alors qu'il] n'y a pas de matière ici ». Si l'expérience a démenti cette utopie, le support matériel de l'œuvre s'étant avéré être une marchandise « comme une autre » bien que le partage de l'information, qui la soustrait à toute logique de rareté et donc au monde marchand, il n'en reste pas moins vrai que, principalement dans le domaine du droit d'auteur, la possibilité même de circulation des œuvres met en question le rôle des intermédiaires (producteurs, éditeurs, société de gestion collective de droits) d'une part tout en « collectivisant » d'autre part certains autres produits originaux du net, issus du « communisme informationnel » des internautes bénévoles et de

besoins de droit<sup>64</sup>, démantèle sensiblement le caractère territorial de la PI<sup>65</sup>, alors que l'économie globale banalise le croisement – la « fongibilité » – des compétences juridictionnelles : la compétence du juge étranger à apprécier un brevet d'un autre pays<sup>66</sup>, exceptionnelle en 1900, n'a pu que croître de façon exponentielle<sup>67</sup>.

Il n'en reste pas moins vrai que les droits substantiels de la propriété intellectuelle, même ainsi rapprochés voire harmonisés<sup>68</sup>, demeurent sensible-

ses formes elles-mêmes (ainsi le programme Apache, serveur web le plus utilisé au monde, le système d'exploitation Linux et l'ensemble des logiciels Unix par exemple). D'où les « réformes » tendant à sauvegarder les prérogatives essentielles des droits d'auteurs sur l'internet : extension de la durée des droits (ainsi la directive européenne du 29 oct. 1993 qui les porte de 50 à 70 ans) ; protection des bases de données (directive 96/9/CE du 11 mars 1996) ; extension de la Convention de Berne par l'ADPIC ; traité OMPI du 20 déc. 1996 sur le droit d'auteur et certains droits voisins ; harmonisation sur certains aspects du droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information par les Directives 2001/29/CE du Parlement et du Conseil du 22 mai 2001 ou le Digital Millenium Act du 8 oct. 1998. D'où, aussi, le débat sur la légitimité de protections constituant autant d'entraves à la libre circulation des idées...

64 J. Huet, « Commerce électronique. Loi applicable et règlement des litiges. Propositions des grandes entreprises (GBDe) », *JCP* 1999, Actualités, p. 1761.

65 Oppetit : « Philosophie de l'arbitrage commercial international », *JDI* (Clunet) 1993, p. 811 et s. ; H. Ruiz Fabri, « Immatériel, territorialité et États », in *Le Droit et l'immatériel*, *Arch. phil. droit*, t. 43, 1989, p. 187 et s. ; P.-Y. Gautier, « Du droit applicable dans le "village planétaire" au titre de l'usage de l'immatériel des œuvres », *D.* 1995, chron., 131 ; A. Vivant, « Cybermonde : Droit et droits des réseaux », *JCP* 1996, p. 401 et s.

66 Notamment ayant fait date : Tribunal fédéral suisse 20 sept. 1902 *JDI*, 1905, 739 compétent pour un brevet français.

67 A-C Chiarny-Daudet, *Le Règlement judiciaire et arbitral des contentieux internationaux sur brevets d'invention*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2006.

68 Ainsi par exemple, la Directive européenne 2004/48/CE sur le respect des droits de propriété intellectuelle harmonise les mesures et les procédures en cas d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Comme telle, elle transpose les art. 41 à 50 de l'ADPIC dans le droit européen et s'efforce de mettre en œuvre en Europe ce qui a pu être identifié comme « meilleures pratiques » et il est important de souligner que cette directive bénéficie à tous les titulaires de droits et contre tous les auteurs d'atteinte, consommateurs ou particuliers compris (à l'exception de l'obligation de ces derniers de devoir informer le titulaire des droits sur l'origine des produits ou services en cause). Ceci n'empêche pas de constater la permanence de fortes divergences en matière d'obtention forcée de la preuve des contrefaçons par exemple chez des pays aussi représentatifs que l'Allemagne (dont la protection du défendeur par la jurisprudence *Druckbalken* de 1981 – BGH GRUR 1981 – impose que la saisie n'est possible que lorsque les objets à saisir ont été préalablement décrits et si la violation des droits apparaît très fortement, situation qui n'a été corrigée que par la loi nouvelle du 7 juil. 2008 qui modifie chacun des codes de propriété industrielle pour organiser une meilleure facilité d'obtention des preuves de la contrefaçon : probabilité d'infraction ; saisie d'objets et de tous documents, y compris bancaires, commerciaux et financiers : G. Brox, « La nouvelle loi allemande relative à un meilleur respect des droits de propriété intellectuelle », *G.P., Gazette de la propriété industrielle*, 6 nov. 2008, p. 28), le Royaume-Uni (où le *search order* ou Anton Piller Order est un procédé très expéditif puisque portant sur tous objets ou documents découverts sur lesquels existe un « *extremely strong prima facie case* », depuis la jurisprudence *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, Court of Appeals, 1976, au point d'être entré dans le code de procédure civile de 1997) ou la France (où la saisie-contrefaçon n'est pas conditionnée par une certaine probabilité de contrefaçon). V. Fabry, « Die Harmonisierung der europäischen Patentrechtsprechung, Notwendiges Übel- oder Notwendigkeit ? » *GRUR* 2008, Heft 1. ;

ment différents d'un État à l'autre<sup>69</sup>, mais ils se développent désormais sur une toile de fond d'obligation en droit international, leur diversité participant *en tant que telle* au droit mondial de la propriété industrielle<sup>70</sup>.

6 – Pour l'arbitrage « commercial »<sup>71</sup>, la mondialisation accentuée aussi sensiblement les traits<sup>72</sup>, élargit la dimension<sup>73</sup> <sup>74</sup>et des caractères nou-

---

Sur l'impossibilité pour un tribunal arbitral international de procéder à une saisie contrefaçon de brevet : A-C Chiarny-Daudet, *op. cit.*, p. 338. V. C. Steinitz et J.-F. Gaultier, « Avantages compétitifs du système judiciaire français au sein de l'Union européenne », sur les procédures de saisies (1<sup>er</sup> volet) et sur les mesures provisoires et conservatoires (2<sup>e</sup> volet), *Propriété industrielle*, 2008, *Études* 12 et 19 juin et sept. 2008.

69 Par ex : J.-L. Piotraut, *La propriété intellectuelle en droit international et comparé (France, Allemagne, Royaume-Uni, États-Unis)*, Lavoisier, 2007 ; M. Josselin-Gall, « Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique, étude de droit comparé et de droit international privé », *GNL Joly*, Paris, 1995.

70 P.-M. Dupuy, « L'obligation en droit international », in *L'Obligation*, *Arch. phil. droit*, t. 44, 2000 : qu'il s'agisse d'obligation consentie (fondée sur l'accord des États) ou d'obligation assumée (affirmant des valeurs communes à tous) compose la substance du droit international ; comp. par un des OC ayant soutenu contre A. Pinochet lors des procès devant la Chambre des Lords de novembre 1998 et mars 1999 : Ph. Sands, *Lawless World*, Penguin Books, 2006, p.46 et s.

71 Dont, c'est un trait primordial, la « culture » développe un souci constant de conserver sa performance internationale, quitte à créer dans certains pays comme la France deux régimes d'arbitrages interne et international, le second ne cessant de faire évoluer le premier avec cette petite fierté de prétendre « l'ouvrir au monde », d'abord par un contact aux situations internes teintées de réalités internationales, puis d'extranéité, puis de considérations de droit comparé.

72 Nécessité pratique de l'arbitrage, accessoire indispensable d'administration du commerce international, le renforcement du souhait des États d'instaurer l'effectivité de comportements identifiés comme souhaitables (protection des salariés, lutte contre la corruption ou le blanchiment d'argent, préservation du patrimoine culturel, protection de l'environnement, lutte pour la santé, etc.) d'une part, retrait de l'État de son monopole juridictionnel pour tout ce qui relève *des marchés* (réduction de la portée des lois de police, de l'intensité du contrôle d'ordre public de l'exequatur) d'autre part.

73 Jusqu'aux années 60-70, l'arbitrage reste une discipline européenne et anglo-saxonne, sans pénétration par exemple en Amérique latine qui le refuse au nom de la souveraineté (Cl. Frutos-Peterson, *L'Émergence d'un droit subjectif de l'arbitrage commercial international en Amérique latine*, thèse Paris I, 1998, L'Harmattan, 2003 ; A. Wald, *L'évolution de l'arbitrage en Amérique latine*, cit. note 4, *L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle, aspects de droit comparé*, Institut brésilien de droit comparé, Société de législation comparée, Paris, 2008, p. 218 et s. pour le Brésil ; *eodem* : M. U. Salerno, « L'actualité de l'arbitrage international en Argentine », p. 233 et s. ; *eodem* : C von Wobeser, « Arbitrage international en Amérique latine : où en sommes-nous et vers où allons-nous ? », p. 257 et s. ; *eodem* : « International Arbitration in Latin America », N. Blackaby et S. Noury, p. 283 et s.). C'est à partir de 1993 avec la loi mexicaine sur l'arbitrage que la région adopte la première le modèle UNCITRAL ; suivront, sous des formes moins achevées, le Brésil en 2001 (qui n'adhère à la Convention de New York qu'en 2002), le Chili et la Colombie en 2004. Pour l'analyse des deux traités sur l'arbitrage commercial international de 1998 (pays membres du MERCOSUR : Argentine, Brésil, Paraguay et Uruguay) et associés (Bolivie, Chili, Colombie, Équateur, Mexique, Pérou et Venezuela) : J. Kleinheisterkamp, *The State of Commercial Arbitration in Mercosur*, Oceana Publications Inc., New York, 2005.

veaux apparaissent<sup>75</sup>, en particulier le besoin d'une solidarité interétatique plus assumée<sup>76</sup> même si la déréglementation, permettant que les transformations

74 Sur l'ouverture de la Chine à l'arbitrage, principalement depuis la loi de 1994 : Jingzhou Tao, *Arbitration Law and Practice in China*, 2<sup>nd</sup> ed., nov. 1998, Kluwer Law International ; O. Luzi, « Arbitrage commercial : les spécificités chinoises », G.P., 20-21 juin 2008, *Cahiers de l'arbitrage*, p. 74 ; M. J. Moser, *Managing Business Disputes in Today's China, Duelling with Dragons*, Kluwer Law International, 2007 ; Jingzhou Tao, *Resolving Business Disputes in China*, Asia Business Law Series, Kluwer Law International, 2005 ; M. J. Moser and T. Y. M. Cheng, *Hong Kong Arbitration, A User's Guide*, Kluwer Law International, 2008 ; C. Håkanson, *Commercial Arbitration Under Chinese Law*, Iustus Förlag, Uppsala, 1999 ; R. C. Brown, *Understanding Chinese Courts and Legal Process : Law with Chinese Characteristics*, Kluwer Law International, 1997 ; N. Kaplan, J. Spruce, M. J. Moser, *Hong Kong and China Arbitration, Cases and Materials*, Butterworths, 1994 ; *Dispute resolution in the PRC, A Practical Guide to Litigation and Arbitration in China*, Asia Law & Practice, Hong Kong, 1995 et bien sûr : D. Gaurier, « Le règlement privé des conflits dans la Chine impériale : arbitrage ou médiation ? », *Rev. arb.*, 2004, p. 189 et s.

75 D'un côté une solidarité interétatique : Ph. Fouchard, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie, Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue », *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, éditions Frison-Roche, Paris, 1999, p. 381 et s. ; Ch. Seragini, *op. cit.* à la note 31, p. 98 qui remarque justement qu'il existe une « solidarité de l'État à l'égard de lois de police étrangères défendant des intérêts contingents non partagés mais acceptés par le for », citant la doctrine anglaise de *comity* de House of Lords bien que cette doctrine n'ait jusqu'ici concerné que les tribunaux et pas l'arbitrage, *Regazzoni v. Sethia Ltd*, 1958 A.C. 301 [1957] 3 All ER 286 : « *it is nothing else than comity which has influenced our courts to refuse as a matter of public policy to enforce or to award damages for the breach of a contract which involves a violation of foreign law on foreign soil* » à propos du respect de l'embargo indien vers l'Afrique du Sud ; également : P. B. Carter, « The Role of Public Policy in English Private International Law », *ICLQ* 1993, vol. 42, p. 1 ; P. Mayer, *Les lois de police, Journées du cinquantenaire*, Trav. Com. Fr. DIP 1985, CNRS, 1988, p. 105 ; également : art 19 loi de DIP Suisse « lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être pris en considération ; si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit ».

D'un autre côté – mais n'est-ce que l'effet réflexe d'un démantèlement des États ? – certains éclats d'unilatéralisme : par ex., réserves par l'Allemagne, le Royaume-Uni, l'Irlande et le Luxembourg de l'art 7 (1) de la Convention de Rome de 1980 relatives à la prise en compte des « dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit » et pour la France : Paris, 10 juin 1967 *JDI*, 1968, p. 100, obs. Dayant ; *D.* 1969, p. 221 concl. Granjon pour le cas d'un bail en Algérie soumis à la loi étrangère dont seule la disposition impérative sur le loyer est appliquée par le juge français ; Paris 15 mai 1975 *Rev. crit. DIP* 1976 note H. Battifol pour une vente immobilière non autorisée par la législation de situation du bien ; Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 15 nov. 1983, *JDI*, 1984, p. 887, note P. Courbe, *RC DIP*, 1985, note H. Battifol ou l'Allemagne : Cour fédérale allemande, 22 juin 1972, *All. Ver. G.H v. E.K.*, BGHZ 59, 82 et note A. Bleckmann, *ZaöRV* 34 (1974), 112-132 sur des importations illicites d'objets protégés par la loi nigérienne et sur le même sujet : Trib., Turin, 25 mars 1982, *RDIPP* 18 (1982) p. 635 cité par Ch. Séragini p. 105 ; le fameux arrêt Borax sur le respect de l'embargo décidé par la loi américaine vers le bloc socialiste : Cour fédérale, 27 déc. 1960, BGHZ 34, p. 169 ; P. Lalive, « Transnational (or truly international) Public Policy and International Arbitration », *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICC, Congress Series* n° 3, 1986 ; A. Court de Fontmichel, *L'Arbitre, le juge et les pratiques illicites*, Université Panthéon-Assas, LGDJ, 2004.

76 Outre la note précédente : R. Sève, « L'avenir libéral du droit », « la conscience collective que la performance juridique d'un pays est un facteur primordial de performance économique, de cohésion sociale et de consensus politique », *Mélanges à François Terré*, précité, p. 59 ;

s'effectuent du passage à la logique de l'économie globale, l'option d'une économie globalement libérale et sa financiarisation « interconnectée » sans frontière ont pu jusqu'à très récemment laisser croire le contraire.

a) Le débat a d'abord porté sur la nature contractuelle<sup>77</sup> ou juridictionnelle<sup>78</sup> de l'arbitrage, lourd de conséquence puisqu'il menait à apercevoir à la fois dans l'institution, mais sans choisir encore, (i) soit une composante de l'ordre national<sup>79</sup> (ou, ce qui n'en diffère que peu, une émanation étatique d'un instrument pour *dire l'ordre*, au besoin à l'aide de la méthode des conflits de lois<sup>80</sup>) chargée de rattacher la solution des litiges à un

B. Oppetit écrit, à propos du commerce international que « périodiquement, ressurgit dans le système juridique l'idée que le droit ne peut pas être exclusivement construit en fonction d'un unique bénéficiaire mais aussi en considération de la convivance sociale », *Droit et modernité, droit et affaiblissement des valeurs non marchandes*, PUF, 1998, p. 216 ; J.-B. Racine, « La contribution de l'ordre public européen à l'élaboration d'un ordre public transnational en droit de l'arbitrage », *Rev. aff. eur.*, 2005/2, p. 227 et s.

77 Selon le fameux arrêt *Roses* de la Chambre des requêtes du 27 juil. 1937 « les sentences arbitrales qui ont pour base un compromis font corps avec lui et participent à son caractère conventionnel » *D.* 1938, 1, 25 rapports Castets ; cette jurisprudence est intervenue, avec l'arrêt Req. Salles 8 déc. 1914 *D.* 1914, 1, 194 ; *JDI* 1916 p. 1218, pour démarquer la sentence du jugement étranger, toutes les sentences se trouvant donc assimilées à un « acte d'autorité publique », donc non révisable au fond, dont l'origine nationale, pas plus que la nationalité d'un contrat, importait peu. Premier pas de détachement de la sentence de la loi du pays sur lequel elle était rendue, fermait pour les sentences la voie de la méthode des conflits de juridictions (au point qu'il existe des sentences apatrides, comme celle, rendue sans choisir la procédure française entre des parties non françaises pour être exécutée ailleurs qu'en France et que la cour de Paris a identifiée comme ne relevant d'aucune loi : Paris 21 fév. 1980 *Rev. arb.*, 1980, p. 524 note Jeantet ; *JDI* 1980, p. 660 note Fouchard ; *D.* 1980 p. 568 note Robert ; *JCP* 1981,II, 19512 note Level ; ou encore : Paris 9 déc. 1980 *Rev. crit. DIP* 1981 p. 545 note Metzger).

78 Motulski, *Écrits*, vol. II : études et notes sur l'arbitrage en Paris, Dalloz, 1974

79 La thèse est française à l'origine : Lainé (« De l'exécution en France des sentences arbitrales étrangères », *JDI* 1899 p. 641), Bartin (*Principes de droit international privé*, Sirey, 1909, n° 209, la sentence « expression d'une souveraineté en matière de juridiction » n° 217) puis s'internationalise : F. À Mann : « Lex Facit Arbitrum », *International Arbitration, Liber Amicorum for Martin Domke*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1967, dont la thèse orientée contre le cours de B. Goldman sur « les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé », *Recueil des cours*, vol. 109 (1963) et sa formule fameuse « les arbitres n'ont pas de for » ; Ph. Fouchard, *L'Arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965 est également cité dans le même sens par E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff 2008, p. 35 et s. ; E. Gaillard relève que la même vision, justifiée non plus de façon objective mais par l'idée que le choix du siège de l'arbitrage par les parties remplit la même fonction, est celle de J.-F. Poudret et Besson, *Droit comparé de l'arbitrage*, Schulthess, Zurich, 2002, n° 36 et p. 83 et s., ou encore A. Hirsch, « The Place of Arbitration and the Lex Arbitri », *The Arbitration Journal*, sept. 1979, vol 34, n° 3 ; J.-F. Poudret, « Quelle solution pour en finir avec l'affaire Himaton ? » *Rev. arb.*, 1998 p. 7 ; B. Oppetit, *Justice arbitrale et justice étatique, Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991 qui met en avant la fonction juridictionnelle « attribut de la souveraineté ».

80 La méthode des conflits de lois s'est trouvée totalement exclue du domaine de l'arbitrage avec les arrêts *Dalico* et *Zanzi* : respectivement Cass.civ., 1<sup>re</sup>, 20 déc. 1993 *RCDIP* 1994, p. 663

ordre national donné<sup>81</sup>, *au besoin avec l'aide des lois de police*<sup>82</sup>, l'arbitrage serait invité à assurer une unité au-delà de la diversité des systèmes internationaux de droits<sup>83</sup>, (ii) soit une zone juridique sans for, s'étendant « sur la terre entière »<sup>84</sup> sans autre contrainte que la perspective de sa confrontation aux exigences de l'ordre juridique national pour celles des exécutions non spontanées des sentences<sup>85</sup>, et même, d'une confrontation réduite avec ce que cet ordre juridique contient de plus flexible et de moins exigeant puisque ne concernant que de façon lointaine sa société métropolitaine, un dégradé donc de son droit : son ordre public international.

b) Puis vinrent les visions westphaliennes<sup>86</sup> selon la belle expression du Professeur Gaillard d'où procède selon lui une révolution copernicienne cette fois-ci fondée sur une *optique multilocalisatrice* de l'arbitrage international<sup>87</sup> – qui plutôt que de considérer le droit du siège s'intéresse à celui, ou mieux : ceux, qui viendra (ont) par l'exequatur reconnaître *rétrospectivement* la sentence dans l'ordre étatique<sup>88</sup>. Époque qui triomphe avec l'installation des règles uniformes UNCITRAL<sup>89</sup> et NYC<sup>90</sup> pour les contentieux individuels.

note Mayer ; *JDI*, 1994, p. 432 note E. Gaillard ; *JDI* 1994 p. 690 note Loquin ; *Rev. arb.*, 1994 p. 116 note Gaudemet-Tallon, *RTD com.* 1994 p. 254 obs. Dubarry et Loquin : « attendu qu'en vertu d'une règle matérielle de droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la volonté commune des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à la loi étatique » et Cass.civ., 1<sup>re</sup> 5 janv. 1999 *RCDIP* 1999 p. 546 note Bureau ; *Rev. arb.*, 1999 p. 260 note Fouchard ; *JDI* 1999 p. 784 note Poillot-Peruzzeto, *D. Affaires* 1999, p. 474, obs. X.D.

81 Y ayant alors gagné en prévisibilité. Ce qui est effectivement un constat très contestable : E. Gaillard cite à ce propos le « cinglant démenti » opposé par la prolifération des *anti-suit injunctions* en faveur des justiciables locaux (Cours Académie de La Haye, *op. cit.*, p. 45) et les difficultés « paroissiales » ou « provinciales » d'exécution des sentences rendues au loin.

82 Le droit de la propriété industrielle relève-t-il encore (et pour combien de temps) des lois de police ? C'est une des questions de la présente réflexion.

83 E. Gaillard (*eodem*, p. 44) cite S. Bollée : *Les Méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences internationales*, Paris, Economica, 2004 mais aussi A. Kassis et P. Lagarde, respectivement : *L'Autonomie de l'arbitrage commercial international*, Paris, L'Harmattan, 2005 et préface.

84 Selon l'expression de Madame Gaudemet-Tallon.

85 C'est-à-dire, comme pour tous les actes juridiques, les cas d'exception.

86 *Op. cit.*, p. 52, cet ordre de juxtaposition des États souverains après le traité de Westphalie de 1648 s'opposant au modèle d'intégration onusien.

87 E. Gaillard, « Souveraineté et autonomies : réflexions sur les représentations de l'arbitrage international », *JDI*, 2007, p. 1163 et s. ; Même auteur : « L'interférence des juridictions du siège dans le déroulement de l'arbitrage », *Liber amicorum Claude Reymond. Autour de l'arbitrage*, Paris, Litec, 2004, p. 83 et s.

88 Dans la sentence *Bank Mellat c/ Helliniki Techniki SA*, Michael Kerr note « despite to the contrary by some learned writers under other systems, our jurisprudence does not recognise the concept of arbitral procedures floating in the transnational firmament, unconnected with any municipal system of law » cité par E. Gaillard, *op. cit.*, note 76.

89 Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958, appliqué dans 145 pays.

Cette révolution copernicienne donne également plus d'espace à la loi d'autonomie, c'est-à-dire à la liberté des parties ; surtout – pour ce qui est de notre propos s'agissant des réticences d'origine des États à livrer la propriété intellectuelle à l'arbitrage – elle ouvre le *dialogue*<sup>91</sup> sur des conceptions différentes possibles en matière d'arbitrabilité, cette incapacité de l'arbitre, le juge (de l'exequatur) raisonnant désormais sur la sentence une fois née, et pas d'avance<sup>92</sup> : la sentence a le droit de s'exprimer et bénéficie d'emblée de juridicité, conférée par un mécanisme *international* rétroactif de contrôle par l'exequatur qui emporte ici règle matérielle de présomption de légitimité<sup>93</sup>.

c) Enfin l'on vit se mettre en place un mouvement de *délocalisation*<sup>94</sup> de l'arbitrage, c'est-à-dire :

- (i) une tendance de fond des États à la reconnaissance d'une *plus grande autonomie et flexibilité de l'arbitrage*, touchant à la fois aux clarifications nouvelles dans le domaine de la réciprocité et de répartition des compétences internationales<sup>95</sup>, l'allègement du contrôle d'ordre public sur les sentences<sup>96</sup> – comme aussi des jugements étrangers<sup>97</sup> –

90 Initiée par la CCI – elle-même créée en 1922 – dès 1953 et ouverte à la signature en 1958.

91 La première édition de l'irremplaçable *Droit comparé de l'arbitrage international* de J.-F. Poudret et S. Besson (Bruylant-LGDJ-Schultess) est de 2002 à Genève.

92 Alors que, dans la Convention de Genève du 26 sept. 1927, toute de conception positiviste étatique, l'exequatur ne pouvait être rendue que sur une sentence devenue définitive dans le pays où elle avait été rendue.

93 Présomption à modérer puisqu'il y a un concours de la *lex fori* et de la *lex executionisme*, celle-ci avec un titre certes plus important que celle-là.

94 Le projet universaliste de la CCI en 1953 n'avait pas abouti, la CNUDCI ayant rejeté le modèle consistant à dispenser la sentence du contrôle national par l'exequatur et donc créé une délocalisation imparfaite du fait de l'intervention de l'ordre public international de contrôle d'exequatur.

95 L'ouverture des États à l'arbitrage a précédé celle – plus méfiante – à l'égard des conflits de juridiction, dont le tournant peut être daté de la Convention de Bruxelles de 1968 sur la reconnaissance des jugements en matière civile et commerciale – devenue le règlement (CE) 44/2001 assorti par la Convention de Lugano du 16 sept. 1988 – où les États membres de la Communauté européenne ont reconnu, avec l'adoption de principes communs de répartition des compétences, l'abolition du *for exorbitant*, la banalisation de la clause d'élection de *for* et de la litispendance internationale, ainsi que, sous des nuances, avec la réciprocité d'exécution des jugements étrangers – la fin de leur monopole de juridiction unilatérale ; sur le plan multilatéral, s'en est suivie pour l'élection de *for* la Convention de La Haye du 30 juin 2005... alors que celle de New York pour l'arbitrage avait déjà... 37 ans !

96 Cette libéralisation se produisait par une remise en cause de l'équivalence traditionnelle de la *lex fori* et la loi étrangère dans les conflits de lois jusqu'à sa remise en cause, à partir des années soixante, avec « le renouveau de la méthode unilatérale et l'expansionnisme de la *lex fori* » – expression de Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial international et lois de police*, Académie de droit international La Haye, Recueil de cours 355 (2005) p. 289 citant B. Audit, « Le droit international privé à la fin du XX<sup>e</sup> siècle : progrès ou recul », *Rev. int. dr. comp.*, 1998, p. 421 et s. Cette remise en cause peut se voir comme une volonté de l'État, en allégeant l'intensité de son contrôle d'ordre public international d'exequatur – *c'est à dire en étendant le spectaculairement le champ de l'arbitrabilité* – de placer ses justiciables, par cette neutralité imposée à son droit international, en situation de concurrence favorable sur le marché mondial, avec pour aboutissement un recul spectaculaire du contrôle de la sentence : CA Paris

- et l'émergence de législations modernes d'arbitrage dans le monde<sup>98</sup>,  
*in favor arbitrati*,
- (ii) l'éviction définitive de la méthode des conflits de lois en matière d'arbitrage<sup>99</sup>, alors même que l'impérativité de la règle de conflit – ne concernant au demeurant que les seuls droits indis-

1<sup>re</sup> Ch C 18 nov. 2004, *SA Thalès Air Défense c/GIE Euromissile*, *Rev. arb.*, 2005.751 ; *JDI*, 2005.357 note A. Mourre ; *RCDIP*, 2006. 104 note S. Bollér ; Ch Seraglini, « L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la déréglementation) », G.P. *Les Cahiers de l'arbitrage*, n° 2005/2 p. 5 ; L. Radicati di Brozolo, « L'illégitimité "qui crève les yeux" : critère du contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris) », *Rev. arb.*, 2005.529 ; *RTD com.* 2005.263 note E. Loquin ; *D.* 2005, 3058, obs. Th Clay ; *JCP*, 2005, II, 10038 note G. Chabot ; également : Cass.1<sup>re</sup> civ., 4 juin 2008, *Rev. arb.*, 2008. 473 note I. Fadlallah ; *JCP*, 2008, act., n° 430, obs. J. Orscheid ; *JCP*, 2008, I, 164 obs. Ch Seraglini ; C. Nourissat, « Sur la violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public international... », *RLC*, juil.-sept. 2008, 62 ; comp. H. Muir Watt, « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI*, 2004, t. 307, n° 108 et s. ; pour une vision critique de l'insécurité de la jurisprudence française imputée à une vision trop confuse de l'interdiction de la révision des sentences au fond : L-C Delanoy, « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *Rev. arb.*, 2007, p. 177 et s. ; P. Mayer, « L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », *Mélanges Gaudemet-Tallon*, *op. cit.* à la note 22, p. 459.

97 P.-Y. Gautier, « La contrariété à l'ordre public d'une décision étrangère, échec à sa reconnaissance », *Mélanges Gaudemet-Tallon*, *op. cit.* à la note 22, p. 437.

98 La modernisation – libéralisation récente des législations sur l'arbitrage est aujourd'hui presque généralisée : Fouchard, « Nouvelles lois étrangères sur l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1995, p. 549 ; France (décrets de mai 1981), Belgique (loi du 19 mai 1998 ; G. Horsmans, « La loi belge du 19 mai 1998 sur l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1999, p. 485) ; Hollande (livre IV du code de procédure civile du 1<sup>er</sup> déc. 1986) ; Suisse (loi de droit international privé du 18 déc. 1987) ; Royaume-Uni (Arbitration Act du 17 juin 1996), Suède (loi sur l'arbitrage du 1<sup>er</sup> avril 1999) ; États arabes : A. Mebroukine, « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie », *JDI*, 1993, p. 873 ; K. Meziou et A. Mezghani, « Le code tunisien de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1993, p. 521 ; Ph. Boulanger, « Le nouveau droit égyptien de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1994, 665 ; Koweït : A. H. El-Ahbdab, « La loi du 19 février 1995 », *Rev. arb.*, 1995, p. 671 ; en Afrique : Ph. Boulanger, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Rev. arb.*, 1999, p. 541.

99 Avant l'intervention du décret du 12 mai 1981 introduisant l'art. 1504 NCPC selon lequel « l'ordonnance d'exequatur d'une sentence internationale n'est susceptible d'aucun recours hormis le recours en annulation prévu à l'art. 1502 » qui prévoit que « l'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution [de la sentence internationale] n'est ouvert que... 4° si la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international » ; de même concernant le recours en annulation des sentences internes avec l'art. 1484 al 2 -4° « si l'arbitre a violé une règle d'ordre public », les sentences étaient vues comme des contrats auxquels s'appliquait le droit commun des règles du droit international privé. Aujourd'hui, la clause d'arbitrage est soustraite aux conflits de lois et ne relève que des exigences minimales de l'ordre juridique français, c'est-à-dire de son ordre public international ; selon la formule de l'arrêt Zanzi : « en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique », voir note 79.

- ponibles<sup>100</sup> – se clarifiait pour le juge<sup>101</sup> ; solutions importantes pour les conflits arbitrés ou jugés à l'étranger et portant sur des droits territoriaux comme ceux de la propriété intellectuelle ;
- (iii) le renfort apporté à la mobilité juridictionnelle des parties par l'accueil des clauses attributives de juridiction y compris pour connaître des dispositions impératives constituant des lois de police dans l'ordre international, ce sous la seule réserve des règles de compétence *territoriales* impératives (ou exclusives si la situation relève de Bruxelles I), donc un repli sensible des lois de police, *in favor arbitri*<sup>102</sup>
  - (iv) en parallèle avec la suppression du contrôle dit de la compétence législative indirecte, c'est-à-dire du contrôle par le juge français du point de savoir si le juge étranger (dont la décision est sous exequatur) a correctement appliqué la loi désignée compétente par la règle de conflit française<sup>103</sup>,
  - (v) la banalisation de mécanismes de généralisation voire de *gestion de masse* (ADR ; médiation ; centre d'arbitrage et de médiation en ligne) à vocation expéditive et informative et par là même à vertu *préventive* ; au besoin, accompagnée d'une culture arbitrale « moderne » qui intègre les « méthodes » électroniques (accessibilité ; capacité à traiter les petits cas ; exigence de flexibilité demandée par les utilisateurs, ses besoins de rapidité et ses facteurs de réduction de coûts) alors même que
  - (vi) sous l'effet du « marché », certaines critiques, dont toutes ne sont pas restées sans réponse<sup>104</sup>, se faisaient jour quant à

100 Pour les droits disponibles, le juge choisit soit d'appliquer son droit de for, soit de mettre ou non le droit étranger dans le débat : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 mars 1960, *Bull. civ.* I, n° 143-2 affaire *Chemouny*, sauf demande exprès des parties, par accord procédural, d'appliquer le droit choisi par elles : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mai 1997, *Bull. civ.*, I, n° 140

101 « il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger » : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 juin 2005 affaire *Aubin*, *RCDIP*, 2005. 645 obs. B. Ancel et H. Muir Watt.

102 Jurisprudence *Compagnie des signaux* : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 déc. 1985 *RCDIP*, 1986.537 note H. Gaudemet-Tallon, *D.* 1986, inf.rap. 265 obs. B. Audit, récemment complété par Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 oct. 2008 n° 07-15.823 *Société Monster Cable Products Inc. c/Sté Audio Marketing Services* (à propos d'un contrat avec clause d'élection de juridiction à San Francisco, évinçant la loi française dont l'art L. 442-6 du Code de commerce, c'est-à-dire la règle de droit de la concurrence protégeant contre la rupture abusive des relations commerciales établies entre partenaires), *Procédures*, 2008, n° 12, p. 21 note C. Nourissat.

103 Jurisprudence Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 fév. 2007 Cornelissen, G.P 29 avril 2007, note M.-L. Niboyet, G.P 2007 som. 1847, *RCDIP*, 2007, p. 420 note B. Ancel et H. Muir Watt, *D.* 2007, p. 1115 note Louis d'Avout, *JCP* 7 mars 2007, act 107 note Bruneau ; *D.* 2007 chron. 891 ; B. Ancel et H. Muir Watt, « Les jugements étrangers et la règle des conflits de lois, chronique d'une séparation », *Mélanges Gaudemet-Tallon, op. cit.* à la note 22, p. 133.

104 Grâce au rôle et à la pédagogie constante des institutions d'arbitrage, à la généralisation du soutien étatique à l'efficacité de la justice arbitrale et aussi à une *regulatory competition* :

l'inadaptation de la culture arbitrale traditionnelle et de ses méthodes<sup>105</sup>.

d) Cette évolution si rapide prend place *au moment où s'affirme une vision transnationale de l'arbitrage international*<sup>106</sup>, avec le double risque de dévoilement de l'institution dans la compétition du marché de l'arbitrage<sup>107</sup> d'une part et, « sous l'effet de la mobilité juridictionnelle très (trop ?) largement reconnue aux acteurs économiques qui se trouvent ainsi de fait investis du pouvoir d'en disposer, de disqualifier la justice dans sa dimension de bien public »<sup>108</sup>, de déperdition de la valeur de référence normative juridictionnelle en tant que telle, c'est-à-dire de diminution de la qualité de droit d'autre part.

La mécanisation – et pour le dire autrement – la production d'arbitrage d'une part et de pseudo-arbitrage de masse<sup>109</sup> d'autre part – correspond-elle à une nouvelle nature de l'arbitrage ? L'idée serait qu'avec la dimension géographique planétaire et la libre et rapide communication, il serait *devenu* possible de mettre fin aux divergences des ordres juridiques nationaux en trouvant une sorte de *lex communis* – ou de paix commune – souhaitable parce qu'à la fois partagée, prévisible et économique, donc légitime.

Pourtant la « méthode transnationale », dans le silence des prévisions des parties (silence dont provient exactement leur différend), est au contraire particulariste puisqu'elle se donne comme objectif au moins implicite de produire des solutions reçues comme individuelles qui « pour être la résul-

C. Drahozal, *Regulatory Competition and the Location of International Arbitral Proceedings, Towards a Science of Arbitration*, La Haye, 2005

105 Critiques qui portent à la fois sur son efficacité réelle en termes de productivité, de rentabilité économique, de prévisibilité, de caractère dissuasif de conflit : J.-F. Guillemain (General counsel du groupe Bouygues), « Les nouvelles attentes des entreprises en matière de règlement des conflits », *Rev. arb.*, 1996, p. 585 ; R. van Rooij, General counsel de Shell international, intervention au Congrès de l'OMPI à Genève *in Biennale européenne de l'International Federation of Arbitration Institutions*, 1997, p. 55 et s. ; J. Paulson, « L'exécution des sentences arbitrales dans le monde de demain », *Rev. arb.*, 1998, p. 637 ; Ph. Fouchard, « Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales », *Rev. arb.*, 1998, p. 653.

106 De « l'ordre juridique arbitral » dit E. Gaillard, *op. cit.*, p. 60 – citant D. Cohen, l'inventeur de cette expression dans sa thèse *Arbitrage et société*, Paris, LGDJ, 1993, p. 21- qu'il caractérise comme une source transnationale – et autonome – de juridicité, de sorte que l'évolution moderne des droits nationaux de l'arbitrage dégage les arbitres « des contraintes des règles de conflit du for » pour appliquer au litige *des règles de droit plutôt qu'un droit*.

107 C. Drahozal, *Regulatory Competition and the Location of International Arbitral Proceedings, Towards a Science of Arbitration*, La Haye, 2005 ; *L'arbitrage en Asie-Pacifique : une activité d'avenir*, Droit et Patrimoine, 2007, p. 10.

108 H. Muir Watt, *op. cit.* à la note 59, *Rev. arb.*, 2008, p. 397 qui évoque une « contractualisation de l'accès à la justice étatique » ; « dans cette perspective, au sein du marché global de services judiciaires, le juge étatique concourt à égalité avec l'arbitre privé, autant en raison de la progressive automatisation de l'arbitrage que par la privatisation de la justice étatique » p. 404.

109 L. Fadlallah, *L'Ordre public dans les sentences arbitrales*, Rec., cours de La Haye, 1994, vol. 249, p. 377 : « la mutation la plus importante à mes yeux tient à la transformation d'un phénomène confidentiel en un phénomène de masse. Sa nature juridique en est affectée ».

tante de l'activité normative des États, n'appartiennent en propre, en tant que normes transnationales, à aucun d'eux<sup>110</sup> ».

7- Ainsi autonomisée, la sentence « n'est pas intégrée dans l'ordre juridique » de l'État de siège<sup>111</sup> ; tous les États ont « au moins sur le plan logique, un titre égal pour y attacher des conséquences juridiques<sup>112</sup> » ; elle suit son propre droit, qui ne se résume pas aux principes généraux du droit<sup>113</sup> car « aucun ordre juridique étatique n'est fondamental pour la sentence<sup>114</sup> », raison pour laquelle, alors qu'un jugement étranger annulé ou même non exécutoire ne peut pas être exécuté dans un autre que son pays d'origine<sup>115</sup>, la sentence annulée dans son pays d'origine vaut<sup>116</sup>.

Et l'arbitrage n'est pas abordé, ni même identifié, dans l'approche ou les accords ADPIC ; il n'est pas absorbé dans l'approche de reconnaissance mutuelle et de circulation internationale des jugements : en témoigne son exclusion du Règlement Bruxelles I<sup>117</sup>.

110 E. Gaillard, *op. cit.* p. 92 à la note 78.

111 Cass.1<sup>re</sup> civ., 9 oct. 1984 *Paback Tricaret Limited Sirketi c/ Norsolor SA*, *Rev. arb.*, 1985, p. 431, note B. Goldman ; *JDI*, 1985, p. 679, note Ph. Kahn ; *D.* 1985, 101, note J. Robert ; Cass.1<sup>re</sup> civ, 23 mars 1994, *Société Hilmarton Ltd c/ Omnium de traitement et de valorisation*, *JDI*, 1994, p. 701 note E. Gaillard, *Rev. arb.*, 1994, p. 701, note Jarrosson, *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 356, note B. Oppetit, *RTD com.*, 1994, p. 702 obs J.-C. Dubarry et E. Loquin, solution conforme à la thèse soutenue par B. Goldman depuis : « Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria* », *Rev. arb.* 1983, p. 379 ; Cass.1<sup>re</sup> civ., 29 juin 2007 *Société PT Putrabali Adyamulia c/ Rena Holding*, *Rev. arb.*, 2007, p. 507 rapport J.-P. Ancel, note Gaillard ; *JDI*, 2007, p. 20 note de Boissésou ; J.-P. Ancel : « L'arbitrage : une juridiction internationale autonome – à propos de l'arrêt *Putrabali* du 29 juin 2007 », *RJDA* 10/07, p. 883 ; Ph. Pinsolle : « L'ordre juridique arbitral et la qualification de la sentence arbitrale de décision de justice internationale », *G.P* 2007. I. 122003 ; CA Paris, 31 janv. 2008 *Société ivoirienne de raffinage c/ Teekay Shipping Norway et autres*, *LPA* 2008, n° 189, note A. Adell ; CA Paris, 19 juin 2008, n° 06/17901 *JCP* 2008. I. 200 § 6 obs. J. Béguin.

112 S. Bollée, *Les Méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Paris, Ecomonica, 2004, n° 52, p. 38, citant not. P. Mayer note sous Civ. 1<sup>re</sup> 17 oct. 2000 *Rev. arb.*, 2000, p. 648.

113 On citera seulement par exemple, la condamnation de l'esclavage.

114 S. Bollée, *eodem*.

115 Civ. 27 juil. 1832, S. 1832, 1,664 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 21 mai 1997 *Rev. crit. DIP* p. 306 note Muir Watt.

116 Not. pour la France : depuis la jurisprudence *Hilmarton* de la Cour de cassation en 1994 ; pour les États-Unis : Columbia district 31 juil. 1996, Chormalloy, *Rev. arb.*, 1997. 439 ; Ph. Fouchard, « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », *Rev. arb.*, 1997.329.

117 art 1 (2) (d) du Règlement. Sur ce débat, voir : Rapport P. Jenard sur la Convention de Bruxelles du 27 sept. 1968, *JOCE* n° L. 299, p. 0032-0042 B. Hess, T. Pfeiffer et P. Schlosser, report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States, Study JLS/C4/2005/03, Final Version September 2007 ; Rapport du groupe de travail et résolution d'ICC France sur l'application à l'arbitrage du rapport relatif à l'application du règlement de Bruxelles I dans les États membres de l'Union européenne, G.P, *Cahiers de l'arbitrage*, n° 2008/3 16 oct. 2008, p. 20 et s. ; P. Schlosser, B. Hess et T. Pfeiffer, « Les propositions du rapport Heidelberg concernant l'application de "Brussel I" à l'arbitrage », *eodem*, p. 28.

Lors de chaque arbitrage portant sur la propriété industrielle et mettant en jeu des questions internationales (i) quelle liberté ont alors les parties de choisir leurs règles juridiques, ou plus exactement quelle est leur *discretionnaire* ? Convient-il pour l'arbitre de recourir à la méthode des conflits de juridiction plutôt qu'à préférer le corpus des règles transnationales<sup>118</sup> ? L'ignorance dans laquelle les États ou la Communauté européenne tiennent l'arbitrage, doit-elle être comprise comme accordant un brevet, le droit de *transgresser* ?

La tension existe entre un possible besoin de compétence de la juridiction du for (s'il existe un for) et un autre besoin de reconnaître le jugement étranger ou la sentence arbitrale pour l'exécuter, la question donc des lois d'application semi-nécessaires<sup>119</sup>, à mi-chemin du besoin des États de laisser se développer les libres échanges entre eux (régression des valeurs du for en cas de litige international) et du besoin (internationalisation des règles de conflit de juridictions) que cet espace d'activité déployée entre États ne soit régi par aucun d'eux, ceci dans leur intérêt commun et sans pour autant être livré à des intérêts qui leur seraient à la fin à chacun contraire (lois d'application semi-matérielles) : s'agissant des droits de propriété intellectuelle, cette interrogation est centrale pour adjuger une situation régie par des droits placés sous une particulière emprise étatique dans leur portée territoriale et leur caractère sinon d'ordre public<sup>120</sup>.

De la réponse dépend le tracé de la *dérogation possible* des DPI à la juridiction du for, de l'*exception d'arbitrage* devant le juge étatique.

8- On ne peut certes qu'observer qu'il existe de « (très) fortes spécificités »<sup>121</sup> du régime de la propriété industrielle posant question en droit de l'arbitrage<sup>122</sup>. Est-ce à cause de la nature ou la coloration de loi de police des régimes de PI auquel les parties ne peuvent pas toujours déroger<sup>123</sup> assorti au surplus de règles de compétence matérielles pour la plupart, alors même qu'il existe assez peu de « ponts d'ouverture » de la PI sur le domaine *trans-*

118 E. Gaillard démontre ainsi qu'il n'y aurait pas de raison pour ne pas appliquer internationalement une sentence ad hoc rendue en Chine alors que la loi chinoise ne prévoit pas – et l'on peut le soutenir – écarte vraisemblablement ce mode d'arbitrage sur son territoire, *op. cit.* à la note 79, p. 102-103.

119 Radicati di Brozo, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire », *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 1 et s. ; H. Muir Watt et L. Radicati di Brozolo, *Party autonomy and Mandatory Rules in a Multistate World*, International Law Forum de droit international, 2004, p. 66 et s.

120 Au moins de loi de police.

121 L. Idot commentant l'arrêt Ganz.

122 Au-delà, de la spécificité technique et non juridique.

123 Pour les pays de l'Union européenne (hors Danemark) l'art. 8 du Règlement 864/2007 du 11 juil. 2007 « Rome I » – qui s'applique au droit d'auteur, aux droits voisins, au droit de protection des bases de données et aux droits de propriété industrielle – interdit d'appliquer à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété industrielle, une autre loi que celle du pays de revendication de la protection de ce titre de propriété intellectuelle, même postérieurement à la survenance du dommage et même entre commerçants.

*national* : en matière de compétence procédurale européenne, la Convention de Bruxelles du 27 janvier 1968<sup>124</sup> (art 16.4 sur la compétence *exclusive*<sup>125</sup>) réserve (i) le contentieux de l'inscription et de la validité (brevets, marques, dessins et modèles et autres droits analogues donnant lieu à un dépôt ou un enregistrement), à la juridiction *exclusive* de l'État sur lequel ce dépôt ou enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été effectué aux termes d'une convention internationale et (ii) la litispendance (art.19)<sup>126</sup> dessaisit d'office le juge saisi à titre principal d'un litige pour lequel une juridiction d'un autre État a déjà été saisie. D'où une pesanteur d'auto-rattachement à la *lex fori*, en particulier la *lex protectionis*.

Mais à l'inverse, les DPI sont le siège des licences, domaine qui se prête plus que tout autre au développement de situations transnationales, donc du droit transnational (c'est-à-dire non directement mono-étatique), un univers qui a la faveur des acteurs du commerce international<sup>127</sup>.

### 1.2- Arbitrage et propriété industrielle, miscibles, sont-ils fongibles ?

9- Quelques ingrédients techniques donnent immédiatement à apercevoir la difficulté de concilier les deux matières ; les mêmes mots renvoyant à des situations ou des pratiques bien différentes.

Les « parties » ? Elles sont fondamentalement égales devant l'arbitre dont c'est le premier devoir d'assurer cette égalité avec neutralité et impartialité. Mais en matière de PI, soit les conflits surviennent entre des tiers (et les contrefacteurs sont rares à convenir de compromis d'arbitrage, même ceux qui acceptent la médiation), soit se manifestent pendant une relation contractuelle (les licences d'exploitation de droits), qu'il faut faire perdurer si possible (et non condamner ou dénouer comme c'est le cas le plus fréquent de l'arbitrage) car telle est l'intention et le plus souvent des parties<sup>128</sup>.

L'effet de droit ? l'arbitrage, avec son *imperium* restreint, ne règne que sur l'*inter partes*, alors que la PI vit dans l'opposable, se préoccupe d'abord d'*erga omnes*.

124 Règlement 44/2001 du 22 déc. 2000 ; S. Franck, « Le règlement "Rome II" concernant la loi applicable aux obligations non contractuelles », *Journal de droit européen*, n° 154, déc. 2008.

125 art 22-4 du règlement.

126 art 25 du Règlement

127 Eugen Lagen, *Transnational commercial law*, Leiden, 1973, p. 34 et s.

128 S. Crépin cite dans son étude des sentences connues du TGI de Paris et de l'ensemble des cours d'appel pour la période de 1981 à 1994, des taux moyens de poursuite de contrats de 68 % (voire 73 % pour la Cour d'appel de Paris), soit 63 % en arbitrage interne et jusqu'à 78 % en arbitrage international, à comparer à des taux de 7,5 % de résolution et 24,3 % de résiliation, qui devient en arbitrage interne 52, 5 % et 56 % en arbitrage ad hoc, *Les Sentences arbitrales devant le juge français – pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1981-1981*, Paris, LGDJ,

La neutralité des arbitres ? le droit de la PI est de conception et d'application territoriales, assez peu ouvert au droit international privé et ses méthodes, les arbitres – évidemment tous sages – y sont souvent plus experts que philosophes. L'arbitre commercial international incorpore d'emblée une dimension d'extranéité, fruit d'une « empathie » particulière aux visions plus générales que techniques<sup>129</sup>, sous l'influence *distanciée* des traditions et modes culturels – y compris juridiques – nationaux<sup>130</sup>. On a dit aussi que l'arbitrage préventif<sup>131</sup>, fruit d'une expertise juridique conjointe confiée à un expert, pêche peut être par son défaut de caractère juridictionnel complet<sup>132</sup> ; toujours est-il que la complexité de la propriété intellectuelle appelle souvent l'expertise<sup>133</sup>.

Les sphères géographiques d'intervention ? Elles tendent à ne plus se distinguer car le développement récent des systèmes juridiques en jeu délimite des espaces géographiques « clos », certes plus larges en arbitrage qu'en PI, fonctionnant sur base de reconnaissance mutuelle, de confiance réciproque et de présomption d'équivalence des législations, marquant par ces phénomènes d'annexion ou d'assimilation, un recul inéluctable des règles impératives isolationnistes, proprement étatiques<sup>134</sup>.

L'égalité des intérêts des parties ? *a priori*, l'*eutopia* de l'arbitrage – l'égalité des parties – est une *outopia* pour la PI, puisque le licencié y est quasiment toujours en situation d'infériorité. En cela peut-être la possibilité de l'arbitrage de la propriété industrielle se justifie par sa légitimité à venir au secours de la partie faible, là où l'État accepterait de ne pas soupçonner le fort d'imposer sa justice au faible hors des tribunaux de l'État, qui plus est en usant de lettres patentes d'un for.

La confidentialité ? La solution d'un litige de PI ne peut s'empêcher de rechercher un *effet* auprès des « tiers » (le monopole n'existe que s'il est opposable). L'arbitrage est une zone secrète, difficile à connaître, les solutions se

129 Pour orienter le choix par les parties d'arbitres à compétence technique en rapport avec le litige : G.A Paradise, « Arbitration of Patent Infringement Disputes : Encouraging the Use of Arbitration Through Evidence Rules Reform », *Intellectual Property Law Review*, 1997, p. 159 ; C. Champaud, « Le juge, l'arbitre, l'expert et le régulateur au regard de la juridiction », in *Droit et actualité, Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005.

130 Le droit de la propriété intellectuelle français a d'abord créé le droit d'auteur, puis le brevet, puis les autres droits de propriété industrielle, entraînant une culture et une posture intellectuelle particulière en la matière qu'on ne peut attendre, par exemple, des États-Unis ou encore de la Chine, cette dernière ayant adopté l'essentiel de son corpus de droit de propriété intellectuelle avant la mise en place, en 2006, du droit constitutionnel de propriété foncière, à l'heure actuelle toujours en sa période d'installation.

131 P.-Y. Tschanz, *Vers un arbitrage international préventif*, Helbig & Lichtenhahn, 2002.

132 C. Jarrosson, « L'expertise juridique », *Liber amicorum Claude Reymond, Autour de l'arbitrage*, Litec, 2004, p. 127 et s.

133 En matière de contrefaçon de brevets, l'art. R 615-15 du Code de la propriété intellectuelle (décret du 15 juin 1965) permet au juge, même d'office, de se faire éclairer par expertise.

134 Et, il faut le dire au moins pour ce qui est de l'influence sur le fond du droit, dans un ordre mondial sous uniformisation libérale, sans (encore ?) de retour d'expérience ou d'enrichissement par métissage en provenance des zones d'extension.

suffisent souvent à elles-mêmes ; l'exécution spontanée : une réussite parfaite. Mais seulement légitime si l'ombre n'est pas trouble<sup>135</sup>.

*Lex facit arbitrum* : (c'est la loi qui fait l'arbitre) ? L'arbitrage a dégagé ses propres lois, dans les deux sphères de l'arbitrage interne et international<sup>136</sup>. Mais quelles lois *de fond* pour la PI, surtout transnationale ?

10- La loi de police ? Autrement dit, l'arbitrabilité : quel est le sens du monopole pour les États de dire le droit en matière de propriété intellectuelle ? Quelles sont les finalités économiques, sociales ou morales<sup>137</sup> recherchées ? Questions typiquement inhérentes à la PI. L'arbitre quant à lui « privé de force perçoit toutes les lois, et donc les lois de police, comme des lois étrangères<sup>138</sup> » : quelle est sa légitimité ? Pourquoi dirait-il ce que les parties ne demandent pas, à raison peut-être ? Quelles sont ses interdictions, ses limites ? Comment pourtant leur répondre ? Si l'arbitre est gêné d'appliquer une loi de police en sauvegardant alors les intérêts d'un ordre juridique étatique déterminé<sup>139</sup>, avec le sentiment que cet ordre n'est pas celui choisi par les parties dont sa mission procède, n'est-ce pas prudent et sûr dans un domaine aussi teinté, pour ne pas dire plus, des caractères de loi de police ? Doit-il rechercher dans la loi élue s'il existe un renvoi, même implicite, à la loi de police<sup>140</sup> ? Ce renvoi n'est-il pas nécessairement voulu par les parties comme par le régime des droits concernés lorsqu'il s'agit de propriété intellectuelle ? Questions sur l'office des arbitres<sup>141</sup>, régulièrement débattues<sup>142</sup> et dont on dit peut être trop vite qu'il est tout à fait réglé<sup>143</sup> ?

135 Chambre de commerce internationale, l'extorsion et la corruption dans les transactions commerciales internationales, Révisions de 1996 des règles de conduite CCI, 1997 ; par ex., pour l'arbitrabilité de la RICO – Racketteering Influenced and Corrupt Organization Act, sentence CCI n° 6320 (1992), *JDI*, 1995.986, obs. D. Hascher ; sentence CCI n° 8383 (1995), *JDI*, 1997, 1061, obs. Y. Derains.

136 Son propre personnel aussi...

137 Je dis « morales » en pensant aux droits extrapatrimoniaux, moraux – des auteurs des œuvres de l'esprit.

138 C. Seraglini, *Lois de police...* p. 3.

139 J.-C. Pommier, « La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : le rôle de l'arbitre », *JDI*, 1992, p. 5 ; E. Loquin, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *JDI*, 1983, p. 293.

140 Sentence CCI n° 6379 (1990), *Yearbook* 1992, p. 212 n° 16 et s.

141 Dans l'affaire *Himarlon*, le recours en annulation, fondé sur l'art. K 36 du Concordat pour « violation évidente du droit suisse » et sur le code des obligations suisse a annulé la convention non parce qu'il avait acquis la conviction que des pots de vins avaient été effectivement versés par l'intermédiaire algérien pour rémunérer un trafic d'influence mais au seul motif que la loi algérienne interdisait l'intermédiation dans le but, légitime, de lutter contre des trafics de ce genre ; voir une critique : V. Heuzé, « La morale, l'arbitre et le juge », *Rev. arb.*, 1993, p. 179.

142 Congrès intermédiaire de l'arbitrage international, « Arbitrage et propriétés intellectuelle », Vienne 1976 ; VI<sup>e</sup> congrès international de l'arbitrage (Mexico), Arbitrage et technologie ; Association suisse d'arbitrage le 19 novembre 1993 « propriété intellectuelle et arbitrabilité objective » ; Arbitrage et propriété industrielle, actes du Colloque de l'Institut de

## II. — UNE CRISE : LE DEBAT SUR L'ARBITRABILITE

### 2.1 - *Le domaine de l'arbitrable en PI :* « *l'arbitrabilité des litiges de PI* <sup>144</sup> » :

#### 2.1.1- La méthode :

11- L'arbitrabilité des DPI – c'est-à-dire le droit de procéder par arbitrage *sur leur objet* <sup>145</sup> – met en confrontation directe une conception utopiste d'inspiration mondialiste dans ces deux composantes spatiale et de justice privée (celle de l'arbitrage international) et une vision atavique, qu'elle soit étatiste ou régionale, de droits territoriaux composantes impératives (ceux de la PI).

recherche en propriété intellectuelle à Paris, 26 janv. 1994, Litec, 1994. Pourtant, le projet de l'American Law Institute (2003) *Principes gouvernant la compétence, le droit applicable et la reconnaissance des jugements dans les litiges transnationaux de propriété industrielle* – est muet sur les rapports Arbitrage et Propriété industrielle : François Dessemontet : le droit international privé de la propriété industrielle à l'épreuve du dialogue intercontinental, *Mélanges Victor Nabhan*, 2004.

143 A. C. Chiarigny-Daudet, « Quand les magistrats de la CJCE interprètent strictement les textes clés du contentieux sur le portefeuille de brevets – à propos des arrêts CJCE du 13 juillet 2006 », *Propriété industrielle*, 2007, 3 qui, après avoir exposé la vision très restrictive de la CJCE condamnant la perspective d'une centralisation du contentieux d'un portefeuille de brevets sur base des art. 6-1 et 16-4 de la Convention de Bruxelles dans le cadre d'une contrefaçon concertée (théorie de l'araignée au centre de la toile), en conclut que tant que l'unité de juridiction n'aura pas émergé avec l'adoption de la Cour européenne des brevets (Protocole facultatif à la Convention de délivrance du brevet européen – voir : B. Boval, « La protection des inventions en Europe : le contentieux des brevets d'invention en Europe, remarques d'un juge français sur les projets d'avenir concernant le contentieux des brevets en Europe », *Colloque du 30<sup>e</sup> anniversaire du Centre Paul Rouvier*, Lyon 10 et 11 mai 2000) et le brevet communautaire (et son tribunal communautaire de propriété industrielle), l'arbitre restera le juge naturel unique des contentieux multi-étatiques en matière de brevet, notamment du fait de sa capacité à délivrer des sentences de non-opposition valant convention de non-opposition en cas de fort doute sur la validité d'un ou de plusieurs titres. Cette opinion motivée, se fonde pourtant bien sur l'idée que « la faveur des États pour ce mode de règlement des litiges les incite à adopter une position assez libérale concernant la validité de ce droit », appréciation qui n'est que relative, ne vaut que pour l'Espace européen et pour les seuls brevets.

144 Par ex., G. Bonet et C. Jarrosson : « L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle », in *Arbitrage et propriété intellectuelle*, colloque IRPI 1994, Litec, p. 61 et s. ; A. Françon : « L'arbitrage en matière de brevets et la jurisprudence », *Rev. arb.* 1975, p. 143 et s. ; A. Chavanne : « Arbitrage, propriété industrielle et ordre public », *Mélanges dédiés à J. Vincent*, 1981, p. 51 et s. ; B. Oppetit, « L'arbitrage en matière de brevets d'invention après la loi du 13 juillet 1978 » *Rev. arb.* 1979, p. 83 et s.

145 La majeure partie des arbitrages qui touchent à la PI ne sont pas réellement des arbitrages de PI : ainsi, un contentieux de licence de brevet ne devient « de PI » que lorsque le licencié conteste la validité du brevet pour se soustraire au paiement de la redevance, car alors l'arbitre peut – et parfois doit comme c'est le droit américain – se prononcer sur la validité du brevet ; il tranche alors une question sur l'objet du droit de PI.

Recherchons d'abord la conciliation dans le droit de l'arbitrage, qui dit s'y connaître : la Convention de New York fait allusion à l'arbitrabilité en engageant les États adhérents à reconnaître les conventions d'arbitrage sur des matières « *capable of arbitration* »<sup>146</sup> ou réservant, au stade de l'exequatur, les hypothèses de l'art. V (2)<sup>147</sup> : mais rien n'y définit l'arbitrabilité *per se*.<sup>148</sup> Même silence<sup>149</sup> de la Convention européenne de 1961 : la définition de l'arbitrabilité est donc renvoyée aux lois nationales. Annonçant un possible et redoutable conflit : celui de la diversité des règles matérielles. Quelles lois alors retenir ?

La loi des arbitres ? En tant que nationaux ils sont soumis à une loi (par ex. art 177 DIP suisse<sup>150</sup>) ; mais on objectera que l'arbitre international n'a pas de *for* sauf au contact d'une loi s'appliquant à lui et contenant une règle matérielle d'application directe.

La *lex causae* ? Mais le paradoxe serait de permettre aux parties de choisir la loi nationale sous laquelle le litige deviendrait arbitral ?

La *loi du pays d'exécution* de la sentence ? Il y a certes un devoir de l'arbitre de rechercher une solution empreinte d'assez de juridicité pour qu'elle puisse être exécutée dans le(s) pays où elle a vocation à devoir sortir ses effets, mais l'art. 35 ICC rules ne constitue qu'une recommandation déontologique<sup>151</sup> ?

Lorsque la question est soulevée devant un tribunal pour justifier la compétence arbitrale (= l'incompétence de ce tribunal), la réponse est dans la *loi du for*.<sup>152</sup>

Sous réserve des deux hypothèses de *lex loci protectionis* importantes traitées par l'article 8 de Rome II<sup>153</sup> pour ce qui est des situations inscrites dans l'Union européenne, quatre options possibles selon la loi qui sera choisie, c'est

146 art II (1).

147 « La reconnaissance et l'exécution de la sentence pourront être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate (a) que d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ou (b) que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays ».

148 Comme c'était le cas dans le Protocole de Genève de 1923 (art. 1) ou la Convention de Genève de 1927 (art. 1 § 2 alinéa b) ; comme c'est encore le cas dans la loi modèle CNUDCI (art. 34 § 2).

149 Lequel n'est pas une lacune.

150 « Toute cause patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage ».

151 Opinion très suivie en doctrine : Poulet p. 285 ; Blessing, Hanotiau, etc.

152 Opinion majoritaire pour la compétence de la loi du for, s'appuyant sur la Convention de New York en phase de déclinatoire de compétence : Radicati di Brozo, *op. cit.* à la note 95, p. 301, opinion moins évidente au stade de l'exequatur dit-il ; Cass. italienne *COGECO v. Piersanti*, YCA 1981, p. 229, Italy 37 ; Tribunal de 1<sup>re</sup> instance de Bologne, YCA 1992, p. 534 ; CA Genève YCA 1992, p. 542, Italy 113 ; *Mitsubishi v. Soler* : la Cour suprême apprécie la compétence au regard de la loi américaine antitrust, alors que le lieu d'arbitrage était le Japon et que la loi choisie était suisse.

153 1°) la loi du pays de protection régit impérativement les obligations non contractuelles résultant d'une atteinte à un droit de propriété industrielle et 2°) toute atteinte à un droit de propriété intellectuelle communautaire à caractère unitaire non réglé par le régime communautaire du titre est régie par la loi du pays où il a été porté atteinte à ce titre.

donc beaucoup trop pour un arbitre qui cherche avant tout à dire le droit parce qu'on le lui demande plutôt que de trouver dans des lois les raisons de ne pas rendre le service dont il a accepté d'être chargé et que la loi lui commande de rendre : admettre *prima facie* l'inarbitrabilité revient à contester la compétence des arbitres et empêcher la constitution du tribunal arbitral ; ainsi à priver le litige de sa solution voulue au moins initialement par les parties à la clause d'arbitrage ou compromissoire<sup>154</sup> ; et puis c'est donner une réponse en reconnaissant que l'on est sans droit à la dire. Une fois le tribunal arbitral constitué, le contenu même de la solution dépend des pouvoirs des arbitres, c'est-à-dire encore des limites d'arbitrabilité du litige<sup>155</sup> ;

Il faut donc choisir d'aller à la confrontation.

Et pour résoudre la question des conflits de loi en matière d'arbitrabilité de propriété industrielle, Ph. Fouchard a montré<sup>156</sup> que l'application de la règle (matérielle) posée à l'article V § 2 de la Convention de New York<sup>157</sup> aboutit, s'agissant de la méthode des conflits de lois, à l'application cumulative des lois (i) de l'arbitrage (déterminée comme loi d'autonomie ou, subsidiairement, comme loi du siège de l'arbitrage, chacune tenant compte de la loi de police organisant le droit de PI ou le transfert de ce droit contesté), et (ii) de l'exequatur (qui est en principe – mais pas toujours – la même que la loi de police retenue dans la loi de l'arbitrage)<sup>158</sup>. Il n'y a donc pas de loi nationale

154 On sait qu'en France, en application de l'art. 1444 du NCPC, le président du TGI a compétence pour trancher les difficultés de constitution d'un tribunal arbitral (« si, le litige né, la constitution du tribunal se heurte à une difficulté du fait de l'une ou de l'autre des parties ou dans la mise en œuvre des modalités de désignation, le président du Tribunal de grande instance (saisi en la forme des référés, donc pouvant rejeter la demande s'il estime manifeste la nullité de la convention d'arbitrage) désigne le ou les arbitres » ; il peut donc être amené à trancher les exceptions dilatoires fondées sur l'inarbitrabilité du litige, et renvoyer aux arbitres le soin de les trancher lui-même, en application de l'art. 1466 du même code, reconnaissant le principe *Kompetenz-Kompetenz* selon lequel « si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture ». En présence d'une exception dilatoire sérieuse, le président du TGI pourrait surseoir à statuer en invitant les parties, ensemble ou séparément, à saisir la juridiction judiciaire : si elle(s) passe(nt) outre, c'est que l'exception est purement dilatoire (voir M. Pluyette, colloque IRPI 1994, p. 114).

155 Ici, la solution peut être, pour le tribunal, d'instruire le litige malgré l'exception dilatoire, et de rendre une sentence partielle ou préliminaire permettant un recours judiciaire en annulation (sans effet suspensif d'ailleurs sur la solution du litige).

156 En critiquant une sentence CCI de 1972 : Ph. Fouchard, « Les conflits de lois en matière d'arbitrabilité des litiges de propriété intellectuelle », *Rev. arb.*, 1977, p. 639.

157 « la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate : a) que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ; ou b) que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays ».

158 Concrètement, les arbitres à Zürich d'un litige portant entre une partie italienne et une partie suisse sur le transfert d'une marque italienne ne devraient pas appliquer la loi suisse (*lex arbitri*) mais la loi d'autonomie et tenir compte des dispositions de police de la loi italienne, de sorte que la sentence puisse avoir un effet utile sur le litige, le meilleur effet utile étant lui-même son exécution spontanée par les parties ; Ph. Fouchard critique l'application de la seule

compétente *stricto sensu*, constat qui renvoie au bien fondé de la méthode transnationale<sup>159</sup>.

12- D'où la question du *domaine de la compétence* des arbitres, analysée en arbitrage interne, au regard du critère des compétences juridictionnelles exclusives (le TGI en France notamment, pour les marques et brevets). On disait : puisque la loi réserve à tel tribunal la compétence « exclusive » de connaître tel DPI, c'est que l'arbitre<sup>160</sup> ne doit pas en connaître. Écartons cet obstacle en matière d'arbitrage international où il n'est pas de mise<sup>161</sup> puisqu'il conduirait presque inéluctablement à une incompétence des arbitres, au profit de plusieurs juridictions nationales à compétence exclusives... concurrentes.

Quant au *domaine des pouvoirs* des arbitres : dans la conception française, on s'accorde à voir une limite certaine des pouvoirs de l'arbitre à valider ou invalider un titre délivré par une autorité publique compétente ; de même pour valider ou invalider un transfert de droits opposable aux tiers ; par contre, l'espace contractuel – tout l'espace contractuel – resterait ouvert à l'arbitrage. Mais il y a ici une considération transverse : selon les *finalités (d'intérêt général)* des lois nationales concernées de PI (soit qu'elles visent à édicter des monopoles de protection et d'encouragement des inventeurs, considérés comme « parties faibles », soit à promouvoir l'autonomie économique du pays ou lui permettre de poursuivre certains objectifs sociaux, culturels ou scientifiques), l'arbitre identifiera des zones différentes de confiance en ses propres pouvoirs. De ce point de vue, l'arbitre participe à l'émergence et à la clarification d'un « droit du développement en formation », « au-delà des subtilités du conflit des lois en matière d'arbitrabilité »<sup>162</sup>. C'est en cela, assurément, qu'il est déjà juge.

### 2.1.2 - le constat de systèmes nationaux effectivement en présence

loi suisse par la CCI au motif qu'elle est celle du lieu de l'arbitrage, donc celle des arbitres, sans considération par eux du lieu d'exécution de la sentence. S'il s'était agi d'une cession de marque à la fois italienne et française, la CCI aurait également, selon nous, dû tenir compte des lois françaises et italiennes, compétentes chacune de façon additionnelle pour exécuter le transfert.

159 Pour F. Perret, *Mélanges Reymond*, p. 237 et J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zurich, 2002, note 332, p. 301, c'est à la loi du siège de l'arbitrage seule qu'il faut se référer pour déterminer le critère d'arbitrabilité : ainsi, dit F. Perret « si cette loi adopte le critère de libre disposition des droits, l'arbitre devra déterminer quelle est la loi applicable au concept de libre disponibilité, ce qui l'oblige à une analyse conflictuelle préalable », c'est-à-dire la *lex causae* régissant chacun des droits litigieux de façon distributive s'il y a plusieurs titres de propriété industrielle de nationalité différente. Ainsi, un arbitre siégeant en Belgique pourra se prononcer sur la validité d'un brevet suisse mais pas d'un brevet français.

160 Comme tout autre juge, par exemple le Tribunal correctionnel qui n'a pas le pouvoir d'annuler un brevet ou une marque.

161 Aux USA, la Cour suprême a traité différemment une règle de compétence selon qu'elle est exclusive ou impérative : affaire *Sehrk v. Alberto Culver* du 17 juin 1974 pour la compétence de la SEC.

162 Ph. Fouchard, *ibid.*

Il n'est pas qu'en France que la compétence de l'arbitrage a été déniée dans le domaine de la propriété intellectuelle, quelle que soit la diversité historique et juridique rencontrée. Utilisés de façon diverse ou fluctuante, les critères justifiant, sur des fondements également divers, cette exclusion du droit commun de l'arbitrage recourent à l'idée d'ordre public, de libre disposition des droits, de l'objet même du droit de propriété industrielle en litige, du caractère possiblement dilatoire de la défense, etc. Cette *aversion raisonnée* du droit de la propriété industrielle à l'arbitrabilité de tous ses litiges porte question.

### 2.1.3 - le droit français <sup>163</sup> :

13- L'article 34 de la loi du 5 juillet 1844 place sous la compétence des tribunaux civils de premières instances le contentieux des déchéances et nullités de brevets, alors disséminées sous la loi de 1791. Il rend *communicable au Ministère public* de nombreux points des litiges en matière de brevet alors que l'article 1004 du Code de procédure civile interdit l'arbitrage chaque fois que cette communication est possible, ce qui est alors le cas de toutes les contestations « qui concernent l'ordre public »<sup>164</sup>. Ce régime « à part » des brevets<sup>165</sup> durera 150 ans puisque les lois des 31 décembre 1964 (marques) et 2 janvier 1968 instituent une compétence exclusive du tribunal de grande instance en matière de marques, puis de brevets<sup>166</sup>, et que la loi du 5 juillet 1972<sup>167</sup> instaure l'article 2059 lequel rappelle que l'on ne peut transiger que sur des *droits librement disponibles...* et malheureusement écrit l'article 2060 du Code civil selon lequel le recours à l'arbitrage est exclu « dans toutes les *matières qui intéressent l'ordre public* »<sup>168</sup>, terminologie que l'on a dit redondante et/ou confuse.

Le droit de la propriété industrielle renvoie enfin au droit commun grâce aux lois des 13 juillet 1978<sup>169</sup> (marques) et 4 janvier 1999<sup>170</sup> (brevets) qui

163 P. Level : « L'arbitrabilité », *Rev. arb.*, 1992, p. 214 et s.

164 Ancien art. 83 du Code de procédure civile.

165 Les marques, elles, ne relevaient pas d'une compétence d'ordre public puisque l'article 16 de la loi de 1857 ne tenait pas pour communicables la question de la propriété des marques d'une part et la revendication de propriété d'une marque (à l'époque acquise le plus souvent par le seul usage) n'avait qu'en effet relatif (Cass. 15 déc. 1919, *Ann.*, 1920, 242) d'autre part. En matière de marques, pour interdire l'arbitrage, il fallait donc se placer sur le terrain de l'arbitrage et dire que l'arbitrage n'était possible qu'en matière commerciale, c'est-à-dire relevant du tribunal de commerce en application de l'art. 631 du Code de commerce, ce qui n'était pas le cas des affaires de contrefaçon relevant du seul tribunal civil si l'une des parties (celle arguée de contrefaçon) s'opposait à la prorogation conventionnelle de compétence commerciale. Il n'y avait donc pas exclusion nécessaire de la compétence du tribunal de commerce. Pour autant, la contrefaçon de marque n'était pas considérée arbitrale : CA Paris 12 juin 1961 *Lancôme c/ d'Ornano*, *Ann.* 1963, 87 note Robert.

166 L'actuel art. L. 615-17 Code de la propriété intellectuelle.

167 Principalement occupée à créer l'institution du juge de l'exécution.

168 Formule « obscure entre toutes » selon Bonet et Jarrosson, *op. cit.* à la note 138.

169 art. L. 716-4 Code de la propriété industrielle.

prévoient que les règles de compétence qu'elles posent « ne font pas obstacle au recours à l'arbitrage, dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du Code civil<sup>171</sup> ». Depuis, l'article 135 de la loi dite LME du 4 août 2008 modifie l'article L. 331-1 du Code de la propriété industrielle, probablement de façon interprétative de la loi sur la contrefaçon du 29 octobre 2007, pour confier l'ensemble du contentieux judiciaire du droit d'auteur, y compris des artistes-interprètes salariés<sup>172</sup>, à la compétence exclusive du Tribunal de grande instance ; la même loi précise la même compétence exclusive en matière de marques, dessins et modèles et indications géographiques.

Cette évolution des règles de compétence des tribunaux n'a valu qu'en matière d'arbitrage interne tant que le régime français de l'arbitrage international n'avait pas encore reconnu son critère exclusivement matériel (« l'ordre public international »<sup>173</sup>) à partir de la théorie de l'autonomie de la clause compromissoire<sup>174</sup> qui s'applique à toutes situations même sans lien avec la France, et évince ainsi les articles 2059 et 2060 du Code civil.

14- Avec le célèbre arrêt *Tissot*<sup>175</sup>, l'on apprend que ce n'est pas parce qu'une disposition d'ordre public « entretient un rapport avec le litige » que celui-ci devient inarbitrable : il a d'ailleurs toujours été admis que l'on peut, même sur les matières d'ordre public, compromettre sur les intérêts privés<sup>176</sup>. « *Si l'article 2060 est obscur, l'article 2059, lui est clair* : pour arbitrer, il faut pouvoir disposer ; ce seul texte aurait dû se suffire à lui seul »<sup>177</sup>. À quoi il faut

170 art L. 615-17 Code de la propriété industrielle.

171 art. 2059 : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition » ; art. 2060 : « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps et sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement sur toutes les matières qui intéressent l'ordre public ».

172 Mettant ainsi fin à la compétence du conseil des prud'hommes chaque fois qu'un litige survient entre employeur et salarié sur le droit d'auteur : Cass. soc 21 mai 2008, *JCP S* 2008, 1428 note G. Blanc-Joulan.

173 J.-B. Racine, *L'Arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDL, 1999 ; Homayoon Arfazadeh, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, LGDJ, 2006.

174 D'où résulte la compétence de l'arbitre à décider sur sa propre compétence ; principe général du droit de l'arbitrage international, auquel le droit anglais a fini par céder avec l'Arbitration Act de 1996, bien que la High court of England and Wales ait résisté (*Fiona trust and Holdings Corporation and Others v. Yuri Privalov and Others*, [2006] EWHC 2583 (Comm), cassé par House of Lords 17 oct. 2007 [2007] UKHL 40).

175 Cass. civ., 28 nov. 1950 : *D.* 1951, p. 170 ; *S.* 1951, p. 120 note J. Robert ; *RTD civ.* 1951, p. 106, obs. P. Hébraud et P. Raynaud.

176 Par ex., transiger sur la liquidation d'une société ayant eu la contrebande pour objet : Cass. req. 11 juin 1807, *Jur. gén.* n° 326 et 484.

177 G. Bonet et C. Jarrosson, « Arbitrage et propriétés intellectuelles », *op. cit.* à la note 143 ; B. Oppetit, « Arbitrage et propriété intellectuelle », *op. cit.* à la note 143 p. 83 ; P. Level : *Rev. arb.* 1992, p. 213 et s.

ajouter que l'ancien article 2060 a failli être inséré en article 6-1 du Code civil<sup>178</sup>.

Toute la question est de savoir *si les droits litigieux sont ou non disponibles*, car alors ils sont ou ne sont pas arbitrables. La jurisprudence sur la « disposition » des droits litigieux en droit de la concurrence<sup>179</sup> montre que, dans la limite de l'interdiction qui lui est faite de réviser la sentence au fond<sup>180</sup>, l'arbitre doit évidemment appliquer les lois d'ordre public et refuser l'argument dilatoire, qu'il soit soulevé à titre incident ou même principal<sup>181</sup>. Depuis *Ganz* et *Labinal*, l'étrangeté du raisonnement conduisant à ne reconnaître l'arbitre comme compétent qu'après qu'il ait examiné le litige et conclu que l'ordre public a bien été respecté (donc se déclarer incompétent s'il conclu à une violation de l'ordre public) est écarté<sup>182</sup> : ce qui compte en matière de

178 art 6 : « On ne peut par des conventions particulières déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », c'est-à-dire qui, comme le rappellent G. Bonnet et C. Jarrosson, « sont » d'ordre public.

179 Cass. com., 21 oct. 1981 : *Rev. arb.* 1992, p. 264 et s., note Blaise ; Paris 20 janv. 1989, p. 280, 2<sup>e</sup> espèce, note L. Idot. ; Voir R. Kovar : « Droit communautaire de la concurrence et arbitrage », *Études offertes à Berthold Goldmann*, Paris, Litec, 1982, p. 110 et s. ; W. Abdelgawad, « Arbitrage et droit de la concurrence. Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé », *Rev. arb.*, 2001, 648 et LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 346, 2001 ; G. Blanke, « The Transformation of International Arbitration and the Emergence of the Supranational Arbitrator : Lesson from EC Merger Control », *Int. Arb. Law Review*, 2005, p. 211 et s. ; Kovar, « L'arbitrage dans les décisions de la Commission des Communautés européennes en matière de contrôle des concentrations : un arbitrage sous contrôle », *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Gross*, à paraître (2009) ; L. Idot, « La place de l'arbitrage dans la résolution des litiges en droit de la concurrence », *D*, 2007, chron, 2681.

180 E. Loquin, *L'Arbitrage commercial international et la prise en compte des intérêts des États en matière de droit de la concurrence, Mondialisation et droit de la concurrence*, W. Abdelgawad (dir.), Actes du colloque des 14 et 15 juin 2007, Dijon, Litec, 2008.

181 Paris, 1<sup>re</sup> ch., 19 mai 1993 *Labinal/Mors et Westland*, *Rev. arb.* 1993, p. 645, note Jarrosson ; *JDI* (Clunet) 1993, p. 957, note L. Idot ; *RTD com.*, p. 494, obs. E. Loquin ; l'arrêt dit « l'arbitre apprécie sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige [ici l'ordre public international] et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles qui en relèvent ainsi que d'en sanctionner la méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation » ; Paris *Applix c/ Velcro* 14 oct. 1993, *Rev. arb.*, 1994, p. 164, note Jarrosson.

182 Paris 29 mars 1991 *Ganz* (contrat entre l'État hongrois et la Société nationale des chemins de fer tunisien, par les sociétés Ganz, de matériels ferroviaires : en jeu, la question de l'opposabilité de la scission de Ganz en 7 sociétés, donc solidaires ou non ; la Cour dit que non seulement l'arbitre doit appliquer les règles d'ordre public mais surtout qu'il a le pouvoir de les sanctionner, en l'espèce attribuer des dommages-intérêts découlant d'actes de fraude ou de spoliation), *Rev. arb.*, 1991, p. 478, note L. Idot (« comme la réserve d'ordre public n'existe plus, la formule de la Cour d'appel de Paris est suffisamment générale pour qu'on estime clos le débat sur l'arbitrabilité de la plupart des litiges... En dehors des droits de propriété industrielle et des procédures collectives qui posent des problèmes tout à fait spécifiques »), dans la suite de l'arrêt *Matra*, 28 avril 1988, *Rev. arb.*, 1989, p. 272 note L. Idot (non-annulation d'une condamnation à dommages-intérêts d'une partie à une entente prohibée par le droit de la concurrence dès lors que la sentence n'est pas en elle-même contraire à l'ordre public), lui-même en rupture avec la jurisprudence antérieure, contraire à l'arbitrabilité : Paris 28 avril 1981, *Rev. arb.*, 1982, p. 264 note J.-B. Blaise.

droit de la concurrence n'est pas que les parties se soient entendues, mais que l'arbitrage, procéda-t-il de cette entente ou soit-il préconisé par la Commission elle-même, cette seconde hypothèse de plus en plus fréquente réalisant « un arbitrage au service d'un intérêt d'ordre public<sup>183</sup> », reste sous contrôle de concurrence<sup>184</sup>.

On s'accordera donc en général sur une interprétation restrictive et uniforme de l'inarbitrabilité<sup>185</sup>, puisqu'il ne subsiste plus que quelques îlots d'inarbitrabilité au milieu d'un océan d'arbitrabilité.

15 – Cette conclusion vaut-elle aussi bien en matière de droit de propriété intellectuelle ? Ici, « rien n'empêche » les mêmes règles<sup>186</sup>, une fois écarté le « lien contestable [entre] attribution légale de compétence et exclusion de l'arbitrage »<sup>187</sup> c'est-à-dire l'argument circulaire sur la « compétence exclusive » du TGI<sup>188</sup>, et même avant que les lois de 1978 et 1999 viennent le dire expressément<sup>189</sup>. Il existe en effet au moins trois raisons, d'inégale valeur, pour retirer le contentieux de la validité à l'arbitrage<sup>190</sup> que sont (i) l'atteinte que porterait l'arbitre au fonctionnement du service public en charge de délivrer les titres de PI (mais c'est au droit de propriété du titulaire que l'on porte atteinte), (ii) l'atteinte par la sentence à l'ordre public (mais l'arbitre a le devoir d'appliquer les règles d'ordre public, donc pourquoi la sentence y serait-elle nécessairement contraire ?) et (iii) l'atteinte à l'effet *erga omnes* attaché au droit de PI s'il venait à être annulé : l'arbitre rendrait le droit indisponible, donc inarbitrable : c'est le seul argument emportant peut-être la conviction<sup>191</sup>. Cet argument se présente lui-même sous deux facettes : la première invoque l'effet *erga omnes* du titre délivré par une autorité publique face à l'autorité

183 Robert Kovar, *op. cit.* à la note 179.

184 Sur le recours par la Commission à l'arbitrage des parties dans le cadre des mesures d'exécution des décisions de contrôle des concentrations : Kovar, *op. cit.* à la note 180 ; L. Idot, « Une innovation surprenante : l'introduction de l'arbitrage dans le contrôle communautaire des concentrations », *Rev. arb.*, 2000, n° 4, p. 592 et s.

185 M. Lehman, « A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice ? » *Colum. J. Transnational Law*, 2004, p. 753.

186 G. Bonet et C. Jarrosson, *op. cit.* à la note 144.

187 P. Ancel, J.-CL Procédure, Convention d'arbitrage, arbitrabilité, V° Arbitrage, fasc. 1024.

188 L'arrêt de Paris du 6 nov. 1971 : *D.* 1072, 1,342 note Robert, *Rev. arb.*, 1975, p. 163 note Françon fut cassé par Cass. com 16 oct. 1973 : *JCP* 1974, IV, 1972 obs J.A ; *D.* 1974, com 1974, p. 270 obs. Chavanne et Azéma ; pour le droit d'auteur : Cass.1<sup>re</sup> civ., 19 fév. 1975, *D.* 1975, J, 534 note H. Desbois, *JCP*, 1975, II, 18163 note A. Françon pour lequel « les droits d'auteur ne relèvent pas, de nature, de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaires ».

189 Pour un litige portant sur la validité d'une licence de brevet : TGI Paris, 2 juil. 1997 : *PIBD* 1987, III, p. 384 ; Paris, 15 juin 1981 : *Rev. arb.*, 1983, p. 89, note A. Françon ; Paris 3 fév. 1992 : *PIBD* 1992, III, p. 359 ; *TRD com.* 1993, p. 293, obs. Loquin et Dubarry qui note que « le litige ne portant pas sur la validité du brevet mais sur l'exécution d'un contrat de licence ».

190 A. C. Chiany-Dandet, *Arbitrabilité et objet du litige*, Litec 2006, p. 344 et s.

191 Mais partiellement, puisque l'arbitre pourrait aussi conclure à la validité du titre... Ce que l'on ne saura qu'avec la sentence dont on voudrait pourtant le priver de la compétence de rendre.

simplement relative de l'arbitrage (convention et sentence) donc congénitalement trop faible pour émettre toute prise de position sur le titre, l'organisation de la délivrance du titre concernant au surplus « l'intérêt général dont l'arbitre n'est pas le gardien »<sup>192</sup> ; la seconde voit dans la loi du 13 juillet 1978 ajoutant à celle de 1968 un article 50bis selon lequel « la décision d'annulation d'un brevet d'invention a un effet absolu sous réserve de la tierce opposition » la circonstance qui « désormais coupe court à toute discussion : le caractère d'ordre public de la question du brevet n'étant plus contestable car on ne concevrait pas qu'un juge privé puisse prendre une décision susceptible de porter atteinte aux droits des tiers »<sup>193</sup>.

On acceptera donc quant à nous déjà l'idée d'une sentence décidant une *nullité inter partes* du brevet ou une nullité *erga omnes* dont les effets seraient limités à ne pas nuire aux droits des tiers, observant que ces restrictions ne s'imposent pas à l'évidence pour les autres droits de propriété industriels dont (i) nombre existent sans être attribués par une autorité publique ou (ii) ne nécessitent aucune formalité publique (droit d'auteur, protection des logiciels...) <sup>194</sup>. Au surplus, on observera qu'il est paradoxal d'interdire de dire un droit entre deux parties au motif qu'il serait susceptible de nuire à un tiers qui, de toute façon, tiendra la décision pour *res inter alios*, s'il le souhaite, ce qui est la situation générale de tous les contrats, y compris de ventes immobilières, réalisées *solo consensu*.

S'il est vrai qu'en France, le caractère interne ou international de l'arbitrage en matière de PI<sup>195</sup> n'a pas d'incidence sur son arbitrabilité<sup>196</sup>, par contre l'influence du droit international restera à considérer sur la situation locale du droit de PI concerné : car il est possible que, dans un marché mondial, le fait pour l'arbitre de ne pouvoir décider de l'annulation *inter partes* d'un brevet crée pour l'une des parties un désavantage économique, alors même que la solution inverse existerait sous le droit d'un autre pays ou serait déjà prise en compte dans l'objet du même litige.

192 G. Bonet et C. Jarrosson, *op. cit.* à la note 144.

193 B. Oppetit, « L'arbitrage en matière de brevets d'invention après la loi du 13 juillet 1978 », *Rev. arb.*, 1979, p. 90, qui réfute par ailleurs l'argument de compétence judiciaire exclusive.

194 Quant aux brevets, la loi de 1844 ne prévoyait qu'un examen formel de la demande et celle de 1857 sur les marques, qui a prévalu jusqu'en 1965, admettait la naissance du droit par l'usage concurremment au dépôt ; la loi actuelle sur les brevets prévoit bien une recherche documentaire préalable au dépôt et à la délivrance du titre, mais dont les révélations d'antériorité ne les conditionnent pas.

195 Alors que la jurisprudence *Ganz* puis *Labinal* portent que « en matière internationale, l'arbitre apprécie sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles qui ne relèvent ainsi que d'en sanctionner la méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge ».

196 B. Oppetit, *op. cit.* à la note 143, p. 94 ; M. Vivant, *Juge et loi du brevet*, Litec, coll. CEIPI, 1967, note 131, n° 160, p. 143.

16 – En matière de brevets, l'État délivre le titre – d'ailleurs au déposant et non à l'inventeur – dont les parties peuvent disposer, ce qu'ils peuvent moins que de l'invention elle-même.

L'arbitrabilité semble permise tant qu'elle n'a « pas de retentissement sur le droit des tiers »<sup>197</sup>. Ch Jarrosson a démontré<sup>198</sup> que l'arbitre ne pouvait pas se prononcer sur une qualité d'un acte opposable *erga omnes* puisque celle-ci est permanente et ne peut varier en fonction de la personne à qui l'on oppose un acte de sorte que l'appréciation de validité du titre ou du droit de propriété intellectuelle serait inarbitrable par nature du fait du caractère nécessairement *erga omnes* qui serait ainsi attribué à la sentence qui ne procède cependant que d'un contrat ; à l'inverse, *l'efficacité de l'acte* est une notion relative, capable d'être arbitrée. Selon donc que le litige porte sur une solution à effet *erga omnes* ou *inter partes*, il ne serait pas ou serait arbitrable<sup>199</sup>.

On retient alors comme arbitrables les litiges sur (i) l'exploitation et de façon générale les litiges contractuels en matière de brevet<sup>200</sup>, (ii) la validité (sur question incidente), pourvu que la sentence aménage son inopposabilité aux tiers<sup>201</sup>, solution qui traduit autant le fort besoin économique de rendre arbitrable tout le contentieux des brevets qu'une motivation juridique aléatoire<sup>202</sup>, (iii) la propriété, la copropriété, la paternité de l'invention<sup>203</sup>, (iv) les

197 J.-M. Mousseron, *Traité des brevets*, Litec, 1984, p. 110, favorable à l'arbitrabilité en droit interne des litiges concernant la contrefaçon ; dans le même sens : P. Véron, *Dossiers Brevets*, 1994.I ; voir aussi : Goutal, « Arbitrage et propriété incorporelle », *Gaz. Pal.* 1997, doct. p. 28.

198 *Rev. arb.*, 1994, p. 523 note sous l'arrêt Paris 24 mars 1994 *Société Deko c/ G. Dingler*.

199 En suivant cette thèse, l'arbitrage d'un droit de propriété foncier entre deux voisins ne serait pas plus arbitrable... dès lors que l'État tient un livre foncier.

200 CA Douai, 9 mars 1962, *Rev. arb.*, 1962, p. 51 ; Paris 24 mars 1994, *Deko c/ G. Dingler* : *JCP E* 1995, I, 471 obs. J.-J. Burst et J.-M. Mousseron ; *Rev. arb.*, 1994, p. 515 note Ch. Jarrosson ; J.-M. Mousseron et J. Schmidt-Swalewski, *D.* 1996, I, 21 Les litiges portant sur des contrats relatifs à l'exploitation de brevets, qu'il s'agisse d'interprétation ou d'exécution du contrat, sont arbitrables ; Versailles 24 fév. 1994, *PIBD* 1994, III, 473, *RTD com.* 1995 p. 416 ; *Rev. arb.*, 2008, p. 712 note T. Azzi.

201 Paris 1<sup>re</sup> ch. Civ., 28 fév. 2008 *Liv Hydralivka DOO v/ SA Diebolt* : *JCP E*, 2008, 1325 note Caron ; *JCP G.I.164* § 6 obs. J. Béguin ; *D.* 2008, 2088, note Meese ; *Comm et com électronique* n° 6, comm. 75 note Ch. Caron ; *LPA* 3 oct. 2008, n° 199, p. 3 note V-L Benabou : « l'invalidité éventuellement constatée n'a, pas plus que s'il s'agissait de la décision d'un juge, d'autorité de la chose jugée car elle ne figure notamment pas au dispositif et n'a d'effet qu'entre les parties, les tiers pouvant toujours demander la nullité du brevet pour les mêmes causes », cette absence de mention au dispositif évite en effet de prendre de front les articles L. 613-25 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que la nullité du brevet est prononcée « par décision de justice » et L. 613-27 disposant que « la décision d'annulation d'un brevet d'invention a un effet absolu » et doit être notifiée à l'INPI pour mention au registre ; *contra* : sentence CCI n° 6709, juin 1991 : *PIBD* 1993, n° 541, p. 230 ; *JDI* (Clunet) 1992, p. 998 et s., note DH.

202 La distinction du principal et de l'incident, le constat que l'invalidité du brevet figure dans les motifs et non dans le dispositif, l'absence d'effet explicite sur les droits des tiers. En réalité, ou bien l'on considère qu'il y a une interdiction légale à l'arbitrabilité du brevet (mais où la trouver ?) ou bien l'on se range à l'arbitrabilité, à l'instar de tout le mouvement interne et

questions touchant à la propriété des brevets (avec une nuance en ce qui concerne l'arbitrage des inventions de salariés en application d'une clause compromissaire convenue et/ou mise en œuvre pendant le contrat de travail) mais non (v) les *licences imposées* (licence obligatoire en cas de défaut ou insuffisance d'exploitation et licences de dépendance), (vi) les *licences d'office* dans l'intérêt de la santé publique, de l'économie nationale ou de la défense nationale<sup>204</sup> et (vii) l'étendue de la protection, qui figure au libellé du titre de PI<sup>205</sup>.

Un grand arbitre a pu écrire, il y a plus de vingt ans toutefois, que ce que le droit interne retient comme inarbitrable en matière de brevet devrait l'être en arbitrage international, au nom de l'ordre public international<sup>206</sup>.

En matière de marques : le raisonnement est homothétique ; et les mêmes principes conduiraient à exclure le contentieux de la validité, de la déchéance pour insuffisance d'exploitation et la contrefaçon.

En matière d'obtentions végétales, la jurisprudence a refusé d'admettre l'arbitrabilité<sup>207</sup> : saisis d'un contentieux sur la titularité, l'étendue des droits et prérogatives attachés à la cession de certificats d'obtention végétale et du matériel génétique cédé, les arbitres avaient tenu le raisonnement analogique avec les brevets (art. L. 615-17 du Code de la propriété intellectuelle) de dire que le litige était arbitral ; cassation car l'article L. 623-31 du même code, applicable aux obtentions végétales constituaient une compétence d'attribution, comme telle d'ordre public. Le litige ne portait pas sur une licence.

En matière de dessins et modèle, tout paraît arbitral dans les limites de l'autonomie de volonté<sup>208</sup> permise par la théorie de l'Unité de l'art<sup>209</sup>. qui accorde le droit d'auteur à toutes les créations esthétiques industrielles quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination<sup>210</sup> et dès lors que les formes concernées ne sont pas indissociables d'une invention brevetable<sup>211</sup>. Essentiellement, ces limites touchent donc au principe de la

---

international décrit ici, l'effet prétendu de l'invalidation du brevet à l'égard des tiers ne pouvant au demeurant être plus ample que celui, essentiellement relatif, de la sentence.

203 Paris 31 oct. 2001 *Stein Heurtey c/ Nippon Steel Corp* : *Jurisdata* n° 2001-159321 ; *Prop. Indust.* 2002, comm. 76, note J. Raynard.

204 Les licences d'office ayant un régime non judiciaire mais administratif.

205 Au colloque IRPI de 1994, M. Combaldieu a rappelé la pratique courante de l'administration, en matière de marques, d'entériner les accords intervenus entre les parties sur les conflits de dépôts ; il y a là un effet *erga omnes*, mais en quelque sorte inhérent à la confection du titre lui-même par l'autorité publique.

206 Y. Derains, « Arbitrage et brevets d'invention », *Dr. prat. com. int.*, 1975, p. 91.

207 Cass. com 1<sup>er</sup> fév. 2001 n° 98-19.158 FS, *Morruzzi Ghione c/Beck Pekmez*, *Ann. PI.*, 2001, p. 43, note DS (approbative) ; *Jurisdata* n° 2001-008182 ; *Prop. ind.*, note J. Schmidt-Szalewski.

208 M.-A. Perot-Morel, « Les limites de la volonté dans les contrats relatifs aux dessins et modèles industriels, Propriétés intellectuelles », *Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 337 et s.

209 art. L. 112-1 Code de la propriété intellectuelle.

210 À la différence du droit allemand ou espagnol.

211 art. L. 511.3 Code de la propriété intellectuelle.

rémunération proportionnelle aux recettes générées par le dessin ou le modèle et au droit moral de l'auteur.

En matière de droits d'auteur et de droits voisins<sup>212</sup> : on a remarqué que la matière était ouverte à la médiation<sup>213</sup>, et que l'article L. 331-1 du Code de la propriété intellectuelle<sup>214</sup> indiquant que « toutes les contestations relatives à l'application de la première partie (*i.e.* à la propriété littéraire et artistique) qui relèvent de l'ordre judiciaire, sont portées devant les tribunaux civils » a été aisément interprété comme signifiant que « les droits d'auteur ne relèvent pas, par leur nature, de la compétence exclusive des tribunaux de l'ordre judiciaire »<sup>215</sup>. Pour autant, en France, leur nature en partie ou exclusivement<sup>216</sup> extrapatrimoniale<sup>217</sup> ne doit-elle pas les soustraire à l'arbitrabilité<sup>218</sup> ? D'autant que la loi veut protéger non seulement l'auteur, mais l'œuvre<sup>219</sup>. On cite la jurisprudence française qui a admis l'arbitrage<sup>220</sup>, mais pour ajouter que, dans aucun des cas, la question de l'arbitrabilité n'a été frontalement posée. Et d'incliner à penser que si cela avait été le cas, le risque d'inarbitrabilité aurait été majeur<sup>221</sup>, car pour transiger il faut, dit l'article 2045 du Code civil, avoir « la capacité de disposer des objets compris dans la transaction »<sup>222</sup>.

Deux exceptions générales à l'action de l'arbitre : (i) l'une d'ordre procédural (la saisie-contrefaçon qui exige l'intervention d'un juge, le président du

212 B. Oppetit, « L'arbitrabilité des litiges de droits d'auteur et de droits voisins », *colloque IRPI* 1994, p. 121 et s. ; A. Françon, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D.* 1976, chr. XII, p. 55 et s.

213 Oppetit, *op. cit.* à la note 144, cite déjà TGI Paris 28 janv. 1989 *Canal+*, *RIDA* 1987, n° 132, p. 87 ; Versailles 10 nov. 1988 *SACEM*, *Gaz. Pal.*, 1989, 1, 213 note J.-P. Marchi, TGI référé Paris 16 nov. 1988, *Kersauzon*, *Gaz. Pal.*, 1989, 2, 790 note J.-C. Fourgoux nommant des médiateurs dans des conflits de droit d'auteur ; la loi du 29 juil. 1982 prévoyant la conciliation par médiateur en cas de conflit dans la distribution de films en salles ; voir : P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 6<sup>e</sup> éd., 2007, n° 820.

214 Loi du 1<sup>er</sup> juil. 1992.

215 Cass.1<sup>re</sup> civ., 19 fév. 1975 *CNRS*, *D.* 1975, p. 534 note H. Desbois, *JCP* 1975, II, 18163 note A. Françon sur la compétence administrative lorsque des personnes publiques sont impliquées.

216 Pierre-Yves Gautier, *op. cit.*

217 Alors que la théorie du copyright américain est économique.

218 B. Oppetit, *op. cit.* à la note 144.

219 *Idem.*

220 Cités par B. Oppetit : sentence arb., 20 juil. 1954 *Lavery v/ héritiers Bernanos*, *RIDA* 1955, p. 152 à propos du caractère original ou dérivé du *Dialogue des Carmélites* ; Paris 4<sup>e</sup> Ch., Sect. A, 26 oct. 1983 *Hachette* (détermination de la qualité d'auteur d'un immeuble) ; Paris, 1<sup>re</sup> ch. 16 janv. 1992, *P. Young v/ Y. Laumet*, *RIDA* 1992, p. 204 (recherche de la qualité d'auteur du scénario et des dialogues d'une œuvre audiovisuelle), TGI Paris 3<sup>e</sup> Ch., 1<sup>re</sup> Sect., 13 mai 1992 *Sté Robin v/Puissard* (interprétation d'un contrat de décoration et qualité d'auteur).

221 B. Oppetit, *op. cit.* à la note 144.

222 B. Oppetit cite Cass.1<sup>re</sup> civ., 4 avril 1991, *Bull. civ.* n° 119, p. 80 : nullité, au nom de l'indisponibilité du nom, de la transaction par laquelle la qualité d'auteur est attribuée à quelqu'un qui n'est pas l'inventeur.

Tribunal de grande instance saisit sur requête<sup>223</sup>, même si l'instance se poursuit ensuite en arbitrage<sup>224</sup>) (ii) l'autre d'ordre social : la compétence exclusive du conseil des prud'hommes en matière de litige avec les artistes interprètes pendant la durée du contrat de travail<sup>225</sup>.

#### 2.1.4 - la comparaison des autres droits<sup>226</sup> :

17- La Dritte Schule<sup>227</sup> pluraliste du droit comparé de l'arbitrabilité des litiges de propriété intellectuelle est éclairante :

a- le droit suisse distingue d'abord selon que l'arbitrage est interne ou international<sup>228</sup>, le critère étant le domicile ou la résidence. Ainsi, un litige entre résidents suisses sur une marque française est d'ordre interne alors que, portant sur un brevet suisse, entre un Français résident en Suisse et un Suisse résident en France, il serait international.

S'agissant des litiges d'ordre interne, le droit suisse<sup>229</sup> pose comme règle que tout litige portant sur un droit dont les parties ont la libre disposition (et dont la cause ne relève pas d'une autorité étatique à compétence exclusive<sup>230</sup>), est arbitrable<sup>231</sup>. Si le litige est international, la loi fédérale sur le droit international privé, écartant délibérément l'approche des conflits et pour favoriser l'accès à l'arbitrage international, pose une règle matérielle – dite de droit matériel international – d'application directe et immédiate fondée sur l'objet du litige : il faut et suffit, pour être arbitrable, que sa cause soit retenue par le seul droit suisse comme étant, directement ou indirectement, de nature

223 art L. 332-4 CPI.

224 T. com. Paris 17<sup>e</sup> ch., 30 mars 1993 : Expertises juin 1993, p. 232 et s., cité par B. Oppetit, *eodem*.

225 art L. 511-1 al 6 du Code du travail.

226 Rapport final sur les litiges en matière de propriété intellectuelle et l'arbitrage, *Bull. CCI* vol. 9, n° 1, mai 1998, p. 42 et s.

227 B. Fauvarque-Cosson, « Droit international privé et droit comparé », *Mélanges Gaudement-Tallon, op. cit.* à la note 22, citant le cours de Battifol à La Haye, *Le Pluralisme des méthodes en droit international privé*, Rec., t. 139, vol II, 1963.

228 L'arbitrage interne est régi par le Concordat intercantonal sur l'arbitrage, l'arbitrage international par la loi fédérale sur le droit international privé (depuis le 1<sup>er</sup> janv. 1988) dont l'article 176 qualifie d'international l'arbitrage entre personnes qui n'avaient, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni domicile ni résidence en Suisse : le critère est donc le domicile ou la résidence hors de Suisse d'au moins une partie à l'instance. On ne tient pas compte de la nationalité, ni du caractère ou de l'intérêt international du litige, à la différence de nombre d'autres systèmes juridiques, France ou Chine par exemple.

229 art 5 du Concordat cantonal.

230 Mais le droit interne suisse ne comporte aucune réserve actuelle en ce sens ; les lois de PI en Suisse prévoient toutes la juridiction cantonale statuant en premier et dernier ressort pour apprécier la *validité* des DI. Cette disposition ne rentre pas dans la réserve du Concordat.

231 Ainsi de la contrefaçon de brevets, qui ne pose de réels problèmes que lorsque la nullité du brevet est soulevée ; F. Perret, « L'arbitrabilité des contentieux en matière de brevets d'invention », in *Mélanges Claude Reymond*, précité, p. 229 et s., favorable à une arbitrabilité complète.

patrimoniale<sup>232</sup>, peu important que les parties aient ou non le droit d'en disposer<sup>233</sup>. D'où l'arbitrabilité sans limite des droits de propriété intellectuelle, comme le brevet, y compris sa nullité<sup>234</sup>, qui entraîne l'inscription de l'invalidation sur les registres publics, et donc l'effet *erga omnes*. C'est donc la nature de la cause qui détermine son caractère arbitral et non la loi qui le régit<sup>235</sup> : il y a un refus du droit suisse de prendre en considération les règles de droit étranger sur l'arbitrabilité.

Ainsi également, en droit suisse les droits non patrimoniaux du droit d'auteur, ou leurs prérogatives, sont cessibles et transmissibles : ils sont donc inarbitrables en droit international suisse mais arbitrables en droit interne suisse. Puisqu'il n'est pas contestable que les DI ont une valeur patrimoniale, c'est tout le droit de la DI qui est arbitral en droit international Suisse (validité et étendue des droits, contrefaçon, expropriation...) ; même solution en droit interne, car chacun pouvant disposer de ses DI, est en droit de les faire arbitrer.

À vrai dire, en arbitrage suisse, le problème de l'arbitrabilité se pose d'abord pour les arbitres : ils tiendront compte des règles applicables pour le fond du litige, mais tiendront aussi compte, en matière internationale, du droit du pays dans lequel la sentence doit être exécutée car elle peut y rencontrer des lois de police<sup>236</sup>. Quelle est en Suisse la loi applicable à l'arbitrabilité ? Cette question de rechercher une loi de rattachement ne se pose qu'en arbitrage interne<sup>237</sup>. Tel sera le cas d'un arbitrage entre résidents en Suisse et portant sur un DI français : l'art 5 du Concordat reconnaîtra-t-il la compétence exclusive réservée par le droit français au TGI ? Si oui, il y aurait inarbitrabilité sur les questions relevant de cette compétence exclusive. Et par « compétence exclusive » faut-il entendre « au sens de la théorie de l'arbitrabilité des DI

232 Concrètement : si ces droits ont une valeur pécuniaire, c'est-à-dire sont susceptibles d'être exprimés sous forme d'une valeur en argent. Ce n'est que s'il existe une compétence étatique exclusive et impérative pour fixer la valeur de ce droit que pourrait surgir la réserve d'ordre public, toujours au moins sous entendue en doctrine suisse ; F. Perret, « L'arbitrabilité des contentieux en matière de brevets d'invention », *Liber amicorum Claude Reymond*, Paris, 2004, p. 229 et s.

233 Tribunal fédéral suisse 1<sup>re</sup> cour civile, 23 juin 1992 *Fincantieri-Cantieri Navali c/ M.*, *Bulletin ASA*, 1993.58 ; *Rev. arb.* 1993, p. 691, note F. Knoepfler : l'arrêt reconnaît arbitral les provisions d'un intermédiaire sur des contrats sous embargo irakien.

234 F. Perret, *op. cit.*, p. 232 ; S. Linger, *Immaterialgüterrechtliche Streitigkeiten vor internationalen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz*, Berne, 2002.

235 art. 177 de la loi fédérale sur le droit international privé.

236 Ph. Fouchard, « Les conflits de lois en matière d'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle », *Rev. arb.*, 1977, p. 63 et s.

237 Puisque l'art 177 de la loi fédérale DIP pose une règle matérielle ; certains vont plus loin et disent que l'arbitre suisse – c'est-à-dire siégeant en Suisse – n'a pas à se préoccuper de la question de l'arbitrabilité du litige au regard de la loi du pays de protection et cela même si cette loi désigne la compétence exclusive d'une juridiction étatique : F. Perret, *Mélanges Reymond, op. cit.*, p. 237.

sous le droit français<sup>238</sup> » ou seulement « au sens de la répartition matérielle des compétences juridictionnelles françaises » ?

Le droit suisse est donc extrêmement libéral, permettant l'inscription des mentions des sentences aux registres des brevets ou marques dès que la sentence est déclarée exécutoire par un tribunal suisse : il va même jusqu'à permettre la mise en œuvre de l'effet *erga omnes* des sentences permettant l'inscription des sentences d'annulation sur les registres publics de PI<sup>239</sup>, alors que la pratique arbitrale est moins permissive<sup>240</sup> et que toute action en révision du fait de l'intervention d'une sentence ou d'une décision différentes est exclue<sup>241</sup>.

b - le droit allemand recourt, dans sa nouvelle loi en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1998, d'abord au critère du caractère patrimonial du litige<sup>242</sup>, et subsidiairement au critère de libre disponibilité du DPI, c'est-à-dire de la capacité des parties à le transiger<sup>243</sup>. Ce qui rend arbitrables les actions ayant leur cause dans un DPI<sup>244</sup>, action en contrefaçon comprise, à l'exception des actions en validité<sup>245</sup> (et nullité), en radiation ou sur les licences obligatoires des brevets puisqu'elles ressortissent à la compétence exclusive de l'Office des brevets<sup>246</sup> et parce qu'il en irait d'une question d'ordre public<sup>247</sup> mais certains ajoutent qu'il n'en serait ainsi que pour autant que la sentence réserve son effet *inter partes*<sup>248</sup>. La doctrine reconnaît le même régime en matière de marques.

238 Auquel cas, le renvoi du droit suisse au droit français alignerait les deux cas de figure ; auquel cas, le droit interne suisse serait plus restrictif que le droit français lui-même.

239 art 60 de la loi fédérale sur les brevets d'invention.

240 Maître François Perret cite – Colloque IRPI 1994 cité à la note 144 – la sentence CCI n° 6097 rendue en droit suisse (avant 1988) qui invalide un brevet allemand mais prend le soin de relever l'effet *inter partes* de cette invalidité et d'interdire sa publicité au Bundespatentgericht.

241 F. Perret, *Mélanges Reymond*, précité, p. 233

242 *vermögensrechtlicher Anspruch* ; D. Simms, « Arbitrability of Intellectual Property Disputes in Germany », *Arb. Int.*, 1999, p. 193 et s. ; V. P. Schlosser, « La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1998, p. 291 et s. Comp., pour l'arbitrabilité en droit de la concurrence : W. Abdelgawad, *Arbitrage et droit de la concurrence*, Paris, 2001, p. 186.

243 art 1030 ZPO.

244 Bundesgerichtshof 25 janv. 1983 (BGH, BB 1984, 561) ; Musielak, « Commentary on the German Code of Civil Procedure », § 1030, n° 3 ; Schütze, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 4<sup>e</sup> éd. 2007, n° 329 ; commentaire du gouvernement fédéral sur le code de procédure civile, § 1030, BT-Drucks. 13/5274, p. 35 ; Van Raden, GRUR 1998, p. 444 et s. *Aussergerichtliche Konfliktregelung im gewerblichen Rechtsschutz* et du même auteur avec le même titre : Annexe de BB 27/1999, p. 17 et s.

245 V.D. P. Simms, « Arbitrability of Intellectual Property Disputes in Germany », *Arbitration International*, 1999, vol. 15, n° 2, p. 193 et s.

246 Et donc ne seraient pas transigeables en application de l'art. 125 du Zivilprozessordnung ; Voir, Musielak, *Kommentar zur ZPO*, 6<sup>e</sup> édition, 2008, § 1030.

247 Muench, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 3<sup>e</sup> éd., 2008, § 1030.

248 K. P. Berger, « Das neue Schiedsverfahrensrecht in der Praxis-Analyse und aktuelle Entwicklungen », *RIW* 2001, p. 7.

On signale l'opinion dissidente<sup>249</sup>, encore plus radicale, qui s'appuie sur le caractère non impératif de cette compétence exclusive pour soutenir la possibilité d'arbitrage de la matière entière.

c - le droit autrichien accorde peu de place à l'arbitrabilité des DPI<sup>250</sup> puisque sont exclus tous les litiges portant sur la reconnaissance, le dépôt, l'enregistrement, la radiation ou la validité de ces droits, ceci parce qu'ils relèvent de l'ordre public.<sup>251</sup> Car ne sont arbitrable que les litiges de nature pécuniaire ou portant sur des droits disponibles et relevant de la compétence des tribunaux civils<sup>252</sup>; mais ce n'est pas le cas des questions de litige sur la propriété des droits eux-mêmes, dont il est dit que les sentences les concernant peuvent être inscrites à l'Office des brevets et des marques.

d - Le droit suédois adopte le critère des droits disponibles pour les qualifier d'arbitrables<sup>253</sup> et il n'y a pas d'autre précision dans la loi suédoise sur l'arbitrage<sup>254</sup>. Bien qu'il n'existe aucune jurisprudence sur la question, il est considéré que, considération prise de la compétence des autorités publiques en matière d'appréciation de validité des titres de PI, cette question, comme celle de la contrefaçon, échapperait *per se*<sup>255</sup> au libre arbitrage<sup>256</sup>, le régime des DPI contenant au surplus des indications sur la compétence spéciale des tribunaux<sup>257</sup>. On estime même qu'un arbitrage sur la propriété d'un titre de marque ou de brevet ne serait pas opposable à l'office des brevets. Aucune autorité publique n'intervenant dans le droit d'auteur, la matière est entièrement arbitrable<sup>258</sup>.

249 Principalement : P. Schlosser, *Das Recht des internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1989, p. 282.

250 H.W. Fashing, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts* (1990) ; W.C. Rechberger, *Kommentar zur ZPO3* (2006) ; G. Zeiler, *Schiedsverfahren* (2006).

251 En application du Code autrichien de procédure civile, art. 582 qui réserve l'arbitrage aux litiges que peuvent juger les tribunaux civils et non pas les matières qui relèvent de la compétence d'autorités publiques.

252 Art. 582 du Code de procédure civile après sa révision de 2006 ; Feller, *Das neue österreichische Schiedsrecht*, NetV 2007, 10 ; Neuteufel, même titre, OJZ 2006/26.

253 art. 1<sup>er</sup> de la loi sur l'arbitrage de 1999 (SFS 1999 :116).

254 *International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer, suppl. 32 (déc/ 2000), Ulf Franke (§ 3.a), NJA 1982, s. 738 HD.

255 *Practitioner's Handbook on International Arbitration and Mediation*, 2<sup>e</sup> éd., p. 852.

256 Mais il s'agit d'une position qui n'est pas unanime en doctrine : Lars Heuman, *Arbitration Law of Sweden Practice and Procedure*, § 2.12 ; Eric Runesson, *Licensavtalet, skiljeavtalet och immaterialrätten*, 2002.

257 art. 24, 52 et 54 de la loi sur les brevets de 1967 ; art. 20, 26 et 27 de la loi de 1960 sur les marques.

258 Ce qui est aussi le cas en Russie, à la différence des droits de marque ou de brevet dont l'arbitrabilité se trouve restreinte par la compétence administrative du Rospatent.

e - le droit belge, qui adopte comme critère d'arbitrabilité celui de la libre disposition du droit<sup>259</sup>, prévoit une large arbitrabilité en matière de brevets<sup>260</sup>, dont la validité, même partielle<sup>261</sup>, la sentence étant dotée par la loi d'un effet *erga omnes*<sup>262</sup>.

f - le droit italien adopte également le critère de libre disponibilité, plus exactement de disponibilité licite<sup>263</sup> des droits<sup>264</sup>, autre façon de dire que sont soustraites à l'arbitrabilité les questions autres dont le ministère public peut se saisir<sup>265</sup>, y compris *ex officio*, comme c'est le cas des actions en déchéance ou en nullité des brevets<sup>266</sup> ou des marques<sup>267</sup> qui doivent se tenir en sa présence<sup>268</sup>. La jurisprudence de la Cour de cassation a reconnu la compétence arbitrale à titre incident<sup>269</sup> seulement, alors que la loi a supprimé la disposition de son code de procédure civile qui instituait une connexité obligatoire en faveur des tribunaux en cas de litiges multiples<sup>270</sup> ; mais depuis la loi sur l'arbitrage de 1983, toute question qui porte sur des droits non disponibles doit être tranchée devant un tribunal où siège le ministère public<sup>271</sup>, ce qui implique que, même soulevée à titre incident, la question de nullité de brevets doit

259 art 1076 du Code judiciaire belge rend arbitral tout différend « sur lequel il est permis de transiger ».

260 L'art. 73 § 6 alinéa 2 de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention, qui prévoit la compétence spéciale du TGI pour statuer en matière de brevets, permet expressément que « les contestations relatives à la propriété d'un brevet, à sa validité ou à la contrefaçon soient portées devant les tribunaux arbitraux ».

261 On cite un arrêt de la Cour de cassation belge du 13 avril 1893 selon lequel la validité du brevet n'est pas une question relevant de l'ordre public.

262 art 51 de la loi de 1984.

263 L'art 1972 du même code annule toute transaction sur un contrat illicite ; pour la jurisprudence rendue en droit de la concurrence les droits disponibles sont arbitrales même s'ils portent sur la matière : L. Fumagalli, « Mandatory Rules and International Arbitration : An Italian Perspective », *Bull. AAS*, 1998, p. 51 et s. ; V. la première décision italienne de contrôle de l'ordre public international à l'exequatur d'une sentence arbitrale fondée sur le droit communautaire de la concurrence (exemption par catégorie) : CA Florence 21 mars 2006 et la note T. Tampeieri.

264 art 806 du Code de procédure civile, soit que les droits puissent faire l'objet d'une transaction, soit qu'ils soient à la libre disposition des parties.

265 Ce qui exclut les questions soulevées à titre incident.

266 art 70 et 78 de la loi sur les brevets.

267 art. 58-3 et 59 de la loi sur les marques.

268 A. Frignani, « Nouveautés sur l'arbitrage en matière de propriété industrielle et de droit sur les sociétés, Arbitrage et propriétés intellectuelle », G.P. 2005, *Cahiers de l'arbitrage* n° 295, p. 30.

269 Motif pris que cette défense, soulevée devant un tribunal arbitral, ne l'était pas devant une juridiction où intervient le ministère public : décisions n° 2401 du 23 nov. 1965 en matière de brevets ; n° 2406 du 19 mai 1989 en matière de marques.

270 R. Ceccon, "Arbitration and Intellectual Property in the Italian Legal System", *J. Int. Arb.*, 1996, p. 65 et s.

271 art. 819 Code de procédure civile ; mais l'art 819ter nouveau (en vigueur depuis mars 2006) permet aux arbitres de statuer en toutes matières alors même qu'un tribunal judiciaire est saisi d'une même question, voire d'une question connexe.

conduire le tribunal arbitral à surseoir et inviter les litigants à saisir le juge<sup>272</sup>. On retiendra également que la loi sur les brevets elle-même prévoit l'arbitrage des inventions de salariés, la fixation du montant de redevance en cas de licence obligatoire ou en cas d'expropriation, c'est-à-dire chaque fois qu'il est question de droit patrimonial. Mais, avec la promulgation par la loi du 10 février 2005 d'un nouveau Codice della proprieta industriale, c'est toute la matière qui devient arbitrabile puisque l'intervention du ministère public est supprimée, avec ce correctif que toute sentence rendue en matière de propriété industrielle devra être rendue en droit et sera susceptible – comme en matière de droit des sociétés auquel il est sur ce point renvoyé – d'appel pour contrôle de la violation de la règle de droit<sup>273</sup>.

g - le droit espagnol se rallie au critère de libre disponibilité<sup>274</sup>, d'où découle l'inarbitrabilité des oppositions relevant du cadre réglementaire des autorités d'enregistrement<sup>275</sup> mais pas celle des litiges de contrefaçon<sup>276</sup> ni des litiges d'invalidité qui ne sont pas fondés sur des caractéristiques intrinsèques du DPI lui-même<sup>277</sup>.

h - le droit anglais aborde la question de l'arbitrabilité en *common law*, et ne semble à peu près rien exclure hormis ce qui ne pourrait procéder que d'une demande du public dans son ensemble d'une part ou relever de la décision d'une autorité publique<sup>278</sup>, comme c'est le cas des litiges sur la validité ou la radiation des brevets ou des marques mais non du copyright, d'autre part<sup>279</sup>. Ceci revient à exclure l'arbitrabilité d'une demande d'annulation d'un brevet ou encore d'annulation de contrats illicites ou frauduleux. Mais on admet

272 Voir Ch Giovannucci-Orlandi, « La nouvelle réglementation italienne de l'arbitrage après la loi du 2 février 2006 », *Rev. arb.*, 2008, p. 19.

273 art. 134-2 du Code.

274 Alfonso Olivé, « Arbitraje sobre contractos y elementos de competencia desleal y propiedad intelectual », *Anuario de justicia alternativa*, n° 8/2007, 2007 ; Garcia, « Arbitraje de disputas sobre derechos de propiedad industrial é intelectual », *Spain Arbitration Review*, n° 2-40, 2008 ; Garcia, « El arbitraje en propiedad intelectual : la necesidad de una imminente reforma del arbitraje especial del R.D 479/1985 de 5 mayo », *Anuario del justicia alternativa*, 1/2001, 2001 ; Acosta Estevez, « Criticos basicos sobre las normas procesales de la Ley de propiedad Intelectual », *La Ley*, 2384/2001, 2001.

275 art 28 de la loi 17/2001 du 17 déc. 2001 sur les marques ; art. 42 de la loi 20/2003 du 7 juil. 2003 sur les dessins et modèles.

276 Otero Lastres, « Arbitraje y Propiedad Industrial », *Revista Galega de Administracion Publica*, n° 39, 2005, p. 47.

277 Seraient donc arbitrables les litiges sur la fraude de dépôt, l'antériorité des droits relatifs des parties, mais pas sur le caractère indisponible ou insusceptible de protection d'un signe ou d'une invention.

278 Alan Redfern et Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4e éd., § 3-15 ; Trade marks Act 1994, articles 46 (4) et 47 (3) ; Michael Davidson, « Arbitration in UK (England and Wales) », *PLC*, 1 February 2008, <http://practicallaw.com/8-381-3191>.

279 Puisqu'il faut ici saisir une cour ou l'Intellectual Property Office.

l'arbitrabilité à effet *inter partes* des brevets<sup>280</sup> et des marques. Cette conception assez floue pour un juriste français s'explique par le pouvoir de contrôle et de révision des cours sur toutes les sentences, rendant moins aiguë la question de délimitation de la zone d'arbitrabilité<sup>281</sup>.

i - le droit irlandais n'admet pas l'arbitrabilité de la validité de brevets, de marques ou de dessins et modèles.

j - le droit hollandais adopte en l'absence de toute disposition quelconque s'adressant à l'arbitrage des DPI<sup>282</sup>, le même critère général de libre disposition des droits pour reconnaître l'arbitrabilité de la validité des brevets et des marques, et un débat existe sur le point de savoir si les règles spéciales de compétence d'attribution de la matière des DPI<sup>283</sup> aux cours évincent l'arbitrage<sup>284</sup> ou si ce régime devrait rester sans effet sur l'arbitrabilité<sup>285</sup> ; mais l'effet relatif de la sentence empêche de modifier les titres et registres officiels<sup>286</sup>, sauf à l'imposer comme une obligation de faire à la seule partie perdante.

k - le droit américain fait de l'arbitrabilité des affaires inter-États ou internationales, une question relevant de la loi fédérale<sup>287</sup>. Or, les États-Unis n'ont adhéré à la Convention de New York qu'en décembre 1970, et adopté à partir de cette date une conception restrictive des monopoles des DPI<sup>288</sup>, et

280 *Roussel Uclaf c/ Searle & Co.*, [1978] *Lloyds Rep.*, vol. 1.

281 Également, ce n'est que depuis l'Arbitration Act de 1996 que les cours sont tenues de surseoir en présence d'une clause d'arbitrage en matière interne, et depuis l'Arbitration Act de 1975 ratifiant la Convention de New York pour l'arbitrage international.

282 H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht, Een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076 Rv*, Derde druk, Kluwer, Deventer, 2007.

283 art 80 de la loi hollandaise sur les brevets de 1995 ; art. 4.5 du traité Benelux de propriété industrielle.

284 Tribunal de district d'Amsterdam 19 mars 1997, *TvA* 1998, p. 72 m.nt W.D.H. Asser and G.J. Meijer and *RvA voor de Metaalnijverheid* en handet 15 mai 2000, *TvA* 2002,32 (sentence) ; P. Sanders, *Het Nederlandse Arbitragerecht, Nationaal en Internationaal*, Kluwer, Deventer, 2001, p. 36-38.

285 M.W.D van der Brug, « De arbitrabiliteit van inbreuk en nietigheid in octrooizaken », *TvA* 2003, 1 ; H.W. Wefers Betting, « Arbitrage van Merkgeschillen », *TvA* 2004, 2.

286 H.J. Snijders, précité ; P. Sanders, précité.

287 L'ouverture à l'arbitrage des *statutory claims* s'est faite, à partir du droit de la concurrence, en acceptant que l'arbitre soit capable, tout autant que le juge, d'appliquer le droit de la concurrence d'une part et que, d'autre part, les tribunaux américains pourront contrôler la sentence au moment de l'exequatur, sauf si le choix du forum et celui de la loi rendaient *de facto* ce contrôle impossible (*operated in tandem as a prospective waiver of a party's right to pursue statutory remedies for antitrust violations*) – dans *Mastrobucchi v. Shearson Lehman Hutton Inc.*, 514 US 52 (1995) ; voir aussi *The Bremen v. Zapata Off-Shore*, 407 US 1 (1972) et *Scherk v. Alberto-Culver*, 417 US 516 (1974) et David W. « Plant, Arbitrability, of Intellectual Property Law Issues » in *the American Review of International Arbitration*, 1994, Vol. 5 n° 1 à 4, Columbia University, N.Y 1994.

288 « *Questions of patent law are not mere private matters. The patent laws, in sharp contrast to the general federal policy encouraging free competition, expressed in antitrust laws, grant limited*

donc spectaculairement élargi le domaine d'arbitrabilité des brevets. En permettant aussi l'arbitrage des questions antitrust<sup>289</sup> puis de celles relevant de la réglementation des valeurs mobilières<sup>290</sup>, il ouvrait la voie à la légalisation d'un régime d'arbitrage ouvert pour l'ensemble des droits de propriété intellectuelle.

Ainsi, la section 294 de la loi fédérale sur les brevets<sup>291</sup> a rendu arbitrables les différends sur les contrats ou droits issus de brevets, même mettant en jeu leur validité ou la question de leur contrefaçon, que l'on procède par clause compromissoire ou d'arbitrage. Il est fait obligation aux arbitres d'examiner les moyens de défense en contrefaçon ou nullité de brevet contre sa présomption de validité. La sentence n'a pas d'effet sur le Patent and Trademarks Office et, pour être exécutée *inter partes*, doit être notifiée au Commissioner of Patents and Trademarks, avec inscription par lui aux registres ; si les parties l'ont prévu dans la convention d'arbitrage, la révision sera de droit des sentences fondées sur la validité de brevets par la suite judiciairement déclarés invalides<sup>292</sup>. La section 135 (d)<sup>293</sup> a élargi l'arbitrabilité à toute la procédure d'*interference* (c'est-à-dire la question des antériorités ou de la brevetabilité), permettant ainsi de ne pas les porter devant le Board of Patent Appeals and Interference (et en appel, devant la Cour d'appel fédérale)<sup>294</sup>. Tant les arbitrages sur la section 294 que 135 (d) relèvent de la loi fédérale sur l'arbitrage<sup>295</sup> et il existe depuis cette date deux principaux règlements d'arbitrage institutionnel spécialisés en matière de brevets<sup>296</sup>, mais la pratique de l'arbitrage de DI aux États-Unis reste très limitée.

---

*monopolies to inventors. Thus the public has an important interest in the determination of patent validity and infringement, even though those issues may be decided in the context of a private lawsuit* » : *Mfg. Corp. v. Packaging Industry*, 381 F. Supp. 1057, 1061 (SDNY 1974) appeal dismissed cité par Me Ch. Lécuyer-Thieffry in *Colloque IRPI* 1994, p. 84.

289 *Sherk v. Alberto Culver*, 417 US 506 (1974) en matière de Security Exchange Act ; *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 473 US 614 (1985), *Rev. arb.* 1986, p. 273 ; YCA 1986, p. 555, J. Robert, « Une date dans l'extension de l'arbitrage international : l'arrêt Mitsubishi/Soler », *Rev. arb.*, 1986 p. 173 et s., en matière antitrust.

290 *Shearon/American Express v. McMahon*, 482 US 220 (1987), en matière de Racketeer Influenced Corrupt Organizations (RICO) qui marque un progrès de l'approche en réfutant que le besoin d'arbitrabilité serait moindre du fait que la demande serait fondée sur la loi fédérale.

291 35 USC § 294 Voluntary arbitration, entrée en vigueur le 27 février 1993.

292 La loi n'a pas prévu l'hypothèse inverse de révision d'une sentence fondée sur une validité de brevet ultérieurement invalidé : il est vrai qu'il n'y a pas d'intérêt public en jeu dans ce cas.

293 35 USC § 135, entrée en vigueur le 8 nov. 1984.

294 Pour autant qu'un compromis comportant les questions à trancher soit conclu, avec des arbitres désignés, dans les trente jours du litige.

295 Il existe un débat sur la compétence concurrente, malgré une clause d'arbitrage, de l'International Trade Commission : voir Lécuyer-Thieffry, *op. cit.*, p. 87.

296 Les Patent Arbitration Rules de l'American Arbitration Association et les Rules for Non-Administred Arbitration of Patent and Trade Secret Disputes édictées par le Center for Public Ressources.

La situation des marques et des secrets d'affaires est moins tranchée<sup>297</sup>, puisqu'en l'absence de loi les tribunaux appliquent les clauses compromissoires, avec une tendance à leur interprétation restrictive<sup>298</sup>.

l - en droit chinois<sup>299</sup>, les questions non exclusivement contractuelles de litige de propriété intellectuelle ne paraissent pas être arbitrables, ni en arbitrage interne ni en arbitrage international.

m - en 1998, la CII classait l'Amérique latine (le Brésil jusqu'en 1996), la Corée (en raison de son retard à les reconnaître comme affaires commerciales), l'Afrique du Sud, Israël (sauf pour les redevances de licence) comme réfractaires à l'arbitrage des litiges de propriété intellectuelle.

n - en droit communautaire : le droit communautaire de la propriété intellectuelle fait l'objet de nombreuses décisions de la Cour de justice, la plupart à titre préjudiciel, qui soit en précisent les règles matérielles soit les conditions d'exercice de ces droits au regard d'autres considérations impératives du Traité, droit de la concurrence, marché intérieur notamment. La position de l'arbitre en la matière doit tenir compte non seulement de ce que la sentence – qui appliquera ou non le droit communautaire – doit/peut être exécutée sous la législation d'États membres dans des conditions qui peuvent varier d'un État à l'autre en raison de la diversité des législations tant d'arbitrage que de PI, mais aussi que ces États devront eux-mêmes articuler leur conception de la réserve d'ordre public interne avec les exigences impératives du droit communautaire. Pour autant, il n'y a pas de méfiance particulière à l'arbitrage du fait qu'il porte sur des questions impératives de droit communautaire : le régime du Règlement CEE n° 2348 de 1984 autorisait déjà l'insertion d'une clause compromissoire dans les licences de brevets sans leur faire perdre l'exemption par catégorie, ce qui est reconnaître la neutralité de la clause, ou si l'on préfère, son caractère non substantiel. L'affaire *Eco Swiss China Time v. Benetton international NV*<sup>300</sup> a fourni l'occasion à la Cour de

297 Lécuyer-Thieffry, *op. cit.* à la note 143, p. 88.

298 Lécuyer-Thieffry, *ibid.*

299 Sur le droit chinois de la propriété intellectuelle M. A. Cohen, *Chinese Intellectual Property Law and Practice*, Kluwer International Law, 1999 ; Shan Hailing, *The Protection of Trade Secret in China*, Max Planck Series on Asian Intellectual Property Law, Kluwer Law International, 2008 ; Z. Naigen et L. Fei, *Intellectual Economy and the Intellectual Property Law*, Shanghai, The Publishing House of University of Fudan, 2000 ; Bingzhi Zao et Yuahuang Zhang, « La contrefaçon en droit chinois de la propriété intellectuelle », *Rev. int., dr. comp.*, 2007, n° 2, p. 361 et s. ; Y. Dolais, « Le renforcement de la protection du droit des marques », *Gaz. Pal.* 14 déc. 1997. W. P. Alford, *To Steal a Book is an Elegant Offense – Intellectual Property Law in Chinese Civilization*, Standford University Press, 1995 ; L. Choukroune, « L'accession de la Chine à l'OMC et la réforme juridique: vers un état de droit sans démocratie ? » in *La Chine et la démocratie*, sM. Delmas-Marty et P-E Will (dir.), Fayard, 2007, p. 617 et s.

300 CJCE 1<sup>er</sup> juin 1999, C-126/97, Rec. I-3035, *Rev. arb.*, 1999, p. 639 note L. Idot ; cette décision fait suite à l'affaire CJCE 14 déc. 1995, *Van Schijndel v. Van Veen* dans laquelle, sur

justice de dire que le droit de la concurrence<sup>301</sup> faisait partie de l'ordre public communautaire, interdisant en la matière le choix d'une autre loi mais aussi, sans obliger l'arbitre à se dessaisir d'office si la question n'était pas posée, proscrivant l'arbitrabilité *sur sa matière*, l'article 85 du Traité étant en l'espèce qualifié d'ordre public au sens de la Convention de New York<sup>302</sup> et donc aussi du droit interne<sup>303</sup>. La formule *Eco Swiss* s'est généralisée depuis<sup>304</sup>, et a d'ailleurs été reprise en France<sup>305</sup> et en Italie<sup>306</sup> excluant de l'arbitrabilité ce qui relève directement du rôle de la Commission, l'arbitrabilité étant ainsi conçue comme une compétence juridictionnelle exclusive laissée à l'arbitre. Mais si la Commission elle-même incite à « l'arbitrage » en matière de droit de la concurrence (s'agissant des clauses d'engagements comportementaux d'opérations de concentration autorisées de façon conditionnelle, ainsi en matière de concession de licence de propriété intellectuelle<sup>307</sup>), le Professeur Kovar souligne la singularité de la fonction de ces procédures arbitrales : « la

question préjudicielle, la Cour de cassation hollandaise avait reçu l'indication que les juges n'avaient pas l'obligation d'appliquer d'office l'art. 81 du Traité, ce dont il avait été conclu que la matière n'était pas d'ordre public.

301 Les art. 81 à 86 du Traité. Dans l'affaire *Eco Swiss v. Benetton*, la Cour de cassation hollandaise avait douté que la solution de 1995 puisse s'appliquer directement à l'arbitre, lui-même non admis depuis la position prise par la Cour de justice dans *Nordec v. Nordstern* (2 mars 1982) à saisir cette Cour à titre préjudiciel.

302 Point 39.

303 Ici l'art. 1065 (1) e du Code de procédure civile hollandais, en l'occurrence conforme à l'art. 34 (2) (b) (ii) du modèle UNCITRAL.

304 CJCE, *Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc*, C-381/98, Rec. 2000, I-9305 en matière d'indemnisation d'agence commerciale ; CJCE, *Mostaza Claro v. Centro Movil Milenium SL*, C-168/05, Rec. n 2006, I-10421 pour une clause d'arbitrage sur l'art. 6 de la Directive 93/13 protection du consommateur, s'appliquant du moins à un non-professionnel.

305 CA Paris 18 nov. 2004 *Thalès Air Défense c/ Euromissile et autres*, cité à la note 96. D'une façon générale, il est considéré que les États n'écartent l'exécution internationale d'une sentence que si le caractère illicite de la règle que cette sentence néglige peut être établi de façon certaine par la partie s'opposant à l'exécution, ceci valant tant pour la jurisprudence française, qu'anglaise (affaire *Westrace, Arbitration Yearbook* 1998) et américaine où le seul cas d'annulation d'une sentence – en l'espèce, de la CCI de Paris – pour raison d'ordre public en droit de la concurrence – art. V (2) (b) de la Convention de New York – remonte à la période antérieure à la jurisprudence Mitsubisshi : *Laminoires-Tréfileries-Cableries de Lens SA v. Southwire Co*, 484 F. Supp. 1063, May Lu, « The New York convention on the Recognition of Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Analysis of the Severn Defenses to oppose Enforcement in the United States and England », 23, *Jal of Int. Law and Comparative Law*, 747, 781-83 (2006), lui-même dans la suite de la doctrine de *Société Nationale pour la recherche, la production, le transport, la transformation et la commercialisation des hydrocarbures (Sonatrach) v. Shaleen Natural Resources*, 585 F. Supp. 57 (1983), affirmed 733 F.2<sup>nd</sup> 260 (1984), cert denied 469 US. 883 (1984) ; voir L. F Reed and J. Freda, « Narrow Exceptions : A Review of Recent U.S Precedent Regarding the Due Process and Public Policy Defenses of the New York Convention », *Journal of International Arbitration* 25 (6), p. 649- 656, (2008).

306 Voir à la note 264.

307 Décision de la Commission du 8 mai 2000, *Glaxo Wellcome c/ Smithline Beecham*, M. 1846 ; décision du 3 mai 2000, *Dow Chemical v/ Union Carbide*, M. 1671 ; décision du 19 mai 2006, *Axalto v/ Gemplus*, M. 3998 ; décision du 4 fév. 1998, *Hoffmann La Roche v/ Boehringer Mannheim*, M. 913

protection des intérêts des entreprises n'acquiert sa véritable signification qu'en prenant en compte l'objectif de l'intervention de la Commission. La préservation des intérêts des entreprises n'apparaît plus alors comme une fin en soi, elle est au service de la préservation d'une structure de marché suffisamment concurrentiel »<sup>308</sup>. C'est une autre façon de dire que chaque fois que la Commission peut contrôler la sentence arbitrale – qui n'en perd alors qu'en apparence ses caractères<sup>309</sup> – la réserve d'ordre public à l'arbitrabilité des droits de propriété industrielle disparaît.

On le voit, la diversité des législations nationales et communautaire est grande quant à l'arbitrabilité des questions de propriété intellectuelle<sup>310</sup> : existe-t-il pourtant des facteurs d'unité dans ce paysage contrasté ?

18- Une « cohérence pluraliste » pourrait venir de la convergence du régime de l'arbitrage et de sa porosité aux problématiques internationales d'une part et de la « marchandisation » de la justice étatique, pour reprendre l'expression de H. Muir Watt, à laquelle l'arbitrage est intimement lié « par osmose » dans le monde d'économie globalisée d'autre part :

- (i) cohérence dans l'obligation souscrite par les États, soit par la Convention de New York (pour les sentences) ou par celle de Bruxelles (pour les jugements<sup>311</sup>), dans l'accueil des clauses de dérogations conventionnelles de juridiction à la loi du for ;
- (ii) cohérence dans la faible réactivité aux effets des lois de police qui affectent peu le jeu des dérogations conventionnelles de juridiction<sup>312</sup>, la Cour de

308 R. Kovar, article cité à la note 179.

309 Le contrôle ou l'intervention de la Commission à ce stade ne diffère pas de ce qu'un tribunal opérerait lui-même, conformément à la convention de New York, en s'assurant de la compatibilité de la sentence à l'ordre public ; il tend même à éviter le « *third look* » d'un réexamen de la sentence sur plainte à la Commission par une partie comme ce fut le cas dans l'affaire CJCE 30 sept. 2004 (C 313/02) *David Meca-Medina et Igor Majcen v. Commission* où une sentence de la Cour d'arbitrage sportif était remise en cause au motif que le Règlement du Comité international olympique de février 2000 sur le contrôle du dopage aurait constitué une infraction aux règles communautaires de concurrence et à la liberté de circulation des services.

310 Diversité des fondements et des analyses qui contrastent globalement avec ce que l'on perçoit d'assez homogène dans les diverses conceptions nationales en matière de marques, brevets ou dessins ou modèles mais qui se double d'une convergence vers l'arbitrabilité. À l'inverse, l'hétérogénéité des conceptions du droit de propriété littéraire et artistique implique la caractérisation de la méthode des conflits de loi, tant en matière de titularité de la propriété (donc du monopole d'exploitation et du droit moral) que de contrat d'exploitation (M. Josselin-Gall, *Les Contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique, étude de droit comparé et de droit international privé*, GNL Joly, 1995), et cela alors que l'arbitrabilité est moins acceptée par les conceptions des pays de *common law*.

311 Dont l'article 17- actuellement art. 23 du Règlement 44/2001- contient l'obligation faite aux tribunaux d'un État de se dessaisir au profit de celui désigné par une clause de juridiction.

312 Il suffit, pour que la clause de dérogation soit admise, qu'elle porte sur des droits disponibles ; voir : A-D Haines, « Les conventions d'élection de for dans le contentieux international : leur utilisation et les problèmes qu'elles soulèvent dans le cadre du texte provisoire –

justice des Communautés européennes ayant à cet égard clairement affirmé que le Règlement 44/2001 interdit d'opposer au jeu des clauses conventionnelles « les règles matérielles applicables devant le tribunal choisi »<sup>313</sup>. La seule réserve serait la fraude. Autrement dit, la diversité des règles matérielles ou des conceptions nationales en matière d'arbitrabilité des DPI ne met pas en danger les solutions dites par des juridictions – ou des arbitres – appliquant des clauses de dérogation de juridiction. Autrement dit encore, la crise décrite en matière d'arbitrabilité des DPI n'est pas une crise de nerfs pour les arbitres internationaux et pourrait apparaître plus inquiétante pour les tribunaux judiciaires, qui ne bénéficient pas de la mobilité juridictionnelle laissée aux parties, lesquelles deviennent en quelque sorte les vrais arbitres internationaux des tribunaux d'État et de l'arbitrage.

- (iii) surtout : cohérence dans le partage d'une vision globale de l'ordre public économique mondial, qui transforme par *rapport de proximité* l'appréciation du caractère étranger de la loi d'autres pays<sup>314</sup>, a rendu évident (i) un système d'objectif global du régime des droits de propriété intellectuelle, dont la toile de fond dessine un régime uniforme aux marges d'appréciation et de diversités locales près, elles-mêmes identifiées comme inévitables et d'ailleurs fructueuses pour la vitalité de ces droits<sup>315</sup>, (ii) le rayonnement mondial des droits territoriaux de propriété intellectuelle, soit parce qu'ils se composent aujourd'hui de portefeuilles dont les titulaires font en sorte qu'ils couvrent de larges zones (et en tout cas celles où l'exploitation des droits concernés est la plus active), soit parce que la diffusion des produits et services qui en sont issus est disponible hors frontières et (iii) un système normatif pluraliste global, tant au plan législatif que juridictionnel, arbitrage et « marché global de services judiciaires » compris<sup>316</sup>.

rapport préliminaire », n° 18 Conférence de droit international privé de La Haye. La Convention de Rome – art 7 § 1 – prévoit que le juge *peut* tenir compte de la loi de police étrangère, comme l'article 19 de la loi suisse DIP, laquelle n'y voit qu'une faculté très subsidiaire.

313 CJCE 16 mars 1999, C 159/97 *Castelleri c Trumphy*, Rec., 1999, p. I- 1597, § 2.

314 Cette appréciation ne dépendant plus de son contenu mais de sa proximité ou de son éloignement : voir J. Foyer, « Diversité des droits et méthodes des conflits de loi », *Mélanges Gaudement-Tallon*, *op. cit.* à la note 22, qui indique Cass. 1<sup>re</sup> civ, 1993, *JCP* 1993.I.3688 obs. H. Fulchiron (pour l'ordre public de proximité) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 mai 2006, *D.* 2006. 2890 note G. Kessler et G. Salomé, *JCO* 2006. II. 10165 note T. Azzi (pour l'ordre public d'éloignement).

315 Promu et ajusté par les accords OMC et ADPIC.

316 « La privatisation et la virtualisation du règlement du contentieux international au moyen du développement des clauses de choix de for, générateurs de compétition inter-système, et de la disponibilité des cyberservices juridictionnels privés, préfigurent déjà très largement un « marché global des services judiciaires » où les tribunaux délocalisés appliqueraient leur propre droit choisi par les parties, en dehors du ressort territorial d'origine », H. Muir Watt, « La régulation des services judiciaires en Europe », *in Conflits de lois et régulation économique*, *op. cit.* à la note 59.

En France, *pays dont le droit n'a jamais jugé qu'une loi de police étrangère puisse être contraire à l'ordre public international français*, il ne semble pas qu'il subsiste aujourd'hui de raison technique juridique ou législative justifiant que le juge n'applique pas pleinement aux clauses d'arbitrage la dérogation de juridiction en matière de propriété intellectuelle en considérant le régime actuel de la mondialisation et du développement exponentiel induit des conflits internationaux de juridictions, parvient à une « fongibilité tendancielle des juridictions », arbitrage compris<sup>317</sup>. Cette fongibilité des juridictions n'attente pas *a priori* en tant que telle à la territorialité des lois de propriété intellectuelle, et n'a pas pour fonction ni pour résultat d'évincer la méthode des conflits de lois persistants en la matière. De sorte que la réduction du domaine de l'inarbitrabilité, qui résout les litiges internationaux de propriété intellectuelle et favorise un dialogue juridictionnel en respecte le *pluralisme* en la matière.

19- Dans le domaine topique des conflits de juridiction créés par l'activité internet en matière de propriété intellectuelle, la compétence internationale suit en principe les différents fori de réalisation du dommage<sup>318</sup>, plutôt que ne se concentrent sur une compétence nationale universelle (ce qui reviendrait unilatéralement à nier les conflits de lois, et contredire le caractère territorial de chacun des droits en cause) : pour la jurisprudence française, la compétence se situe dans le pays du dommage, c'est-à-dire le pays vers lequel le site internet est « orienté »<sup>319</sup> et non celui d'où il est accessible<sup>320</sup>. Il y a certes des résistances à cette conception, dont le jugement retentissant du Tribunal de commerce de Paris – sous appel – opposant LVMH à eBay, attribuant<sup>321</sup> la

317 Luca Radicati di Brozolo, « Mondialisation, juridiction arbitrage », *Rev. crit. DIP* 2003, p. 5 et s.

318 art 5 -3° de la Convention de Bruxelles.

319 Cass. civ. 1<sup>re</sup> 11 janv. 2005 *Hugo Boss*, *D.* 2005, p. 428 note Manara ; Cass. com., *Nutri Riche*, 10 juil. 2007, *PIBD* 2007, n° 859, 562.

320 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 déc. 2003 *Roederer* (affaire Cristal) admettant que le seul accès en ligne en France du site localisé à l'étranger réalise le dommage de contrefaçon de marque en France en application de l'article 46 NCPC : *Bull. civ. I*, n° 245 ; *JCP G.* 2004, p. 632 obs. O. Cachat ; *RTD com.* 2004, p. 254 obs. F. Pollaud-Dulian ; F. Pollaud-Dulian, « À propos des conflits de juridictions en matière de contrefaçon par internet », *G.P Gazette de la propriété industrielle*, 6 nov. 2008, p. 5 et s. ; Paris 13<sup>e</sup> ch. 25 sept. 2007 *Ferrara c/ Tabuchi* en matière pénale : *Jurisdata* n° 2007-344936 s'agissant d'une contrefaçon de droit d'auteur du journal *Le Monde* par une publication italienne, dès lors que la victime est française et/ou que l'un des éléments constitutif est réalisé en France ; *contra* : Paris 4<sup>e</sup> ch. B, 9 nov. 2007 *Casse c/ eBay*, *Jurisdata* n° 2007- 350066 ; *Comm. com. electr.* 2008, comm. 38 obs. Caron, *JCP E* 2008130 n° 11 « faute d'un lien suffisant, substantiel et significatif entre les faits délictueux et le dommage allégué en territoire français » s'agissant d'une contrefaçon de marque réalisée sur un site canadien, en monnaie canadienne.

321 Grâce à l'art 46 NCPC, règle de compétence interne, que la Cour de cassation a étendue à l'ordre international : Cass. civ., 19 oct. 1959, Pelassa, *D.* 1960, 37, note Holleaux ; *RCDIP*, 1960, 215, note Y. L. ; voir P. Bourel, « Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, 1989, II, 255 et s. ; CJCE 10 juin 2004, Kornhofer, *RCDIP*, 2005, 326, note H. Muir Watt.

réparation de l'ensemble des dommages mondiaux à la compétence du siège de la victime.

Si cette tendance à la mobilité juridictionnelle se généralise, ce qui devrait logiquement se produire si la mondialisation se poursuit – et donc recule la compétence universelle matérielle des juridictions étatiques – c'est là encore d'un signe de fongibilité, du moins d'absence de conflit de normes, donc d'espace pour les solutions arbitrales.

### III – LA CRITIQUE : NAISSANCE, SUR FOND DE TOILE BLANCHE, D'UN CANADA DRY MONDIAL DE L'ARBITRAGE ?

20- L'internet, réseau et mode d'exposition et d'exploitation mondiaux des DPI par excellence, mettant en interconnexion près de 1,3 milliard d'internautes, s'affranchissant du temps et de l'espace, sans structure ayant vocation à en assurer la direction ou même la discipline globale, a développé depuis 1999 un mode créatif « d'auto-régulation » ou de *self-governance* au sens de la doctrine anglo-saxonne, c'est-à-dire de régulation par les acteurs eux-mêmes. On a rapproché sous ce concept la régulation internet et celle de la *lex mercatoria*.

Pour internet, on le sait, existent deux organismes de droit privé qui assure la discipline des internautes et celle des fournisseurs d'accès : ICANN<sup>322</sup> et NSI principalement.

L'ICANN, société de droit privé à but non lucratif, gérée par un conseil d'administration de composition internationale, est en charge, dans le cadre d'un contrat de prestations de service avec les autorités fédérales américaines (l'Internet Assigned Numbers Authority – IANA, aujourd'hui remplacée par l'ICANN elle-même) d'allouer l'espace des adresses de protocole internet (IP), d'attribuer les identificateurs de protocole, de gérer le système des noms de domaine de premier niveau pour les codes génériques (generic Top Level Domain ou « gTLD ») et les codes nationaux (country code Top Level Domain ou « ccTLD »)<sup>323</sup> ainsi que d'assurer les fonctions de gestion du système de serveurs racines, d'être le steward des *roots servers* mondiaux. Ce mode de fonctionnement réunit quantités d'avantages pratiques : efficacité de fonctionnement en termes de rapidité, de coûts, d'effectivité des actions menées.

322 Basé à San Diego, créé en 1998. L'ICANN a trois missions essentielles qui sont de superviser 1- les tâches d'attribution et de fonctionnement des adresses du Protocole Internet (IP), 2- le fonctionnement du Système des Noms de Domaine (DNS), y compris la mise en place de nouveaux systèmes de noms et 3- l'accréditation des *registrars*, c'est-à-dire des sociétés qui enregistrent les noms de domaine et gèrent leurs conflits. M. Mueller, "ICANN and Internet Governance, Sorting Through the Debris of Self Regulation", *Info*, 1999, vol. 1, n° 6, p. 477 et s.

323 En outre, les gTLD incluent les noms de domaines dépourvus de tout lien d'association territoriale (ex. .com, .biz, .org, etc.) et il faut signaler les sTLD (sponsored Top Level Domain gérés par secteurs d'activités : M<sup>c</sup> Dupond, notaire français, s'identifiera dupond.notaires.fr).

On précisera l'enjeu technique en disant (i) qu'avoir la main sur un nom de domaine de premier niveau permet d'allumer ou éteindre tous les sites internet de la zone concernée de même qu'être le « registry » pour une zone permet d'assurer, pour le monde entier, la « résolution de nom » entre le nom de domaine et les adresses IP correspondant à l'adresse physique de la machine qui héberge le site de sorte qu'en intervenant sur le registre, le registry peut instantanément rendre inaccessible l'ensemble de sa zone, (ii) que les serveurs .com sont tous localisés aux États-Unis, ceux en .eu en Europe et tous les ccTLD se sont dotés d'un .com<sup>324</sup> (aux fins d'être perçus comme crédibles) ou d'un .eu<sup>325</sup>, ce qui rend donc nécessaire de « désengorger » la zone .com<sup>326</sup> (iii) que le marché des intermédiaires, particulièrement auprès des utilisateurs des pays émergents, est en passe de devenir très concurrentiels.

On se trouve donc en présence de phénomènes d'appropriation par la règle du « premier arrivé, premier servi »<sup>327</sup> de noms réservés d'usage mondial et concomitant<sup>328</sup>, par zone de catégorisation en voie de saturation indéfinie<sup>329</sup>, nécessitant donc la mise en œuvre de règles et de mécanismes d'évitement de coexistences incompatibles, outre la question des conflits de ces noms avec d'autres droits territoriaux « classiques » de propriété intellectuelle.

21- Trois exemples de mécanismes de « résolution des disputes » :

a) **La procédure UDRP** : cette procédure est confiée aux quatre organismes accrédités par l'ICANN et principalement le Centre d'arbitrage et de médiation en ligne de l'OMPI<sup>330</sup> afin de régler les conflits de noms de domaine<sup>331</sup> sous les règles ICANN du 24 octobre 1999 et fonctionne selon ses « principes directeurs<sup>332</sup> », ensemble connus sous le nom UDRP<sup>333</sup>, qui s'appliquent à toutes les unités d'enregistrement accréditées pour les noms de domaine en .com, .net et .org ainsi que pour les noms de domaine de pays.<sup>334</sup>

324 75 millions de noms de domaines, dont le nombre connaît un taux de croissance à deux chiffres depuis 1998 ; en comparaison, il existe 7 millions de .cn.

325 3 millions de noms, croissance annuelle à deux chiffres depuis 2003.

326 En 2004, tous les noms de domaine .com à 5 lettres et moins étaient réservés ; fin 2008, il en serait de même sous 9 chiffres.

327 L'attribution de .eu nécessite la justification de droits.

328 il faut penser à leur besoin propre d'identification via les moteurs de recherche.

329 En particulier d'origine asiatique aujourd'hui, l'Inde ne comptant que 400 000 .in en 2008, c'est-à-dire témoin d'un fort report vers le .com.

330 Le choix de l'institution est laissé au requérant ; V.-L. Benamou, *Les Défis de la mondialisation pour l'OMPI : les noms de domaine, La mondialisation du droit, op. cit.*, p. 297 et s.

331 Paris 1<sup>re</sup> ch. Sect. D 17 juin 2004, *Parmentier c/Association Comité Miss France, Miss Europe, Miss Univers* à propos du conflit entre marque Miss France et les noms de domaine missfrance.net, missfrance.info, missfrance.tv.

332 [www.icann.org/udrp-schedule.htm](http://www.icann.org/udrp-schedule.htm).

333 Uniform Dispute Resolution Policy.

334 Sur les 11 000 litiges traités jusqu'en 2004, 6 500 l'ont été par le Centre de l'OMPI, 4 400 par le National Arbitration Forum, 50 par l'Asian Domain Name Dispute Resolution Center et 90 par le CPR Institute for Dispute Resolution (CPR).

Elle prévoit une « procédure administrative obligatoire » en cas de conflit avec une marque de produits ou de service. Cette procédure est décidée par un expert unique, sauf choix du requérant pour une commission de trois membres<sup>335</sup>.

Les principes énoncent que rien n'interdit aux parties de saisir un tribunal ou un arbitre, qu'il sera sursis à l'exécution de la décision de procédure administrative obligatoire si, dans les dix jours, il est justifié d'une saisine judiciaire ou arbitrale. Mais les principes ne disposent de ce sursis à exécuter que si la procédure est engagée dans le for de son siège ou de celui du lieu d'enregistrement.

Pour être recevable, la plainte doit réunir trois conditions, dont la preuve incombe au demandeur consistant à (i) démontrer la très grande similarité des signes, (ii) l'absence de droit propre ou d'intérêt légitime des défendeurs à la réservation et (iii) la mauvaise foi dans la réservation et l'usage des noms de domaine concernés<sup>336</sup>. On estime l'activité de l'OMPI à plus de 2 000 décisions par an.

Un débat a eu lieu sur la nature juridique de la décision UDRP : pour ce qui est de la France, une décision de l'OMPI, prise en l'occurrence par un « expert unique » conformément aux règles, a été attaquée en nullité par le défendeur devant la Cour de Paris<sup>337</sup>, sur base de l'art 1502 NCPC d'appel nullité d'une sentence internationale ; la Cour de Paris se déclare incompétente *rationae materiae* pour se saisir de la contestation d'une décision issue<sup>338</sup> d'un « mécanisme administratif » de nature non arbitrale. Pour autant il n'y a jamais eu d'échange de consentement entre les parties, mais seulement entre elles et le Centre, mais la Cour de Paris ne s'y arrête pas : elle analyse d'abord la mission du Centre<sup>339</sup> et constate que la décision de l'expert s'impose au Centre et non aux parties, sous le contrôle des tribunaux et dans le seul intérêt de « la gestion du système des noms de domaine ».

Il ne s'agit donc pas d'un arbitrage, caractérisé par le consentement échangé entre des parties pour soustraire le règlement d'un litige entre elles à la connaissance des tribunaux. Il ne s'agit pas non plus d'une médiation : celle-ci aurait supposé que les parties soient parvenues elles-mêmes à un accord grâce à

335 Auquel cas, le Centre retient un membre choisi par chacune des parties dans un court délai (5 jours), le troisième étant choisi sur ses listes de cinq candidats sur lesquels les parties doivent se prononcer sous 5 jours. En tout état de cause, le Centre s'efforce de « respecter un équilibre raisonnable ».

336 Par ex. déposer un nom de domaine pour être en situation de le revendre au titulaire du droit de marque ou perturber ses activités.

337 CA Paris, 1<sup>re</sup> ch., 17 juin 2004 *Michel Le P. c/ Société Miss France*.

338 Sans clause compromissoire mais comportant « bien un consentement » à travers l'acceptation des conditions générales de l'unité d'enregistrement pour l'une des parties et du dépôt de la plainte pour l'autre.

339 Motulsky : « afin de savoir si l'on est en présence d'un arbitrage, il convient de rechercher toujours la nature de la mission confiée aux personnes dont l'activité est en cause » cité par P. de Candé *Rev. CELOG*, 2005, n° 288.

la mission diligentée par le médiateur, et non que la solution soit édictée par lui.

Cette analyse est unanimement partagée tant par la jurisprudence<sup>340</sup> que par la doctrine<sup>341</sup> internationale.

On pourrait ajouter deux raisons supplémentaires : la Charte réserve expressément les procédures arbitrale et judiciaire et les « décisions » sont intégralement publiées sur le site de l'OMPI, sans donc la confidentialité d'usage de l'arbitrage.

**b) La procédure alternative de résolution des litiges PARL**, pour le .fr<sup>342</sup>, a été mise en place par l'AFNIC<sup>343</sup> dans sa charte, laquelle contient une « clause compromissoire » qui fait d'ailleurs expressément réserve des recours arbitraux ou judiciaires des parties entre elles. Cette procédure s'ouvre par une plainte devant le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI. Le Centre OMPI notifie la plainte au défendeur qui a 20 jours pour répondre, prévient l'AFNIC (qui gèle le dépôt), rend une décision sur la base du rapport de l'expert unique (dans les 14 jours), notifie la décision aux parties et à l'AFNIC qui l'exécute et le cas échéant prend acte d'un possible appel.

L'originalité de la PARL est qu'elle permet toute opposition en cas d'atteinte « aux droits des tiers » et pas seulement des marques de produits ou de services du requérant<sup>344</sup>.

La simple atteinte à un droit d'un tiers constitue une négligence fautive au sens de la Charte, et donc permet le transfert ou la radiation. Ce n'est donc pas strictement sur le droit de la PI mais sur celui de la responsabilité civile que se développe la plus grande part de la protection<sup>345</sup>.

Ainsi, les décisions – qui sont également publiées – sont amenées à créer une *jurisprudence* d'analyse des DPI (par exemple de la contrefaçon ou de l'imitation de marque<sup>346</sup> – qui touchent à la détermination de l'objet même des droits de PI) et, plus généralement, du « comportement loyal en matière

340 *Boadbridge Media LLC c/ HyperCDcom*, 106 F. Supp. 2d 505 (S.D.N.Y 2000), ; *Parisi c/ NetLearning, Inc.*, 139 F Supp 2d 745 (ED Va. 2001), *Weber-Stephen Prods Co c/ Armitage Hardware & Bldg Supply*, 54 U.S.P.Q2d 1766 (N.D I11 2000).

341 P. Lastenouse, « Le règlement ICANN de résolution uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine », *Rev. arb.*, 2001p. 95 et s. ; A. Cruquenaire, *Le Règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine. Analyse de la procédure*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 193 et s. M. Halpern et A.K Mehrotra, « From International Treaties to Internet Norms : The Evolution of International Trademark Disputes in the Internet Age », in *U. Pa J Int'l Econ. L.*, 2000, vol. 21, p. 521 et s.

342 En 2008, il existe 1, 309 millions de .fr, pour 12,5 millions .de, 7,2 millions .uk, 3,1 millions .nl, 1,6 millions .it, 1,313 millions .pl et 1,1 millions .es, c'est-à-dire 33,36 millions de ccTLD pour l'Union européenne.

343 Association française pour le nommage internet en coopération, déléguée par l'ICANN pour la gestion du ccTLD.fr.

344 art 1 du règlement.

345 Par ex., en cas d'atteinte à une marque notoire même non déposée Australian Airlines ; ou encore champagne.fr radié sous action du Comité de défense du vin de champagne.

346 Voir : <http://arbitrer.wipo.int>.

commerciale » du déposant, incluant son appréciation au regard des « règles de concurrence ».

Par exemple, en cas de « parking » d'un nom de domaine<sup>347</sup>, l'exploitation intermédiaire par insertion de liens publicitaires en attendant sa revente est considérée comme un comportement parasite déloyal.

**c) Le projet en cours des extensions gTLD de l'ICANN ou libéralisation des noms de domaine de premier niveau**, annoncé à Paris le 26 juin 2008 et qui vient de donner lieu à un *Guide* publié le 24 octobre 2008 pour une période d'observation et de recueil de commentaires devant se clore le 15 décembre 2008, les discussions avec la communauté étant prévue au Caire en novembre. Le gouvernement américain a adressé des recommandations (défavorables) à l'ICANN dont le projet aurait déjà reçu plus de 200 commentaires dès octobre 2008. Le lancement est projeté pour la seconde partie de l'année 2009.

On assure que parmi l'intérêt de libéraliser les TLD, affirmé en projet dès la mi-2007 mais annoncé comme un objectif principal en juin 2008, se trouvent la motivation de certains groupes flamands souhaitant disposer de leurs propres noms de domaines de premier niveau, ainsi que le souhait de la Chine de disposer de deux caractères de chinois moderne du type `yourname@somewhere.中国`.

Ce plan est destiné, dans un contexte d'amélioration technologique et pour remédier au problème de rareté (ou plutôt d'excès de réservations existantes) à préférer jouer le marché pour lutter contre les cybersquatters, et non à réformer les différentes catégories de noms de domaine. Il est présenté comme soumis à plusieurs conditions comme (i) le respect des droits et des marques antérieures, (ii) la différenciation vis-à-vis des TLD antérieurs, (iii) la réunion d'un consensus de la communauté et (iv) le respect de l'ordre public et de la moralité. Il comporte trois types d'extensions, toutes réservées à des personnes morales : les extensions « ouvertes », c'est-à-dire formées de marques (ex : `.ppr` ; `.puma`, `.gucci`) ou des extensions « communautaires » qui concernent des intervenants différents (ex. `.sport`, `.luxe`) ainsi que des extensions géographiques (ex. `.regionparisienne`).

Le principe est que chaque détenteur d'une extension personnalisée prendra le statut de *registrar*, et devra donc pour être accrédité justifier de sa capacité financière et technique à l'assumer (sauf à le faire sous-traiter).

Les conditions relatives à ces extensions sont d'abord techniques (63 caractères maximum), ensuite financières (il conviendra d'être en mesure de démontrer avoir la capacité financière de faire fonctionner de façon pérenne et continue l'ensemble du réseau relevant de la zone gTLD concernée<sup>348</sup>). Au plan du régime juridique, il est précisé qu'il y aura une période de *sunrise* préalable à l'enregistrement, permettant de traiter les litiges *ex ante* ; chaque

347 Le simple dépôt n'étant pas retenu *per se* comme un acte de contrefaçon.

348 Les frais de réservation sont estimés à un montant de l'ordre de 185 000 US \$ par an.

gestionnaire devra donc instaurer sa propre procédure de résolution (en ligne) des litiges qui seraient fondés soit sur un risque de confusion créé par l'enregistrement de la demande de gTLD avec d'autre(s) gTLD déjà attribués(s) (« *sting confusion gTLD* »), soit sur la violation de droits légaux antérieurs (« *legal rights objection* »), soit sur le caractère contraire à la morale ou à l'ordre public de la demande d'enregistrement – « *morality and public order objection* ». En octobre 2008, on sait que trois organismes ont déjà donné leur accord de principe pour être désignés comme DRSP<sup>349</sup>.

La procédure que devra suivre l'organisme « d'arbitrage » (ou DRSP, « *dispute resolution service provider* ») devra se conformer *a minima* aux principes UDRP, c'est-à-dire notamment s'effectuer en langue anglaise, procéder par échange de mémoires limité à 2 500 mots (hors pièces communiquées) et assorti d'un délai impératif de réponse de 30 jours pour chaque litige, être accompagnée d'emblée des honoraires et frais fixés par le tarif de l'ICANN ; réception des mémoires, le DRSP devra se prononcer sous 14 jours de la réception des mémoires, il pourra procéder à la concentration des objections ; le DRSP encouragera les litigants à la médiation, au besoin en procurant l'aide de ses experts, lesquels figureront sur une liste pré-établie<sup>350</sup> et devront agir avec indépendance, soit comme médiateur soit comme « arbitre »<sup>351</sup> ; ils pourront demander des pièces ou explications complémentaires aux parties ; les sentences devront être rendues préférablement dans les 45 jours et être motivées et, sauf décision contraire de l'arbitre, publiées *in extenso*. Toutes les objections seront publiées sur le site de l'ICANN. En cas de *sting confusion*, le départage des premières demandes concurrentes se fera : soit par accord amiable, soit par évaluation comparative devant un comité d'experts, soit par enchères en lignes entre les candidats et (iii) financiers.

Le *Guide* contient l'énoncé des règles « de droit » qui guideront les décisions des arbitres dans les trois hypothèses d'objections, dont pour ce qui concerne les *sting objections*, le principe que les enregistrements de gTLD ne doivent pas violer « les droits des tiers tels que reconnus et appliqués selon les principes juridiques généralement acceptés et reconnus »<sup>352</sup> et les standards de moralité de conformité à l'ordre public conformes aux principes du droit international<sup>353</sup>.

349 Le Centre de résolution de litiges de l'ICANN pour le *sting confusion*, celui de l'OMPI pour le *legal right* et la CCI pour le *morality and public order*.

350 Les panélistes en charge des *legal right objections* devront justifier d'une expérience pertinente du droit des PI ; ceux en charge des *morality et public order objections* devront être des juristes éminents de réputation internationale.

351 Système d'arbitre unique, sauf pour les *morality et public order objections* où devront siéger trois arbitres.

352 Principes de distinctivité des signes (marques ou autres droits de propriété intellectuelle), d'usage de bonne foi, de non atteinte à la distinctivité des tiers, d'interdiction d'usage des signes publics.

353 Que l'ICANN déclare avoir examiné, et dit avoir l'intention de réexaminer régulièrement, dans les différentes régions du monde, avec l'assistance de juges, d'avocats et d'experts,

Ainsi, dans ce système inédit<sup>354</sup>, le propriétaire du signe gTLD, par la vertu de l'organisme mondial d'autorégulation et par appropriation de fait, est érigé<sup>355</sup> en institution qui gère mondialement et de façon uniforme – certes par délégation auprès d'un centre d'arbitrage agréé par l'ICANN – « l'arbitrage » des conflits de tiers sur son propre nom et cela en tenant compte de quatre catégories de critères de risque de confusion avec un ou des noms de domaines antérieurs, d'atteinte aux droits des tiers<sup>356</sup>, des raisons d'ordre public ou de moralité (observation faite qu'il est actuellement sous discussion de réserver cet usage aux seules agences gouvernementales<sup>357</sup>) et d'objections fondées émanant de communautés se sentant désignées.

22. L'évidence indique que ce qu'il manque à l'ICANN, comme à tous autres organismes en charge de gérer l'économie mondiale des flux et moyens de la communication par internet, c'est un ordre procédural mondial, comme il existe déjà un ordre arbitral international<sup>358</sup>.

La proximité temporelle et spatiale des « procédures » d'internet est technique, non juridique ; elles ne connaissent *aucune exception locale d'ordre public*.

Les procédures existantes, qui s'appliquent uniformément à toutes les situations dans le monde, demeurent sans influence matérielle sur la prise en compte dans un pays<sup>359</sup> de la norme étrangère, c'est-à-dire en vigueur dans un autre pays, même si la seconde heurte la première, même si la norme étrangère choquante d'un pays dont l'application vient concerner de trop près une situation interne d'un autre pays<sup>360</sup>.

notamment en matière de liberté d'expression avec une approche restrictive des exceptions se référant aux art 19 et 20 de la Déclaration internationale des droits civils et politiques.

354 Voir ICANN draft applicant guidebook module 3.

355 Sauf à déléguer à un organisme spécialisé, l'OMPI et la CCI s'étant déjà déclarées candidates en principe.

356 *Legal rights*.

357 Le document préparatoire actuel est, sur nombre de points de vue, très américain, en particulier en ne prévoyant que l'anglais comme langue possible de procédure.

358 On peut donc fermement exprimer quelque *dissenting opinion* face à la nécessité de la création d'une cour internationale ou mondiale à vocation d'accueil à titre préjudiciel, *a fortiori* d'appel. *Contra* : M. Mangan, « With the Globalization of Arbitral Disputes, is it Time for a New Convention », *Int. Arb. Law Rev.*, vol. 11, 2008, p. 133 et s.

359 Par exemple, le cyber-squatter parisien d'un nom de domaine chinois se verra appliquer en France la décision de radiation de son nom de domaine, ceci au nom des règles ICANN, comme, à l'inverse, le cyber-squatter pékinois d'un nom de domaine parisien : comment cette réciprocité se justifie-t-elle en droit ? alors que, littéralement, elle n'a de compte à rendre à personne.

360 En DIP, l'hypothèse classique est l'ordre public de filiation ou de répudiation : le juge français tient compte de la proximité de la situation avec la France (ex. il ne s'oppose pas au rejet d'une action en reconnaissance de paternité en France intentée contre un Algérien par la mère algérienne d'un enfant algérien, tous vivant en Algérie ; par contre, le juge français s'oppose à l'application en France d'un jugement marocain de répudiation de l'épouse française d'un Marocain).

Ce défaut d'exception d'ordre public soit local soit mondial – car le corpus de référence normative de l'ICANN, outre ses faiblesses du point de vue de la qualité des normes (précision, intelligibilité, prévisibilité) est d'une légitimité juridique relative douteuse par rapport au corpus conventionnel de droit international *public* existant pour les droits de propriété intellectuelle – laisse précisément sans recours juridictionnel celui qui se voit appliquer la « solution » issue d'une sentence que ne caractérise aucune obligation internationale, que l'on pourrait donc dire *sans droit*, y compris sans loi de procédure<sup>361</sup>.

En réalité, ce dont il est question revient, au-delà de l'apparence d'une présentation en forme d'arbitrage qui ne repose que sur un contrat-type d'adhésion<sup>362</sup>, au défaut congénital de constitutionnalisation<sup>363</sup> des procédures uniformes mondiales, qu'elles reconnaissent elles-mêmes d'ailleurs, en ne se présentant que comme optionnelles<sup>364</sup> alors que la mise en ligne de toutes leurs décisions, en contrepoint exact de l'arbitrage, est indifférente à leur conférer une fonction normative légitime.



Au terme d'un voyage ambigu, puisque l'arbitrage n'a pas de territoire à l'inverse de la propriété intellectuelle qui ajoute à sa singulière capacité de circuler dans l'esprit du monde celle d'en faire aussi son ambition, le *sentiment* se fait que les deux matières sont devenues fongibles dans l'économie globale

<sup>361</sup> Voir note 70.

<sup>362</sup> Comp. H. Muir Watt, op. cit. à la note 59 et les références, dont : L.-J. Demaine et D. R. Hensler, « "Volunteering" to Arbitrate Through Predispute Arbitration Clauses : the Average Consumer's Experience », 67 *Law and Contemp. Probs.* 55 (2004) ; également : CJCE 26 oct. 2006, *Mostaza Claro v. Centro Movil Milenium SL (C-168/05)* sur le caractère d'ordre public indisponible de l'art. 6 de la Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs : Europe, 2006, com. n° 378 ; D. 2006, act., 2910 note L. Avena-Robardet ; D. 2006, pan., 3027, obs. Th. Clay ; Rev. arb., 2007, 109, note L. Idot ; GP 3 mai 2007, obs. F-X Train ; LPA, 20 sept. 2007, n° 189, p. 9 G. Poissonnier et J.-P. Tricot.

<sup>363</sup> G. Canivet, *La Constitutionnalisation du droit privé*, Académie de droit comparé, Bruges, 2006 ; comp. P. Courbe, « Le juge, la jurisprudence et le droit international privé », *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, LGDJ, 2008, p. 192 citant J. Héron : « J'ai l'impression que la discussion [sur la jurisprudence source du droit] est faussée, parce que l'on confond deux questions distinctes : celle de savoir si la jurisprudence est une source de droit et celle de savoir si l'on peut poser l'équation : jurisprudence = loi. Je crois que l'on peut, sans hésitation, répondre oui à la première et répondre non à la seconde : oui, il existe des normes jurisprudentielles ; non les normes jurisprudentielles ne sont pas identiques aux normes d'origine législative. » En droit international privé positif, ne peut-on dire aussi que c'est moins la jurisprudence que le juge qui crée le droit. Il y aurait, à ce point de vue, tout un développement à faire sur le caractère « constitutionnel » de la diversité sur internet et l'obligation de la respecter par la gouvernance non étatique : Frau-Meigs, *Convergence Internet Governance and Cultural Diversity*, Tanja Storsul édition, 2007 ; A. Mettelart, *Diversité culturelle et globalisation*, La Découverte, 2005.

<sup>364</sup> Contra P.-Y. Gautier, « Arbitrage et internet », *Droit et patrimoine*, 2002, p. 88 et s.

d'aujourd'hui. Non pas tant parce que la mondialisation aurait rendu tout objet marchand, y compris les services juridictionnels des tribunaux et des arbitres, ni parce que l'internet aurait, dans un flux impossible à fixer, été capable de rendre ubiqué toute œuvre humaine de l'esprit, mais parce que le droit aurait déjà tout organisé : un régime mondial des droits de propriété industrielle.

L'ordre public mondial de protection des auteurs, des créateurs, des interprètes et des œuvres serait déjà en place, et les pirates ne pourraient pas prétendre à l'ignorance ou la bonne foi des barbares.

Les lois territoriales dites de police seraient devenues des instruments ancillaires utiles, mais secondaires ; tout le monde pourrait et devrait d'ailleurs s'en servir : justiciables, juges, arbitres, avocats, auteurs, exploitants ou consommateurs.

Il y aurait bien sûr cette pépinière indéfinie toujours active sur le globe entier qui finira par créer au moins autant de noms de domaine qu'existent d'individus sur la terre, et même beaucoup plus puisqu'ils peuvent indéfiniment communiquer et dialoguer entre eux.

Des litiges sont à craindre ; c'est un peu dans la nature des hommes et parfois dans leur caractère.

Mais chacun pourra maintenant devenir son propre juge – et qui sait ? – apprendre à agir en pensant à s'éviter un procès avec soi-même, c'est-à-dire avec l'humanité toute entière.

Il faudra trouver des juges ou des arbitres qui tranchent et fassent régner la discipline. Mais, pas plus que quiconque – à l'exception bien sûr du logiciel mis au point par l'ICANN qui aura remplacé ses experts indépendants dont la sagesse et la science en étaient venues à indisposer la Communauté – où les choisir impartiaux ?

Vaudra-il toujours mieux subir l'injustice que la commettre ? Calliclès l'aurait pensé mais Socrate lui affirme que l'auteur de l'acte injuste est plus malheureux que sa victime.

Peut-on alors soutenir que l'institution n'a plus besoin d'être juste dès l'instant qu'elle est utile ? Non, car elle repose sur une structure logique à laquelle elle ne peut se soustraire<sup>365</sup>.

mfriocourt@ppr.com

[365 T. Lévy, \*La Justice, Autrement\*, 1999, p. 43.](#)